TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JAIME LÉON BERNAL CUELLAR CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 01 2019 00881 02).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES y el DEMANDANTE, mediante correos electrónicos del 18 y 23 de noviembre de los corrientes (fls. 139 a 148), 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 el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, de la sentencia proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de octubre de 2021 (*Audiencia virtual artículo 80 del C.P.T y S.S., récord 45:00 Cd. fl. 133, acta fls. 134 y 135*), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que el demandante JAIME LEÓN BERNAL CUELLAR identificado con la cédula de ciudadanía N° 17002219, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por haber cotizado al sistema como trabajador del sector privado a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, la cual es compatible con la de jubilación que le viene cancelando CAJANAL EICE en liquidación hoy UGPP. Conforme a lo expuesto en la parte motiva de la decisión.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez del demandante JAIME LEON BERNAL CUÉLLAR identificado con la cédula N° 17002219, a partir del 01 de febrero de 2019. Conforme la parte emotiva de la presente providencia.*

> ***TERCERO: CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante, JAIME LEÓN BERNAL CUÉLLAR, identificado con la cédula de ciudadanía N° 17002219, los intereses de mora establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 12 de abril de 2019, y hasta cuando se verifique su pago, conforme la parte emotiva también de la presente providencia.*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER** a la demandada COLPENSIONES de las súplicas subsidiarias de la demanda por haber prosperado las principales, conforme la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, por haber resultado vencida en la primera instancia. Tásese en su oportunidad."*

Frente a tal decisión tanto el apoderado de la demandante[1] como de la demandada[2] solicitaron adición y/o aclaración de la sentencia en punto a que efectuara una condena en concreto o indicara los parámetros para que Colpensiones liquidara la pensión. Solicitud frente a la cual señaló el *a quo*[3]: *"el*

---

[1] **Apoderado demandante (46:59):** Muchas gracias su Señoría. El suscrito está conforme con la decisión. Pero sí pediría al despacho que se adicione o si no, que se sí que haya una adición y una condena en concreto. Porque se está condenando a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el 01 de febrero de 2019, pues cuestión que estamos completamente de acuerdo, los intereses de mora, también desde abril del 2019, también plenamente de acuerdo, pero la solicitud de condena en concreto, es por lo menos los parámetros para que COLPENSIONES liquide la pensión, pues, que serían los de la ley y lo que tiene en la hoja de vida que reposa allá COLPENSIONES, en los últimos 10 años, digamos, las reglas generales. Pero su Señoría, si rogaría a ese punto. Lo digo muy respetuosamente por la entidad, pero es que a veces uno se encuentra ya con trámites que que que (sic) no se compadecen con la naturaleza de los derechos que se están discutiendo y con excusas entonces, solicitaría que se adicionará en ese punto nomas su Señoría, muchas gracias.

[2] **Apoderada COLPENSIONES (51:05):** Gracias su Señoría, yo si quisiera realizar, pero antes de pasar a interponer recurso de apelación contra la decisión que fue proferida en esta primera instancia, su Señoría. Y es consideración así es posible que el despacho establezca los valores exactos, debido a que he tenido inconvenientes anteriormente en donde se fija como está la sentencia en abstracto, en el sentido de que no me determinan un valor exacto acerca de la condena, pues referente al retroactivo pensional, atendiendo que el reconocimiento se efectúa a partir del 01 de febrero de 2019. Entonces, si me es necesario que de pronto el despacho me establezca los valores exactos, para que así pues se pueda tener mayor claridad atendiendo que si el día de mañana en el Tribunal es confirmada la decisión, pues es mi deber reportar a la entidad, a fin de que, si lo considera pertinente y atendiendo a la suma de dinero correspondiente, se interponga en el debido proceso. Perdón, el debido el recurso de casación, entonces si quisiera solicitarle muy respetuosamente al despacho en la medida de lo posible, pues se establezcan los montos de dinero correspondiente. Y no sé si su Señoría, para accedería primero a manifestarse sobre la solicitud que realice y posteriormente, pues me da el uso de la palabra para sustentar en debida forma el recurso de apelación.

[3] **Respuesta Juez a solicitud demandante (48:24):** Precisamente doctor realiza en la sentencia que usted está solicitando, se adicione parte de lo que es objeto del petitum de la demanda, es decir, del reconocimiento de la pensión de vejez y una vez revisados los actos administrativos que allí se agregaron al plenario, efectivamente se debe tener en cuenta es el tiempo, efectivamente cotizado a dicho ente de Seguridad Social y será entonces, sobre el monto o sobre los aportes sobre los cuales se hicieron las correspondientes cotizaciones. En virtud de lo anterior, entonces, atendiendo a la solicitud Impetrada por el apoderado judicial de la parte demandante. Conforme a su solicitud, el despacho accede a la misma teniendo en cuenta que para efectos de la cuantificación de la condena, que se está procediendo a ordenar en el presente asunto, se debe tener en cuenta las cotizaciones efectivamente realizadas y sobre el importe correspondiente en el cual se hará la correspondiente tasación y liquidación por parte de la entidad de seguridad social.

Por todo lo anterior este despacho judicial procede entonces a la adición de la decisión en el entendido de que el reconocimiento pensional deberá efectuarse por parte de la entidad de Seguridad Social demandada,

reconocimiento pensional deberá efectuarse por parte de la entidad de Seguridad Social demandada COLPENSIONES, con base en los montos y conforme a los aportes efectivamente realizados y sobre los cuales se deberá aplicar el correspondiente porcentaje para efectos de su liquidación"

COLPENSIONES con base en los montos y conforme a los aportes efectivamente realizados y sobre los cuales se deberá aplicar el correspondiente porcentaje para efectos de su liquidación, reiterándose que en este caso, especialmente la decisión que se está tomando se está ordenando que la pensión de vejez al demandante SEÑOR JAIME LEÓN BERNAL CUÉLLAR, identificado con la Cédula Ciudadanía N° 17002219, es a partir del 01 de febrero de 2019 conforme como se indicó también en la parte motiva de la presente decisión. Conforme a lo anterior y atendiendo a la solicitud de adición de la sentencia, este despacho dispondrá lo pertinente así, quedando nuevamente las partes notificadas en estrados.

Nuevamente se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte actora por si considera algo más o si lo cual este despacho omitió emitir algún tipo de pronunciamiento.

Respuesta Juez a solicitud Colpensiones (Record: 52:42): Auto. Atendiendo la manifestación que hace en este momento la apoderada judicial de la parte demandada COLPENSIONES, entiende este despacho judicial que también solicita se haga una adición a la sentencia conforme las preceptivas regladas y como también se accedió en lo que atinente a la solicitud presentada por el apoderado de la parte actora. Conforme las preceptivas regladas, en este caso en el artículo 287 del Código del proceso aplicable para la analogía a la materia laboral, en virtud del artículo 145, este despacho pone de presente a la apoderada judicial de la demanda COLPENSIONES, que es en este caso actuando como apoderado de la misma, que irá proceder a obtener la información correspondiente, esto es, revisar rigurosamente los aportes y actuaciones administrativas, teniendo en cuenta sobre cuál monto fue que se efectuaron las cotizaciones, así como se le puso de presente al apoderado de la parte actora. Teniendo en cuenta que, en el presente caso, obran los actos administrativos por medio de los cuales COLPENSIONES una vez surtidas todas y cada una de las actuaciones por parte del demandante negó en todas las correspondientes solicitudes de reconocimiento de pensión de vejez.

Por lo tanto, doctora Sandra usted en calidad apoderada podrá hacer las observaciones correspondientes y deberá llegar, si es del caso necesario, para surtir la apelación ante la segunda instancia, los soportes correspondientes sobre los cuales se deberá entonces proceder al reconocimiento de la pensión. Reiterándose también de la forma más respetuosa, que los aportes que en este caso y sobre los cuales está ordenando el reconocimiento de la pensión de vejez, es sobre los efectivamente realizados como trabajador del sector privado y por las cotizaciones que se efectúan, tal y como se revisó de la misma actuación administrativa a través de los agentes universitarios, frente a los cuales sí se hicieron las cotizaciones e incluso de unos aportes que hizo el mismo demandante como trabajador independiente. Por lo tanto, será COLPENSIONES quien deberá con todos los datos administrativos se reitera a proceder a la cuantificación y tasación del reconocimiento pensional que se está ordenando en esta primera instancia, lo cual no está para que la parte demandada, a pesar de que se dio por no contestar a la demanda, pueda presentar las documentales y será el Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral en sede de instancia, si le dará el trámite y aceptará las mismas piezas procesales.

Por todo lo anterior, conforme a la solicitud impetrada se procede también a la adición y ser el caso a la aclaración correspondiente conforme a la norma anteriormente citada.

De todo lo anterior, nuevamente las partes quedan notificadas en estrados. Doctora Sandra nuevamente Se le concede el uso de la palabra para los fines pertinentes. Si se hizo el pronunciamiento por parte del despacho y en caso afirmativo, si hay lugar a que sustente el recurso de apelación.

Apoderada COLPENSIONES (Record: 55:54): Gracias su señoría, que pena, doctor. Entonces, si mal no entiendo lo que tendría que hacer, sería aportar por parte de la entidad todo lo referente a los aportes que realizó el señor y adicionar la solicitud para que sea el Tribunal quien proceda a realizar la aclaración con respecto a estos dineros.

Juez (Record: 56:17): No, no es tanto la aclaración, sino que se tengan en cuenta para el momento de la de la causación o de la tasación correspondiente. Eso es lo que quiere decir el despacho.

Inconforme con la sentencia COLPENSIONES la apeló, advirtiendo que consultado el aplicativo de la Oficina de Bono Pensional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se encuentra que el demandante está pensionado por la UGPP mediante la resolución N°004470 del 22 de abril de 1999, a través de la cual la caja de previsión social CAJANAL, le reconoció la prestación, precisando el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia advierte que 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 la que tenga la parte mayoritaria del Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley, concluyendo que los imperativos de eficiencia que gobiernan en la Seguridad Social el carácter unitario de este sistema, hacen razonable que el legislador evite que, en principio una misma persona goce de dos prestaciones que cumplen idéntica función, pues no sólo esto, podría llegar a ser inequitativo, sino que además implicaría una gestión ineficiente de recursos que por definición son limitados.

Explica que el artículo 13 de la Ley 793, al definir las características generales del sistema de pensión precisó en el literal J que ningún afiliado podrá percibir simultáneamente pensiones por cuanto estas 2 pensiones pretenden proteger a la persona frente a un riesgo común, ya que buscan ampararse en aquella situación en que no se tiene la misma capacidad para seguir trabajando, ya sea por los efectos inevitables de la vejez o por una enfermedad o un accidente que haya mermado sus facultades laborales.

Indica que de conformidad con la Ley 549 de 1999 todos los tiempos laborados cotizados en el sector público y los cotizados en ISS serán utilizados para financiar la pensión cuando algún tiempo no se toma en cuenta para el reconocimiento de la pensión y por ello no se incluye en el cálculo del bono pensional o no procede la expedición del bono o cuota parte, pues la caja, fondo o entidad pública, que deba hacer el reconocimiento de la pensión deberá solicitar a las administrativas o entidades del tiempo cotizado servicios que no se tiene en cuenta para reconocimiento de la pensión, el traslado del valor de las cotizaciones para la atención del vejez.

Razones por las cuales considera dentro del proceso de la referencia no le asiste el derecho al demandante al reconocimiento de la pensión de vejez solicitada,

toda vez que, estos deben ser tenidos en cuenta para la financiación de la pensión que actualmente goza y que fue reconocida por CAJANAL, solicitando sea revocada la decisión junto con la condena al pago de los intereses moratorios desde el 12 de abril de 2019 y el reconocimiento de la pensión a partir del 01 de febrero de 2019 al demandante, pues itera no le asiste el derecho para que se efectúe el reconocimiento y pago de la prestación solicitada. Asimismo, solicita no se realice la imposición de la condena en costas y se le permita anexar la historia laboral a fin de corroborar los aportes efectivamente realizados por el actor. (Cd. fl. 133, record: 56:27)[4]

[4] "Okey, bueno, pues muchas gracias su Señoría, entonces lo tendré en cuenta haré la respectiva solicitud para que sea aportado al proceso.

Bueno, como había mencionado anteriormente, pues procedo a interponer recurso de apelación contra la sentencia que fue proferida en esta primera instancia rogando humildemente a los honorables magistrados sea estudiada la decisión que se tomó y revocada teniendo en cuenta y a consideración lo siguiente:

Es preciso señalar que el demandante acredita un total de 10,199 días laborados correspondientes o el equivalente a 1553 semanas cotizadas ante mi representada, él mismo nació el 08 de agosto de 1939 y que actualmente cuenta con 82 años de edad. Es preciso realizar la aclaración que consultado el aplicativo de la Oficina de Bono Pensional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se encuentra que el demandante se encuentra pensionado por la UGPP y que, una vez revisado el expediente administrativo se encuentra que mediante la resolución N°0 04470 del 22 de abril del 99, la caja de previsión social CAJANAL, le reconoció una pensión de vejez al hoy demandante, el señor JAIME LEÓN BERNAL CUÉLLAR.

Es preciso señalar que el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia advierte que 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 la que tenga la parte mayoritaria del Estado, salvo los casos expresamente determinados Por la ley. Entendiéndose por Tesoro Público el de la nación, el de las entidades territoriales y entre las descentralizadas.

Por su parte, la circular 01 del 2012 expedida por COLPENSIONES establece que, si bien el artículo 128 de la Constitución Política prohíbe recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, dicha norma ha sido reglamentada por el artículo 19 de la ley 4 del 92, estableciendo las siguientes excepciones:

La que reciben los profesores universitarios que se desempeñan como asesores de la rama legislativa, las percibidas por el personal como asignación de retiro o pensión militar o policía y de la fuerza pública y las percibidas por concepto de sustitución pensional, Los honorarios percibidos por concepto de hora cátedra, los horarios percibidos por concepto de servicios profesionales de la salud y los recibidos por los miembros de la Junta directiva en razón de su existencia es la misma siempre que no se trate de más de 2 juntas, las que se la que a la fecha de la entrada en vigencia de la ley 492 benefician a los servidores oficiales docentes pensionales. Asimismo, conforme al artículo 13 de la Ley 100 del 93, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, en su inciso C, se dispone: los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones de las pensiones de vejez e invalidez y sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la presente ley. Tal situación implica que esta administradora de pensiones deberá respetar los derechos de los afiliados, al igual que los diferentes incompatibilidades legales establecidas en el sistema general de pensiones y en las normas comunes que frente a este tema, la Corte Constitucional en la sentencia C 74 del 28 de junio de 2011 precisó lo siguiente, el anterior análisis permite concluir que los imperativos de eficiencia que gobierna en la Seguridad Social el carácter unitario de este sistema, hacen razonable que el legislador evite que, en principio una misma persona goce de dos prestaciones que cumplen idéntica función. Pues no sólo está, podría llegar a ser inequitativo, sino que además implicaría una gestión ineficiente de recursos que por definición son limitadas.

Esta situación explica que el artículo 13 de la ley 793, al definir las características generales del sistema de pensión haya precisado en el literal J que ningún afiliado podrá percibir simultáneamente pensiones la razón elemental, estas 2 pensiones pretenden proteger a la persona frente a un riesgo común, ya que buscan ampararse en aquella situación en que ella no tiene la misma capacidad para seguir trabajando, ya sea por

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 JAIME LEON BERNAL CUELLAR, las pretensiones relacionadas en el escrito introductor debidamente subsanado (folios 65 vto y 66), **las cuales encuentran sustento en los hechos relatados en el acápite respectivo (folios 64 y 65),**

---

los efectos inevitables de la vejez o por una enfermedad o un accidente que haya mermado de sus facultades laborales.

Que las normas constitucionales y legales citadas son claras en determinar que por mandato expreso nadie puede devengar o desempeñar más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público. Así se hace mención a lo normado en el artículo del Decreto 2527 del 2000, el cual señala, frente a la solicitud de traslado de las cotizaciones e información lo siguiente de conformidad con el artículo 17 de la ley 549 del 99 todos los tiempos laborados cotizados en el sector público y los cotizados en ISS serán utilizados para financiar la pensión cuando algún tiempo no se toma en cuenta para el reconocimiento de la pensión y por ello no se incluye en el cálculo del bono pensional o no procede la expedición del bono cuota parte, la caja, fondo o entidad pública, que debe ser el reconocimiento de la pensión según el artículo anterior, solicitar a las administrativas o entidades del tiempo cotizado servicios que no se tiene en cuenta para reconocimiento de la pensión, el traslado del valor de las cotizaciones para la atención del vejez y de la información que posea sobre el trabajador, incluyendo su historial laboral. Dicho traslado deberá efectuarse dentro de los 2 meses siguientes a la solicitud.

De conformidad con lo anterior, es preciso señalar que CAJANAL se encuentra cancelando una afectación pensional a favor del señor JAIME LEÓN BERNAL CUÉLLAR, por todo los resuelto, es incompatible con la prestación que el día de hoy solicita el demandante. CAJANAL como entidad que reconoció la pensión, debía tramitar el mecanismo de financiamiento de la pensión a que hubiere lugar a cargo del extinto ISS, cuyo pago no incidiría en el valor de la mesada pensional ni daría lugar a la reliquidación de la prestación reconocida, ya que la cuota parte constituye un mecanismo de financiación de la pensión. De acuerdo con la anterior será el UGPP quien deberá realizar el cobro del mecanismo de financiamiento a que haya lugar, el cual se reitera no incide en el valor de la pensión del ciudadano conforme a lo anterior, el precepto en la caja, fondo o entidad pública que hace reconocimiento de la pensión, debe solicitar a la administradora o entidad de los tiempos cotizados o servidos que no se tiene en cuenta para el reconocimiento de la pensión, el traslado del valor de las cotizaciones para la pensión de vejez y de la información que posee sobre el trabajador, incluyendo su historia laboral.

Conforme lo anterior se precise recalca que dentro del proceso de la referencia no le asiste el derecho al demandante al reconocimiento de la pensión de vejez solicitada, toda vez que, como bien se manifestó en los argumentos anteriormente expuestos estos deben ser tenidos en cuenta para la financiación de la pensión que actualmente goza y fue reconocida por CAJANAL, quién es paga actualmente por la UGPP.

En solicitud de lo anterior, solicitó a los Honorables magistrados sea revocada la decisión que se procedió en esta primera instancia y así mismo, no se condene al pago de los intereses moratorios desde el 12 de abril de 2019, como tampoco se realiza el reconocimiento de la pensión a partir del 01 de febrero de 2019 al demandante, atendiendo que no le asiste el derecho para que se efectúen reconocimiento y pago de la prestación solicitada. Asimismo, solicitó a los honorables magistrados de que no se realice la imposición de la condena en costas y que, en razón a ello, sea condenado a la parte demandante. Asimismo, pues algo, la claridad, siendo esta la oportunidad para solicitar se me permita anexar los documentos anteriormente mencionados, como es la historia laboral, a fin de corroborar los aportes efectivamente realizados por el actor para posteriormente solicitar, como manifestó el despacho, una aclaración en el sentido de los montos de dinero que deberán ser reconocidos por la entidad.

Conforme lo anterior, doy por sustentado mi recurso de apelación, no sin antes reiterar nuevamente a los honorables magistrados, se revoque la decisión que fue tomada en instancia y se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas que le fueron impuestas. Gracias su señoría."

solicitando se declare que la pensión de jubilación reconocida por CAJANAL es compatible con la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, en consecuencia se condene a su reconocimiento y pago a partir del 17 de septiembre del 2018, teniendo en cuenta únicamente los aportes realizados como trabajador del sector privado y como independiente o en subsidio se condene al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, al pago de los intereses moratorios o la indexación de las mesadas causadas y no canceladas, derechos *ultra y extra petita,* y las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto, si bien se declaró que el señor resulta ser acreedor de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES ello solo a partir del día siguiente a la última cotización realizada, esto es, 1° de febrero del 2019 y no desde el 17 de septiembre del 2018, ordenando igualmente el pago de los intereses moratorios a partir del 12 de abril del 2019. Lo anterior tras considerar que dicha pensión es compatible con la de jubilación que devenga el demandante reconocida por CAJANAL y hoy a cargo de la UGPP, en atención a que la pensión de vejez se causó con tiempos de aportes privados diferentes a los tenidos en cuenta para la pensión de jubilación.

Pues bien, preliminarmente, advierte la Sala, en el presente asunto no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos:

i) Mediante Resolución No. 004470 del 22 de abril de 1999 la Caja Nacional de Previsión Social reconoció a favor de JAIME LEON BERNAL CUELLAR una pensión vitalicia de jubilación efectiva a partir del 14 de abril de 1999 siempre que se acreditara el retiro del servicio, en cuantía inicial de $8.215.802,85, por encontrar satisfechos los requisitos previstos en la Ley 4 de 1992, Decreto 1359 de 1993, Decreto 47 de 1997 y Ley 201 de 1995, y en atención a los tiempos públicos servidos a la Rama Jurisdiccional (01/03/63 a 28/09/70 y 30/10/70 a 30/10/83) y la Procuraduría General de la Nación (13/01/97 al 13/04/99) para un total de 22 años y 10 meses de servicios (Folios 26 a 31). Dicha prestación fue reliquidada por Resolución No. 006234 del 24 de abril del 2000 en suma de $9.655.080 a partir del 6 de abril del año 2000 (fls. 32 y 33).

ii) Por Resoluciones GNR 268216 del 25 de julio del 2014 (fls. 34 a 37), GNR 343581 del 1° de octubre del 2014 (fls. 38 a 41), VPB 3366 del 22 de enero del 2015 (fls. 42 a 45), SUB 304188 del 22 de noviembre del 2018 (fls. 47 a 49), SUB 27742 del 30 de enero del 2019 (fls. 51 a 54) y DEP 420 del 7 de marzo del 2019 (fls. 56 a 59) COLPENSIONES negó al señor JAIME LEON BERNAL CUELLAR la pensión de vejez aduciendo la incompatibilidad de dicha prestación con la pensión reconocida a su favor por la UGPP, a voces del artículo 128 de la Constitución Política.

Bajo tal entendido, habida cuenta que se conoce del presente proceso además del recurso de apelación 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 al demandante son de carácter compatible, esto es, la de CAJANAL (hoy UGPP) y la de vejez aquí pretendida.

Para solventar lo anterior, cabe acotar, en virtud de los principios de universalidad, solidaridad y unidad que gobiernan el sistema general de pensiones, en vigencia de la Ley 100 de 1993 son incompatibles las pensiones que amparan una misma contingencia, lo cual se justifica, además, en la posibilidad prevista en esa norma de acumular cotizaciones independientemente de su procedencia u origen, en aras de incrementar el valor de la base de liquidación. Así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL5228 de 2018 y SL5068 de 2019.

No obstante, esa misma Corporación ha estimado posible la compatibilidad de las pensiones de jubilación derivadas de los servicios prestados al Estado con aquellas prestaciones generadas por cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), bajo el evento de que cualquiera de ellas haya sido causada antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 o en aquellos casos en que la prestación se haya reconocido a través de Cajas de Previsión, siempre que pueda constatarse que se trata de fuentes de financiación distintas. En otros términos, si la pensión de jubilación se concedió únicamente en virtud de los servicios prestados al Estado, y la de vejez por contar con las semanas exigidas por ley derivadas de servicios prestados exclusivamente al sector privado, estas resultan plenamente compatibles.

Sobre el particular, puntualmente en sentencia SL5228 de 2018, la Corte enseñó:

"*(…)*

De igual forma, en relación con las pensiones de jubilación derivadas de servicios prestados al Estado, tal como la prevista en la Ley 33 de 1985, la Sala ha predicado que podrían llegar a ser compatibles con las prestaciones generadas por cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, siempre y cuando el tiempo de servicios sea completado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 ***o cuando se trate de una prestación reconocida a través de Cajas de Previsión, donde claramente haya diferenciación en las fuentes de financiamiento.***

Bajo este entendido se ha afirmado que únicamente cuando cualquiera de las dos prestaciones respecto de las cuales se pretende la compatibilidad se hubiese causado antes de la Ley 100 de 1993 es que se puede predicar la simultaneidad en su percepción, siempre y cuando provengan de tiempos diferentes como los públicos y los privados, pues de lo contrario resultará inviable la compatibilidad y se impondrá la incompatibilidad.

En la sentencia SL536-2018, reiterada en la providencia SL 712- 2018, esta Sala asentó:

Ambas acusaciones plantean el mismo problema jurídico, relacionado con la viabilidad de reconocer la compatibilidad entre la pensión de jubilación por servicios públicos prestados como Médico, y la de vejez por las cotizaciones sufragadas cuando laboró en el sector privado; de manera que como son complementarias, aun cuando se plantearon por vía distinta, para esta Corte es viable estudiarlas conjuntamente.

Para el Tribunal, la pretensión en el reconocimiento de una pensión de vejez, con tiempos prestados a empleadores privados reñía con el hecho de que el accionante ya contaba con una pensión de jubilación de Ley 33 de 1985 reconocida por el ISS; que como ambas tenían idéntica naturaleza y además preservaban el mismo riesgo, no era viable cargar al sistema con esa condena.

Para esta Sala de la Corte, las conclusiones jurídicas a las que arribó el juzgador de segundo grado no son equivocadas, pues finalmente lo que hizo fue evidenciar que bajo la Ley 100 de 1993, no era posible la asignación de dos pensiones de vejez, independientemente del origen de los servicios prestados.

En efecto, la regla general del actual sistema es la incompatibilidad entre pensiones que amparen la misma contingencia, por razón de la solidaridad, y porque además, se prevé la acumulación de las cotizaciones indistintamente de su procedencia, las cuales van a servir para aumentar el valor de la base de liquidación, y aunque ello no siempre ha acontecido de la misma manera, pues décadas antes primaba una estructura de acumulación de tiempo, que se cargaba a cajas de previsión, o a las propias entidades territoriales y no siempre se requería de aportes. En ellos era preeminente la idea de empleo como único vehículo de acceso a la protección social; el tratamiento diferenciado se justificaba en la propia evolución de la legislación social, pues recuérdese que antes de que entrara en vigencia la Ley 100 de 1993, existían una multiplicidad de regímenes dispersos, que había iniciado más de un siglo atrás, con las primeras reglas sobre los montepíos familiares, en los que únicamente se aseguraba el riesgo de la muerte, para luego ampliarse también al de invalidez y vejez en los eventos de los servicios civiles y de quienes fuesen educadores.

Desde 1843 y hasta 1993 la creación de distintos entes, en los que, de forma segmentada se cubrían tales contingencias, evidencian las dificultades que suponía en su momento la unificación a disposiciones comunes de seguridad social y la determinación sobre la viabilidad de que prestaciones que se causaran pudiesen compatibilizarse con las del nuevo modelo de aseguramiento, este sí con pretensión de universalidad e integralidad, aunque la Ley 90 de 1946 fue su primer impulso.

La doctrina jurisprudencial es la que, finalmente, ha venido a solventar tales dificultades al generar una serie de parámetros para hacer puente entre tales regímenes de naturaleza diversa; en lo relacionado con la Ley 33 de 1985, cuyo objeto no fue otro que el de establecer responsabilidades sobre el otorgamiento pensional que se hiciera a los empleados oficiales, y en la que también se reguló el tiempo que debía computarse para tal efecto, ***esta Sala de la Corte ha estimado que si bien sus prestaciones pueden ser compatibles con las de servicios privados cotizados al ISS,*** *esto es bajo el entendimiento o de que el tiempo de servicio fue completado antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 199****3, o de que la prestación se haya reconocido a través de Cajas de Previsión, diferenciándose así los recursos de los cuales provienen, impidiéndose de esa forma que, por regla general el Instituto de Seguros Sociales, disponga el pago de dos pensiones de vejez, como se trataría en este evento.***

En ese sentido deben leerse las decisiones que esta Sala de la Corte ha decantado, esto es que únicamente bajo el evento de que cualquiera de las dos prestaciones de las que se pide su compatibilidad, hubiesen sido causadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es que puede predicarse su compatibilidad, cuando provengan de distintos tiempos, como los públicos y privados, pues de lo contrario se entenderá que es inviable." (Negrilla y subrayas de la Sala).

En similares términos dicha Corporación expreso:

- SL 1258-2021 Rad. 82006 del 15 de marzo del 2021

"… pues tal y como lo ha definido la Corte, ambas prestaciones tienen orígenes y fuentes de financiación diferentes, ya que la pensión de jubilación otorgada se configura únicamente con los tiempos de servicio prestados al Estado, mientras que la del Acuerdo 049 de 1990 obedece a cotizaciones que se hicieron en el marco de una relación laboral, con independencia de si ésta discurrió en el sector público o privado.

Sin embargo, esta Corporación ha sido enfática en establecer que para que se produzca dicha compatibilidad, cada una de las pensiones debe ser causada con períodos de trabajo distintos y acreditados ante diferentes entidades previsionales, es decir, que un mismo ciclo no pueda ser utilizado simultáneamente para reunir los requisitos tanto de la Ley 33 de 1985 como del Acuerdo 049 de 1990.

(…)

No sobra advertir que, el precedente de esta Corporación está enfocado en permitir que un afiliado pueda obtener dos pensiones legales de vejez, siempre que ambas tengan fuente de financiación diferente y se causen por tiempos de servicios o semanas de cotizaciones disímiles, acreditados ante entidades previsionales distintas. Entender lo contrario, implicaría afirmar de forma equivocada que una persona con los mismos años laborados, pueda obtener varias asignaciones contenidas en regímenes diferentes que, en estricto sentido, son excluyentes entre sí."

- SL 2170-2019 Rad. 82254 del 5 de junio del 2019:

"En efecto, en este caso en particular, se trata de dos pensiones que tienen origen diferente, dado que la prestación de vejez que se solicita lo es con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, y corresponde a las cotizaciones efectuadas por períodos de trabajo distintos y sucesivos para diversos empleadores del sector privado, y la de jubilación que se otorgó se basó en la Ley 33 de 1985, por tiempo de servicio prestado al Estado previamente a su vinculación al ISS - hoy Colpensiones - como trabajador particular.

Tal postura se expuso en sentencia CSJ SL 7109, 27 en. 1995, reiterada en la CSJ SL452-2013, en la que se consideró:

[…]

Igualmente, debe anotarse que ésta Sala de la Corte se ha pronunciado en asuntos, en los cuales se ha expresado que no existe incompatibilidad de carácter institucional entre la pensión de jubilación reconocida por una entidad oficial con la sustitución pensional o pensión de viudez otorgada por la misma u otra entidad oficial, lo cual también puede predicarse cuando el Instituto de Seguros Sociales reconoce una pensión de sobrevivientes a favor de la viuda y por otra parte otorga directamente a la trabajadora la pensión de vejez originada en un riesgo diferente, por la prestación de sus propios servicios. Entre otras, pueden citarse, la del 21 de mayo de 1991; 3 de marzo de 1994; 2 de noviembre de 1994 y 24 de enero de 1995."

Similar criterio se expuso en sentencia CSJ SL 35761, 7 sep.2010, en los siguientes términos:

[…]

En efecto, se trata de dos pensiones que tienen origen y conceptos diferentes, en tanto la de jubilación otorgada por normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, se deriva por los servicios prestados a una entidad oficial (Departamento de Antioquia), y la de vejez que se pretende del Instituto de Seguros Sociales, según el Acuerdo 049 de 1990, corresponde a las cotizaciones efectuadas por períodos de trabajo distintos y sucesivos para diversos empleadores del sector privado, supuestos que conducen a la viabilidad jurídica de su compatibilidad.

Y, recientemente, en sentencia CSJ SL5228-2018, se explicó:

Frente a los reproches jurídicos endilgados por la censura, cabe destacar que actualmente la jurisprudencia de esta Corporación sostiene que la regla general del sistema de pensiones dispuesto por la Ley 100 de 1993 es la incompatibilidad entre pensiones que amparen la misma contingencia, en virtud de los principios de universalidad, solidaridad y unidad que gobiernan el mismo, los cuales impiden que un mismo afiliado perciba dos prestaciones que cubran el mismo riesgo, máxime que dicha normatividad permite la acumulación de cotizaciones indistintamente de su procedencia u origen a efectos de aumentar el valor de la base de liquidación (negrillas fuera del texto).

- SL 1107-2018 Rad. 53597 del 11 de abril del 2018:

"La posición del Tribunal en el sentido de que el demandante no puede contar con las dos pensiones, una de Cajanal y la otra del Instituto de Seguros Sociales, es contraria a los reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, pues si la primera se concede por servicios prestados al Estado y la segunda por tener

el número de semanas exigidas por la ley, derivadas de servicios prestados exclusivamente al sector privado, resultan plenamente compatibles.

Si bien, es cierto que existe la restricción de recibir más de una asignación del tesoro público y los recursos para pagar la pensión concedida por Cajanal tienen esa connotación, no sucede lo mismo con las pensiones que reconoce el Instituto de Seguros Sociales, en razón a que la fuente del pago tiene origen en los aportes de trabajadores y empleadores, de suerte que dicha entidad es solo una administradora de los mismos.

De otra parte, no cabe la menor duda de que la pensión de jubilación reconocida con fundamento en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 y la pensión de vejez concedida con base en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, son totalmente diferentes, pues la primera es causada por los servicios prestados al sector público y la segunda, por alcanzar el número mínimo de semanas cotizadas exclusivamente por empleadores del sector privado.

En reiteradas oportunidades, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la compatibilidad de la pensión de jubilación regulada por el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 y la de vejez a que hace referencia el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, ha brindado una respuesta positiva a la solución del problema jurídico aquí tratado. Cabe reproducir un pasaje de la sentencia CSJ SL, 4 jul. 2012, rad.40413, en la que adoctrinó:

> *Luego, en ningún yerro jurídico incurrió el Tribunal al considerar que por cumplir el actor, por estar amparado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, para acceder a la pensión de vejez, dado que reunió el número de semanas de cotización provenientes de empleadores particulares en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, y sin lugar a reproche alguno por contar con la pensión oficial por cuanto, a su vez, había prestado el tiempo de servicios contemplado por la Ley 33 de 1985 al servicio del Estado, tenía derecho a la reclamada pensión de vejez.*
>
> *[…]*
>
> *En similares términos asentó la Corte en fallo de 12 de agosto de 2009 (Radicación 35.374) lo siguiente:*
>
> *"Importa anotar que sobre el tema de la compatibilidad de pensiones de vejez del Seguro Social y de jubilación del sector oficial, antes de la vigencia del sistema pensional consagrado en la Ley 100 de 1993, esta Sala de la Corte, en sentencia de 27 de enero de 1995, radicación 7109, expresó lo que a continuación se transcribe:*
>
> *[…]*
>
> *""La filosofía del precepto constitucional que no permite la percepción de dos asignaciones del Tesoro Público o que provengan de empresas o de instituciones en que la participación estatal sea principal o mayoritaria, no es otra que la de impedir, por razones de moralidad y decoro administrativos, que los empleados oficiales puedan valerse de su influencia para obtener del Estado una remuneración diferente o adicional a la que perciben como sueldo, sea que tal asignación adicional revista el carácter de honorario, dieta o como quiera denominarse. Pero debe observarse que esa prohibición constitucional no puede extenderse a aquellos casos en los cuales no se vulnera esa norma, que tiende -se repite- a preservar la moral en el servicio público.*
>
> *""El artículo 47 del D.L. 1650 de 1977 calificó al I.S.S. como Establecimiento Público (hoy Empresa Industrial y Comercial del Estado, artículo 1 D.L. 2148 de 1992). El I.S.S. fue creado por la ley 90 de 1946. En el artículo 16 de la citada ley, se adoptó un sistema de financiación Tripartita; trabajadores, empleadores y*

Estado. Dicha forma de financiación se varió con el Decreto Ley 433 de 1971, en cuanto a los aportes del Estado, por un "aporte anual que se señalará en los presupuestos de rentas y gastos de la Nación" (Literal e ibídem). Posteriormente se dictó el decreto ley 1650 de 1977, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 12 de ese mismo año, estableciéndose en el artículo 22 lo siguiente: "De los aportes de patronos y trabajadores. En los seguros de enfermedad en general, maternidad, invalidez, vejez y muerte, los patronos o empleadores aportarán el sesenta y siete por ciento de la cotización total y los trabajadores el treinta y tres por ciento.

[…]

"“Puede decirse, entonces, que el I.S.S. se convirtió en un mero administrador de los dineros que aportaran asalariados y empleadores, con el compromiso de manejarlos; y por consiguiente no puede afirmarse que las pensiones que este otorgue provinieron del Tesoro Público.

"“El Consejo de Estado, en fallo del 24 de marzo de 1983 expuso sobre el particular: "...Lo anterior exonera a la Sala de hacer el estudio sobre la naturaleza jurídica de las pensiones de jubilación acordadas por el Instituto de Seguros Sociales, que aunque últimamente configurado por establecimiento público, pagan las jubilaciones con recursos de origen privado, como son las cuotas obrero patronales, pues su financiación tripartita desapareció ante la peregrina tesis de que la mora en el pago extingue la obligación legal. Y no sólo los fondos son de derecho privado sino que los beneficiarios por lo menos en principio son trabajadores particulares."

"“Con base en todas las reflexiones que se han dejado expuestas, se tiene que en el sub-exámine, estamos en presencia de dos pensiones completamente diferentes, la que recibe el demandante de la Caja Nacional de Previsión Social y la que reclama ahora del Seguro Social, las que igualmente tienen un origen o concepto distinto, pues la una obedece a servicios prestados al Estado Colombiano y la que reclama del I.S.S. es por haber prestado servicios laborales a otra entidad, cotizando a dicho ente para el riesgo de vejez y los fondos con los que se pagan esas pensiones, son igualmente opuestos, todo lo cual hace que las dos pensiones sean compatibles.

"“Igualmente, debe anotarse que ésta Sala de la Corte se ha pronunciado en asuntos, en los cuales se ha expresado que no existe incompatibilidad de carácter institucional entre la pensión de jubilación reconocida por una entidad oficial con la sustitución pensional o pensión de viudez otorgada por la misma u otra entidad oficial, lo cual también puede predicarse cuando el Instituto de Seguros Sociales reconoce una pensión de sobrevivientes a favor de la viuda y por otra parte otorga directamente a la trabajadora la pensión de vejez originada en un riesgo diferente, por la prestación de sus propios servicios. Entre otras, pueden citarse, la del 21 de mayo de 1991; 3 de marzo de 1994; 2 de noviembre de 1994 y 24 de enero de 1995."

Similar criterio fue expresado por la Sala en sentencia CSJ SL, 7 septiembre 2010, rad. 35761, en los siguientes términos:

A juicio de la Corte, fue equivocado el razonamiento del Tribunal para negar la pensión de vejez al demandante, prevalido de la simple consideración de que él es beneficiario de una pensión de jubilación legal a cargo del Departamento de Antioquia, atendiendo el carácter universal y único del Sistema de Seguridad Social, que impide el pago simultáneo de dos pensiones que cubren el mismo riesgo.

Así se afirma, por cuanto en este particular asunto, no resultan aplicables las disposiciones legales que le sirvieron de marco normativo al Tribunal para obtener tal inferencia y, tampoco, los referentes jurisprudenciales que lo apoyaron, pues los mismos no corresponden a las especiales características que se debaten en el sub judice.

> *En efecto, se trata de dos pensiones que tienen origen y conceptos diferentes, en tanto la de jubilación otorgada por normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, se deriva por los servicios prestados a una entidad oficial (Departamento de Antioquia), y la de vejez que se pretende del Instituto de Seguros Sociales, según el Acuerdo 049 de 1990, corresponde a las cotizaciones efectuadas por períodos de trabajo distintos y sucesivos para diversos empleadores del sector privado, supuestos que conducen a la viabilidad jurídica de su compatibilidad.*

De lo dicho, se colige que el Tribunal sí incurrió en los desaciertos atribuidos por la censura, pues la pensión de jubilación reconocida por los servicios prestados al Estado, municipio de Medellín y a la Rama Jurisdiccional, no excluye la posibilidad de construir la pensión de vejez por cotizaciones al Instituto de Seguros Social, por servicios prestados a empresas del sector privado, bajo el entendido de que se trata de dos pensiones diversas, por la normatividad que las regula, pues mientras la reconocida por Cajanal es regulada por la Ley 33 de 1985, por gozar de la cobertura del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la reclamada, tiene como fundamento legal el Acuerdo 049 de 1990 y los recursos de la primera sí tienen su origen en el sector público, mientras que los manejados por el Instituto de Seguros Sociales no."

A tales razonamientos se suma el hecho de que las pensiones de vejez reconocidas por Colpensiones no son una asignación proveniente del erario, por ser este un mero administrador, de modo que la prohibición del artículo 128 de la Constitución Política no aplica en estos eventos[5].

Respecto a la naturaleza de los recursos administrados por Colpensiones y para resolver el punto de apelación de esta entidad, la Corte en sentencia SL-5792 de 2014, reiterada en SL-4538-2018 y SL-2170 de 2019, sostuvo

> *"(…) en relación a si la accionante no puede recibir dos pensiones del erario público, esta Corporación ha dicho que* ***las prestaciones que tienen su fuente en el sistema general de pensiones, no provienen del tesoro público****, pues sus recursos ostentan la condición de parafiscales, ya que los mismos son un patrimonio de afectación, es decir, los bienes que lo conforman se destinan a la finalidad que indica la ley; en tal sentido, sobre esos patrimonios no puede ejercerse disposición alguna, razón por la cual, solo se otorga el carácter de administradoras a las entidades que conforman los diferentes regímenes (artículos 52 y 90 de la ley (sic) 100 de 1993), a quienes se confía su gestión.*
>
> *De tal manera, aun cuando el Instituto de Seguros Sociales, es el encargado de reconocer y pagar las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, esta es una situación que no apareja la propiedad 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 distinción de las entidades que contribuyen a conformar el tesoro público, entre ellas, las 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 (sic) 2003, Rad. 37453,*

[5] Al tema pueden consultarse las sentencias SL 24062, 14 feb. 2005, SL4413-2014, SL16083-2015, y SL10671-2016.

CSJ SL, 6 mayo (sic) 2010, Rad. 37453, y CSJ SL, 19 Nov. (sic) 2013, Rad. 41306."
(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Con base en las anteriores reflexiones y descendiendo al caso de autos, es claro que en autos se dan los presupuestos citados, pues la pensión de jubilación reconocida al accionante desde el 14 de abril de 1999 está a cargo del FONDO DE PENSIONES PUBLICAS DEL NIVEL NACIONAL como entidad administradora de los recursos de CAJANAL hoy UGPP, 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 son totalmente distintas, ya que para la primera prestación, esto es, la Pensión de Jubilación se aplicó la Ley 4 de 1992[6], Decreto 1359 de 1993[7], Decreto 47 de 1997[8] y Ley 201 de 1995[9], 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 (*conforme a los actos administrativos obrantes en el expediente*), por lo que no obedecen a las mismas cotizaciones que dieron lugar a la pensión de jubilación a cargo de CAJANAL, pues estas se dieron con cotizaciones efectuadas al servicio de la Rama Judicial y de la Procuraduría General de la Nación conforme se indica en el acto de reconocimiento pensional, tratándose entonces como ya se dijo de dos prestaciones que tienen diferente causa, razón por la cual es claro que el promotor 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.

---

[6] Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

[7] Por el cual se establece un régimen especial de pensiones, así como de reajustes y sustituciones de las mismas, aplicable a los Senadores y Representantes a la Cámara.

[8] Por el cual se establece un régimen especial de pensiones, así como de reajustes y sustituciones de las mismas, aplicable a los Senadores y Representantes a la Cámara.

[9] Por el cual se establece un régimen especial de pensiones, así como de reajustes y sustituciones de las mismas, aplicable a los Senadores y Representantes a la Cámara.

En esta misma dirección, y como ya se indicó tampoco podría generarse una vulneración a la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política[10], por cuanto los recursos pertenecientes a la seguridad social no son propiedad del Estado como los bienes y rentas de la Nación, dado que estos tienen una destinación definida, al tenor de lo previsto en la ley 797 de 2003 artículo 2[11] y en esa medida tales recursos son de origen parafiscal.

Dilucidado lo anterior, se procede entonces a determinar si el demandante le asiste el derecho a acceder a la pensión solicitada, analizando para ello que tipo de norma le resulta aplicable como quiera que tal aspecto no fue definido por el Juez de primera instancia.

Así las cosas, en primer lugar, corresponde a la Sala establecer si el actor es beneficiario y conserva el derecho al régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del Acto Legislativo 01 de 2005.

En este orden, en cuanto a la aplicación del Régimen de Transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al accionante, de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del parágrafo transitorio 4 del citado Acto Legislativo[12], este beneficio tiene dos límites temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, 31 de diciembre de 2014, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a

---

[10] "*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".*

[11]"*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".*

[12] "*Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.*

29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, para que el beneficio transicional se extendiera hasta el 31 de diciembre de 2014.

En el caso que se examina, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante contaba con la edad de 54 años, como quiera que nació el 8 de agosto de 1939 (*Así se indica en todos los actos administrativos obrantes en el expediente fls. 34, 39, 43, 48, 52 y 57*), por lo que en principio sería beneficiario del Régimen de transición.

En cuanto al régimen anterior, se observa que el promotor del litigio durante su vida laboral ha efectuado cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES, desde el 1° de diciembre de 1988, de acuerdo a la última resolución expedida por Colpensiones en donde se anotan los tiempos de servicios cotizados, por lo que el régimen anterior aplicable a la situación pensional del actor lo sería el contenido en el Acuerdo 049 de 1990, que en su artículo 12 exige la edad de 60 años para el hombre y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, como se dijo, antes el 31 de julio de 2010.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que el señor BERNAL CUELLAR alcanzó los 60 años de edad el 8 de agosto de 1999, es decir, en fecha anterior al primer límite establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, 31 de julio de 2010, por lo que el tiempo anterior a los 20 años anteriores al cumplimiento de la referida edad, son los comprendidos entre el **8 de agosto de 1979 y el mismo día y mes del año 1999,** debiendo entonces verificarse el número de semanas cotizadas en dicho lapso.

En esta dirección y para mayor claridad esta Sala de decisión procedió a contabilizar las semanas que COLPENSIONES acredita como cotizadas por el accionante en el acto administrativo DPE 420 del 7 de marzo del 2019 (ver fls. 56 vto y 57), precisándose existen cotizaciones simultaneas que no se sumaran para efectos de validar el número de semanas aportadas por el actor, pero que si deberán tenerse en cuenta para la liquidación de la prestación, de igual manera

---

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen"

se advierte si bien obran aportes de la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN, esta Corporación solo tendrá en cuenta el lapso del 14 de abril del 1999 al 12 enero del 2001, que no fue tenido en cuenta por CAJANAL para el reconocimiento de la pensión de jubilación, pues el que se encuentra referido en el acto reconocedor del derecho es el causado del 13 de enero de 1997 al 13 de abril de 1999 (ver fl. 26).

Lo anterior atendiendo el criterio expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1947 del 1° de julio del 2020 radicado 70918 donde señaló que para las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990 aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse semanas cotizadas tanto al ISS como los tiempos laborados a entidades públicas, expresando que si el artículo 36 ibídem señala que los efectos de la norma anterior aplicable solo se da para los aspectos de edad, tiempo y monto, resulta entonces que la forma de computar las semanas para dicho tipo de prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, artículo 33 parágrafo 1° y parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social, postura que acoge esta Sala de Decisión, atendiendo lo dispuesto por ese máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en su función como unificadora de la jurisprudencia.

ENTIDAD	DESDE	HASTA	SIMULTANEAS	DIAS
Colegio mayor nuestra señora del Rosario	1-dic-88	31-dic-88		30
	1-ene-89	31-dic-89		360
	1-ene-90	30-sep-90		270
U. Externado	23-feb-90	28-feb-91	*simultaneas*	
Colegio mayor nuestra señora del Rosario	1-oct-90	31-dic-90		90
	1-feb-91	13-jun-91		133
U. Externado	1-mar-91	30-abr-92	1/3/91 al 13/12/91	
Colegio mayor nuestra señora del Rosario	1-ago-91	31-ago-91		30
	1-sep-91	13-sep-91		13
	1-oct-91	14-oct-91		14
	1-nov-91	13-nov-91		13
	1-dic-91	13-dic-91		13
U. Externado	14-dic-91	30-abr-92		137
	1-may-92	14-ene-97		1694
Procuraduria	14-abr-99	12-ene-01		629
	1-oct-01	14-oct-01	*simultaneas*	
U. Externado	1-feb-01	31-ene-19		6480
Jaime Bernal Cuellar	1-jul-15	12-jul-15	simultaneas	
	1-sep-15	31-dic-15		
	1-feb-16	31-dic-16		
	1-ene-17	26-mar-17		
	1-abr-17	31-dic-17		
	1-ene-18	31-dic-18		

Establecido lo anterior, con las aclaraciones anteriormente expuestas se tiene que el actor, tiene un total de semanas cotizadas durante toda la vida laboral -*hasta el 31/01/19*-, de 1415 semanas[13], de las cuales **978 corresponden hasta el 31 de julio del 2010,** esto es, NO alcanza a reunir un total de 1000 semanas aportadas ante la administradora del régimen de prima media con prestación definida antes de tal data y para el periodo del 8 de agosto de 1979 al 8 de agosto de 1999 (últimos 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años de edad) tiene apenas **412 semanas** es decir, no acredita el requisito de 500 semanas ya mencionado.

Así mismo se tiene, que para el 29 de julio del 2005 el demandante tan solo acumuló **721 semanas**, cifra inferior a las 750 exigidas por el parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005 en aras de conservar el régimen de transición hasta el año 2014, razón por la cual se concluye en los términos del nuevo texto constitucional, el demandante ya no se encuentra amparado por tal prerrogativa.

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	No DIAS
1-dic-88	31-dic-88	30
1-ene-89	31-dic-89	360
1-ene-90	30-sep-90	270
1-oct-90	31-dic-90	90
1-feb-91	13-jun-91	133
1-ago-91	31-ago-91	30
1-sep-91	13-sep-91	13
1-oct-91	14-oct-91	14
1-nov-91	13-nov-91	13
1-dic-91	13-dic-91	13
14-dic-91	30-abr-92	137
1-may-92	**1-abr-94**	691
	256 semanas	
2-abr-94	14-ene-97	1003
14-abr-99	**8-ago-99**	115
	412 semanas	
9-ago-99	12-ene-01	514
1-feb-01	**29-jul-05**	1619
	721 semanas	
30/07/2005	**31-jul-10**	1801
	978 semanas	

[13]

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	No DIAS
1-dic-88	31-dic-88	30
1-ene-89	31-dic-89	360
1-ene-90	30-sep-90	270
1-oct-90	31-dic-90	90
1-feb-91	13-jun-91	133
1-ago-91	31-ago-91	30
1-sep-91	13-sep-91	13
1-oct-91	14-oct-91	14
1-nov-91	13-nov-91	13
1-dic-91	13-dic-91	13
14-dic-91	30-abr-92	137
1-may-92	14-ene-97	1694
14-abr-99	12-ene-01	629
1-feb-01	31-ene-19	6480
Subtotal		9905
Total semanas		1415

Ahora bien, advirtiendo que no es beneficiario del régimen de transición, se procede entonces a determinar si el demandante le asiste el derecho a acceder a la pensión solicitada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993[14], disposición que exige para el caso de los hombres, haber alcanzado 62 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, como ya se mencionó el accionante nació el 8 de agosto de 1939, por lo que acreditó la edad exigida de 62 años, el mismo día y mes del año **2001**; data para la cual si bien no contaba con las 1000 exigidas, pues tenía solo 516[15], lo cierto es que para la fecha del último aporte efectuado probado dentro de este litigio -31 de enero del 2019- contaba con **1415 semanas** (sin contabilizar las semanas simultaneas que existen), reuniendo con ello los requisitos previstos en

---

[14] *"**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".

[15]

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	No DIAS
1-dic-88	31-dic-88	30
1-ene-89	31-dic-89	360
1-ene-90	30-sep-90	270
1-oct-90	31-dic-90	90
1-feb-91	13-jun-91	133
1-ago-91	31-ago-91	30
1-sep-91	13-sep-91	13
1-oct-91	14-oct-91	14
1-nov-91	13-nov-91	13
1-dic-91	13-dic-91	13
14-dic-91	30-abr-92	137
1-may-92	14-ene-97	1694
14-abr-99	12-ene-01	629
1-feb-01	8-ago-01	188
Subtotal		3614
Total semanas		**516**

el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues para ese entonces (2019) las semanas exigidas 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 artículo 4 de la Ley 797 del 2003 señala que "*La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínimo de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.*"

No obstante, lo anterior contrario a lo dicho por el juzgador de primer grado, quien infirió que la última cotización del accionante lo fue para el ciclo de enero del 2019, **debe precisar** esta Sala de decisión en autos no hay certeza frente a tal circunstancia, en tanto se desconoce si el promotor de la litis continuó efectuado cotizaciones con posterioridad al 1° de enero del 2019 (*última fecha indicada por Colpensiones en el acto administrativo DEP 420 del 7 de marzo de 2019 fl. 57*) o si existe novedad de retiro para esa data o en fecha posterior, razón por la cual y ante la imposibilidad de determinar tal circunstancia con el material probatorio obrante en autos y atendiendo el grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones, considera esta Corporación el reconocimiento pensional deberá supeditarse al día siguiente de la fecha de la última cotización o cuando se reporte la novedad de retiro, pues la prestación pensional no es posible disfrutarla ni exigirla sino hasta el momento en que se haya efectuado el retiro del sistema del actor, por lo que la sentencia en este punto se modificará el fallo de primer grado.

En lo que respecta al monto de la mesada pensional, punto objeto de solicitud de aclaración tanto en primera instancia como en los alegatos allegados antes ésta Corporación, valga señalar la Sala no cuenta con la prueba de los IBC sobre los cuales ha cotizado el promotor de la Litis, por ende el IBL de la pensión de vejez deberá ser calculado conforme lo previsto en el inciso 3º del artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es con lo devengado en toda la vida o durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento dependiendo lo que le resulte más favorable, dado que como quedo visto el demandante cuenta con más de 1250 semanas de cotización y al cual se deberá aplicar la tasa de remplazo que se obtenga de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de

1993, todo ello al momento del retiro del servicio. Se modifica en este punto la decisión.

Por otra parte, con relación a los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estos están previstos para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales. La finalidad de estos intereses, a voces de la Corte Suprema, no es otro que la de resarcir los perjuicios ocasionados a los pensionados por la cancelación tardía de sus mesadas pensionales y, con ello, hacer efectiva la garantía prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, con apego al cual uno de los principios mínimos fundamentales aplicables al trabajo es el de asegurar "*(…) el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones (…)*"[16].

Del mismo modo, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios[17] de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta de la respectiva entidad de seguridad social y a su posible apego a los postulados de la buena fe, salvo que la negativa se funde en el ordenamiento legal vigente o que la definición del derecho obedezca a las reglas jurisprudenciales fijadas, entre otras condiciones analizadas en concreto, pudiéndose colegir en consecuencia, el pago tardío de mesadas pensionales de una prestación originada en dicha preceptiva, debe ser sancionado en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando no se evidencie una razón que justifique el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía al demandante[18].

Criterio reiterado recientemente por la Corte en sentencia SL3130-2020[19], en la que precisó: *"(…) En primer lugar, que permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe. Ello con la salvedad de algunos casos en los que, según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un*

[16] Sentencia SL1681 de 2020.
[17] CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras, reiteradas en sentencia SL3130 de 2020.
[18] Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.

determinado derecho pensional o definen su cuantía con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas. (…)"

Bajo tal estructura, en el asunto se tiene, como se indicó al inicio, la razón invocada por COLPENSIONES para negar el derecho a la demandante no fue otro distinto a una supuesta incompatibilidad de la pensión con aquella que venía siendo cancelada al actor por la UGPP, incompatibilidad que, en los términos ampliamente analizados, no existía. Por esa razón, esta Corporación comparte lo indicado por el juez de primera instancia en cuanto a que los argumentos de la entidad para abstenerse de reconocer la prestación no resultan válidos o atendibles y por lo tanto, resulta procedente el pago de los intereses moratorios reclamados, confirmándose en este punto la decisión, precisándose el *a quo* contabilizó el término para su imposición desde el 12 de diciembre del 2018, fecha en que se interpuso recurso de reposición en contra de la resolución SUB 3044188 del 22 de noviembre del 2018 (ver contenido SUB 2742 del 30 de enero del 2019 fl.51) que niega el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, razón por la cual dispuso su pago a partir del 12 de abril del 2019, data que no se modificará en esta instancia ante la Consulta que se surte en favor de Colpensiones.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por 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 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 es procedente su condena. Se confirma la decisión en este aspecto.

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones y precisiones que anteceden, se modificará la decisión de primer grado únicamente en lo q tiene que ver con la fecha del reconocimiento pensional.

COSTAS en la apelación a cargo de COLPENSIONES. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

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

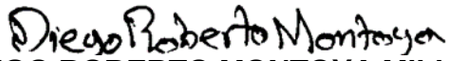
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para en su lugar establecer que el reconocimiento pensional del señor **JAIME LEON BERNAL CUELLAR únicamente se podrá hacer efectivo desde la fecha de la última cotización o cuando se reporte la novedad de retiro**, precisando en lo que respecta al monto de la mesada, este deberá ser calculado conforme lo previsto en el inciso 3º del artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, con lo devengado en toda la vida o durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento dependiendo lo que le resulte más favorable y al cual se deberá aplicar la tasa de remplazo que se obtenga de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, todo ello al momento del retiro del servicio.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: COSTAS en la apelación a cargo de COLPENSIONES. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



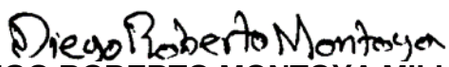
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS EDUARDO CASTAÑEDA ESTRADA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES (RAD. 04 2020 00111 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fls. 4 a 7), 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 parte demandante y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, respecto a la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de agosto de 2021 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T y la S.S. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, expediente digital, carpeta 2 cds y audios, récord 21:39), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a reliquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al demandante LUIS EDUARDO CASTAÑEDA ESTRADA y, en consecuencia, pagar la diferencia del valor de la indemnización reconocida en fecha 18 de febrero de 2019, teniendo en cuenta el total de $2.228.947,68, como diferencia de la indemnización sustitutiva que le corresponde al actor, valor que, actualizado al 31 de julio de 2021, arroja la suma de $2.404.302,72, sin perjuicio de la que se cause en adelante hasta su pago efectivo, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*
> ***SEGUNDO: DECLARAR PROBADA** la excepción de inexistencia del cobro de intereses moratorios.*
> ***TERCERO: DECLARAR** no probadas las demás excepciones propuestas por las demandadas.*
> ***CUARTO:** Sin lugar a COSTAS.*
> ***QUINTO: CONCEDER** el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá."*

Inconforme con la decisión la apoderada judicial del demandante la apeló. Solicitó se tengan en cuenta todos los salarios devengados por el demandante, las actualizaciones y las tasas de reemplazo de acuerdo con la normatividad aplicable y pidió se acceda a los intereses reclamados.

En el mismo sentido, solicitó se imponga condena en costas a cargo de Colpensiones, como quiera que en sede administrativa no se obtuvo la reliquidación de la indemnización sustitutiva y por ello el actor debió acudir a la jurisdicción[1] *(Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T y la S.S. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, expediente digital, carpeta 2 cds y audios, récord 22:39).*

A su turno la apoderada de Colpensiones, apeló la decisión solicitando se revise la cuantificación efectuada por el juzgado, como quiera que la entidad efectuó las operaciones aritméticas en los términos de ley, por lo que estima, la indemnización reconocida por Colpensiones al demandante se encuentra ajustada a derecho[2] *(Audiencia virtual concentrada*

---

[1] **Apoderada demandante (22:39):** Si señor juez con todo respeto me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir, en el sentido de solicitar al Honorable Tribunal de Bogotá se sirva revocar parcialmente la sentencia en el sentido de hacer una revisión en el numeral primero y efectuar una liquidación teniendo en cuenta de todos y cada uno de los salarios devengados por mi representado, las tasas de reemplazo y las actualizaciones de conformidad con la normatividad vigente, y la normatividad mediante la cual se beneficia los intereses del afiliado.

Así mismo le solicito al Honorable Tribunal se sirva revocar los demás numerales de la sentencia, incluida las costas y agencias en derecho, toda vez que a pesar de que es un punto de derecho, también es un error, se logró comprobar que existe un error por parte de la entidad demandada, se agotaron administrativamente los recursos a fin de obtener esta reliquidación mediante recurso, no se llegó a ninguna acuerdo, o no se obtuvo ninguna reliquidación por lo cual se tuvo que acceder a la jurisdicción de lo laboral, y esto la reliquidación la solicitó con fundamento nuevamente en los mismos artículos que sirvieron de base para emitir la sentencia, los cuales específicamente en el artículo 3del decreto 1730 del año 2001, y el inciso primero del artículo 20 de la ley 100 de 1993, si, y el artículo 37 de la ley 100 de 1993. En esto queda mi recurso solicitando nuevamente que se revise la operación aritmética y la aplicación que corresponde a la liquidación sustitutiva de la pensión de vejez para los afiliados a COLPENSIONES, muchísimas gracias señor juez.

[2] **Apoderada COLPENSIONES (25:24):** Gracias su señoria, me permito interponer recurso de apelación en contra de la providencia que acaba de proferir el despacho con el objeto que el Tribunal Superior de Bogotá para que estudie igualmente el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de mi representada en las resultas del proceso y mi recurso de apelación va tendiente a la revisión, en lo que tiene que ver con el numeral primero, perdón; de la parte resolutoria de la sentencia, solicitando comedidamente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá efectué una revisión de la reliquidación liquidación efectuada por parte del despacho, en donde deicidio condenar a COLPENSIONES al pago de la diferencia de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a julio de 2021 por $2.404.302 pesos en el sentido de precisar que COLPENSIONES no se encuentra de acuerdo con esta decisión, dado que efectivamente COLPENSIONES en aras de garantizarle al señor demandante sus derechos como ciudadano efectuó las justas operaciones aritméticas ordenadas por ley, y verificó efectivamente la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez primeramente reconocida, en la resolución SUB41306 del 18 de febrero de 2019, SUB126742 del 22 de mayo de 2019 y la DPD 4769 del 18 de junio de 2019, arrojando en todas una indemnización sustitutiva de pensión de vejez por un valor de $17.270.823 pesos aclarando efectivamente que al actor le se tuvieron en cuenta todo lo que claramente reportó y lo que se encuentra reportado en la historia laboral, es decir, se tuvo en cuenta conforme a los IBC cotizados por el señor demandante, las 523 semanas y que claramente para llegar al justo monto se remitió COLPENSIONES en su momento al artículo 17 y 18 de la ley 100 de 1993, y el inciso 5 del acto legislativo 01 de 2005.
En este sentido solamente me resta solicitar al Honorable Tribunal que efectué una, un segundo estudio, una segunda liquidación respecto de si claramente hay lugar o no hay lugar para el derecho del pago y reconocimiento y pago de

artículos 77 y 80 del C.P.T y la S.S. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, expediente digital, carpeta 2 cds y audios, récord 22:39).

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 LUIS EDUARDO CASTAÑEDA ESTRADA, las pretensiones relacionadas en la demanda (*expediente digital, carpeta 1. 2020-00111 Documentos digitalizados, archivo 1.2020-00111 Proceso Digitalizado.pdf folios 4 y 5)***, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 1,3 y4 ibídem,** pretendiendo se declare tiene derecho a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez teniendo como base 816,6 semanas de cotización; se condene a Colpensiones a pagar la diferencia que resulte entre la prestación que pagó al demandante y la que realmente le corresponde, debidamente indexada, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre el mayor valor adeudado, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto se condenó a COLPENSIONES a reliquidar la indemnización sustitutiva reconocida al demandante y en consecuencia, pagar a su favor la suma de $2’228.947,68 como diferencia entre la prestación pagada por la entidad y la que realmente le corresponde, valor que deberá ser actualizado a la fecha en que se haga su pago y que a 31 de julio de 2021 ascendió a $2’228.947,68 pero absolvió a Colpensiones de los intereses moratorios y las costas del proceso. El juzgador encontró acreditadas 517 semanas de cotización por parte del demandante, las que tuvo en cuenta para efectuar el cálculo correspondiente, advirtiendo que la prestación asciende a la suma de $19’858.434,68, por lo que existe una diferencia entre la prestación determinada por el Juzgado y la reconocida por Colpensiones de $2’228.947,68; no accedió al reconocimiento de intereses moratorios, por considerar que éstos se imponen por la mora en el pago de mesadas pensionales pero no de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

---

la reliquidación de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, dado que como lo dije con antelación efectivamente COLPENSIONES efectuó múltiples estudios en donde claramente se confirmo que al señor demandante no le corresponde más sino que el reconocimiento de la cuantía de $17.270.823 pesos. En eses sentido dejo planteado el recursos de apelación con el único objeto de que sea revocado o revisado en su defecto el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia proferida el día de hoy. Muchas gracias.

Así las cosas, no es motivo de controversia en ésta instancia, que mediante Resolución SUB 41306 del 18 de febrero de 2019 Colpensiones le reconoció al accionante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de $17.629.847, la cual ingresó en nómina de marzo de 2019 para pago en abril de la misma anualidad, acto administrativo en el cual también se indicó que la demandante acreditó un total de 523 semanas cotizadas a esa entidad, tal como se puede leer a folios 14 a 19 del expediente.

De tal manera, y para dilucidar el punto objeto de debate en el presente asunto, esto es, la liquidación de la indemnización sustitutiva que le fue otorgada al promotor del litigio, ha de recordarse el contenido del artículo 3° del Decreto 1730 del 2001 en el cual se señala:

> ***"Cuantía de la indemnización.*** *Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:*
>
> *I = SBC x SC x PPC*
>
> *Donde:*
>
> *SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.*
>
> *SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.*
>
> *PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.*
>
> *(...)"*

En este orden de ideas, procede esta Sala de decisión a realizar las correspondientes operaciones aritméticas, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, en tanto las efectuadas por el Juez de primera instancia le arrojaron una cifra mayor a la otorgada por la pasiva, cálculos matemáticos que se incorporan como parte integrante de esta sentencia anexándolas al plenario y, para las cuales se tomaron los salarios y semanas reportadas en la historia laboral allegada por la traída a juicio y obrante en el expediente administrativo, arrojando los siguientes valores:

- *Salario Base de Cotización Semanal Promedio = $476.963,95*
- *Semanas cotizadas = 523,14*
- *Ponderado de los porcentajes de Cotización = 7.808%*

Para un valor de indemnización sustitutiva actualizada al año 2019 calenda en la cual se profirió el acto administrativo reconocedor del derecho (fls. 14 a 19 expediente digital archivo 1.2020-00111 proceso digitalizado.pdf), la suma de **$19.508.344**, inferior a la encontrada por la Juez a quo ($19'858.434,68).

AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
1982	*122*	*1,140*	*100,000*	*87,719*	*$ 11.658,20*	*$ 1.022.649,00*	*$ 4.158.773,00*
1983	*243*	*1,410*	*100,000*	*70,922*	*$ 14.820,00*	*$ 1.051.064,00*	*$ 8.513.618,00*
1986	*69*	*2,380*	*100,000*	*42,017*	*$ 91.643,48*	*$ 3.850.566,00*	*$ 8.856.302,00*
1987	*365*	*2,880*	*100,000*	*34,722*	*$ 83.219,18*	*$ 2.889.555,00*	*$ 35.156.253,00*
1988	*160*	*3,580*	*100,000*	*27,933*	*$ 122.546,25*	*$ 3.423.080,00*	*$ 18.256.427,00*
1989	*202*	*4,580*	*100,000*	*21,834*	*$ 144.442,57*	*$ 3.153.768,00*	*$ 21.235.371,00*
1990	*112*	*5,780*	*100,000*	*17,301*	*$ 91.719,64*	*$ 1.586.845,00*	*$ 5.924.221,00*
1991	*282*	*7,650*	*100,000*	*13,072*	*$ 80.004,26*	*$ 1.045.807,00*	*$ 9.830.586,00*
1992	*327*	*9,700*	*100,000*	*10,309*	*$ 274.464,22*	*$ 2.829.528,00*	*$ 30.841.855,00*
1993	*249*	*12,140*	*100,000*	*8,237*	*$ 196.991,57*	*$ 1.622.665,00*	*$ 13.468.120,00*
1994	*360*	*14,890*	*100,000*	*6,716*	*$ 180.067,50*	*$ 1.209.318,00*	*$ 14.511.816,00*
1995	*335*	*18,250*	*100,000*	*5,479*	*$ 376.681,16*	*$ 2.064.006,00*	*$ 23.048.067,00*
1996	*355*	*21,800*	*100,000*	*4,587*	*$ 724.953,97*	*$ 3.325.477,00*	*$ 39.351.478,00*
1997	*102*	*26,520*	*100,000*	*3,771*	*$ 456.573,24*	*$ 1.721.619,00*	*$ 5.853.505,00*
2001	*75*	*43,270*	*100,000*	*2,311*	*$ 520.440,00*	*$ 1.202.773,00*	*$ 3.006.933,00*
2002	*29*	*46,580*	*100,000*	*2,147*	*$ 386.206,55*	*$ 829.125,00*	*$ 801.488,00*
2003	*41*	*49,830*	*100,000*	*2,007*	*$ 510.146,34*	*$ 1.023.774,00*	*$ 1.399.158,00*
2005	*31*	*55,990*	*100,000*	*1,786*	*$ 381.500,32*	*$ 681.372,00*	*$ 704.084,00*
2008	*208*	*64,820*	*100,000*	*1,543*	*$ 462.115,38*	*$ 712.921,00*	*$ 4.942.919,00*
Total días	***3667***	***Total devengado actualizado a***				***2019***	***$ 249.860.974***
Semanas Cotizadas S.C.	*523,86*	*Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.*					*$ 476.963,95*
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					*7,808%*
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				***2019***	***$ 19.508.344,00***

Tabla Liquidación	
Indemnización sustitutiva liquidada	*$ 19.508.344*
Indemnizacion sustitutiva otorgada	*$ 17.629.847*
Diferencia	***$ 1.878.497***

Indexación Diferencia Indemnizacion Sustitutiva						
Año Inicial	***Año final***	***Diferencia***	***IPC Inicial***	***IPC Final***	***Factor de Indexación***	***Diferencia indexada***
2019	*2022*	*##########*	*100,000*	*115,110*	*1,151*	***$ 2.162.337,90***

Precisando la Sala, que para arribar a dicha suma, se tuvieron en cuenta todos los salarios devengados por el demandante, consignados en el reporte de semanas cotizadas, como ya se indicó actualizados a 2019, cuando se solicitó el reconocimiento de la prestación.

Toda vez que, conforme a las operaciones aritméticas ya descritas, la Sala obtuvo un valor inferior al determinado por el juez *a quo* como indemnización sustitutiva, se modificará la cuantía establecida en primera instancia, como quiera el proceso igualmente está siendo estudiado en consulta a favor de Colpensiones.

Así las cosas, como consta en la liquidación adjunta, se procedió a actualizar la diferencia pensional hallada, a 31 de marzo de 2022, fecha de emisión de la presente sentencia, obteniendo por este concepto la suma de $2’162.337,90., por lo que se modificará en este sentido la sentencia de primer grado.

En cuanto a los intereses moratorios que fueron objeto de reparo en la censura, es menester precisar, lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales, más no de otras prestaciones como es el caso

de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, por lo que se confirmará la decisión absolutoria que en este aspecto impartió el a quo.

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 la entidad demandada, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, por lo que se 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 como se encuentra la competencia en esta instancia, conforme a las motivaciones precedentes, se modificará el monto de la diferencia entre la prestación liquidada por Colpensiones y la que realmente le corresponde al actor, en los términos señalados en precedencia.

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

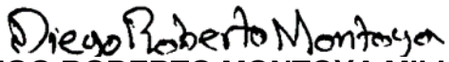
PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar **CONDENAR** la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reliquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al demandante y en consecuencia, pagar la diferencia entre la indemnización reconocida el 18 de febrero de 2019 y la que realmente le corresponde, teniendo en cuenta como diferencia la suma de $1’878.497, que deberá ser indexada a la fecha de su pago efectivo y que en todo caso a la fecha de esta sentencia, 31 de marzo de 2022, asciende a $2.162.337,90.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **CUARTO** de la parte resolutiva de la sentencia apelada y consultada para en su lugar imponer condena en costas de primera instancia a cargo de la demandada **COLPENSIONES.**

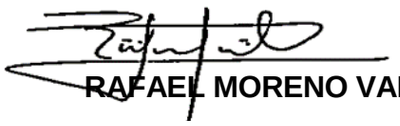
TERCERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá en todo lo demás, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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 ROSA AMALIA VICTORIA CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP (RAD. 05 2019 00160 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante y la demandada (folios 3 a 9), 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 el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de octubre de 2021 *(expediente digital archivo 09. Audiencia artículo 80, record: 1:13:50),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR PROBADA*** *la excepción de inexistencia de la obligación.*
>
> ***SEGUNDO. ABSOLVER*** *a la unidad Administrativa especial de gestión pensional y contribuciones parafiscales de la protección social UGPP, de todas y cada sobre las pretensiones de la demanda.*
>
> ***TERCERO: SIN COSTAS*** *para las partes.*
>
> ***CUARTO:*** *En caso de que este fallo no fuera apelado, consulte a favor de la señora ROSA AMALIA VICTORIA**"***

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia. Como fundamento de su censura señaló, si bien es cierto de acuerdo a la sentencia T 515 de 2012, la demandante no hacía parte del grupo poblacional de la tercera edad, para la fecha en que falleció el señor Gastón Victoria, si se encontraba en situación de debilidad manifiesta; era madre cabeza de hogar, con dos hiñas menores de edad entre quienes debía repartir sus ingresos para subsistir con dignidad.

Expresó, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la pensión de sobrevivientes tiene como finalidad evitar que los ascendientes, cónyuges y hermanos inválidos queden desprotegidos; que si bien para la fecha en que falleció el causante, no estaba constituida la pensión de sobrevivientes para los ascendientes, también lo es que la Corte Constitucional ha ordenado el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia en aplicación de los principios de favorabilidad y equidad.

Si bien es cierto el causante falleció en el año 1988 y la prestación le ha sido negada a la demandante por vía administrativa y por vía judicial en primera instancia porque no cumple los requisitos mínimos establecidos en la sentencia T 515 de 2012, porque para la época de la muerte del causante no era una persona de la tercera edad, si estaba en situación de debilidad manifiesta debido a sus dos hijas menores a cargo y las grandes dificultades económicas que tenía para el sostenimiento de su núcleo familiar.

Teniendo en cuenta que el decreto 3170 no contempla la dependencia económica de los padres hacia los hijos para el reconocimiento de la prestación, el causante falleció por un accidente laboral, solicita la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social que le asisten a la señora Rosa Amalia Victoria, teniendo en cuenta que el nuevo sistema general de seguridad social establece este derecho para los ascendientes y como el causante dejó acreditado el derecho, solicita se revoque la sentencia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda. 2021 *(expediente digital archivo 09. Audiencia artículo 80, record: 1:14:24)*[1].

[1] **Apoderada demandante (1:14:24):** Sí, Señoría. Me permito presentar recurso de apelación frente a la sentencia que acaba de proferir el despacho. En los siguientes términos, presentó mi recurso de apelación, si bien es cierto, de manera respetuosa, manifestó al despacho, si bien es cierto la señora ROSA AMALIA VICTORIA, de acuerdo a los argumentos que anuncia el despacho para la fecha

en la aplicación de las sentencias T 515, que enuncie los alegatos y en el libelo de la demanda y sobre los cuales esboza su posición el despacho no tenía la calidad de una persona del grupo poblacional de la tercera edad para la fecha en que fallece el señor GASTON VICTORIA, si era una persona igualmente que se encontraba en una condición de debilidad manifiesta, era una madre cabeza de hogar con 2 niñas menores de edad, para las cuales tenía que igualmente sopesar él los ingresos para poder subsistir con dignidad y decoro en esas condiciones para su sustento no sólo es de ella, sino de sus menores hijas. En esas condiciones, igual la honorable Corte Constitucional ha sido muy enfática de los diferentes líneas jurisprudenciales con relación al tema de pensión de sobrevivientes y en las mismas se ha establecido, el carácter relevante que tiene la pensión de sobrevivientes para no dejar desprotegidos en estas condiciones a los ascendientes, y a cónyuges y a hermanos inválidos en esas condiciones.

En el caso en estudio, si bien es cierto, para la época en que fallece el señor GASTON VICTORIA no estaba constituida, la pensión de sobrevivientes para los ascendientes. También es cierto que con base en los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, es donde se ordenaba el reconocimiento de estas prestaciones en la aplicación del principio de favorabilidad y en aplicación del principio de la equidad en materia pensional, se debe tener en cuenta el presente caso, el señor GASTON falleció para el año 88, la señora ROSA AMALIA VICTORIA empezó la consecución de su derecho a la sustitución o al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual le fue negada, y le ha sido negada por vía administrativa, y ahora mediante este proceso ordinario laboral y en esas condiciones, es claro su Señoría y respetuosamente solicito al despacho que se haga un nuevo estudio, al honorable Tribunal, que se haga un nuevo estudio con relación al caso que se acaba de plantear teniendo en cuenta, reiteró, a pesar de que los no reúnen los mismos presupuestos que se ha establecido en la sentencia T 515 del 06 de julio de 2012, teniendo en cuenta que la señora ROSA AMALIA para esa época se reitera, no era una persona que estuviera dentro del grupo de poblacional de la tercera, pero igualmente estaba en unas condiciones de debilidad manifiesta porque era una madre cabeza de hogar con hijas estudiantes y nótese su Señoría que la señora ROSA AMALIA, al momento de resolver interrogatorio, fue muy clara en especificar que igualmente para poder ella sostener ese ese grupo familiar, igualmente tenía que trabajar en casa de familia haciendo aseos y su Ilimitación de vivienda en una habitación, donde tenía que compartir con sus 3 hijos la vivienda para poder ellos medio solventar con los ingresos que percibía tanto el causante como ella de lo que ya recibían y en esas condiciones independiente de que ella no era una persona que estuviera dentro del Grupo de la tercera.

Igualmente solicitó al honorable Tribunal estudiar el caso en estudio y tener en cuenta las condiciones o los diferentes pronunciamientos, la línea jurisprudencial de la honorable Corte Constitucional que ha establecido el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en este caso, como fue la sentencia T 515 del 06 de julio de 2012 en un caso que, si bien no las las señoras se reitera, no tenía la edad que tenía la la accionante en este caso, pero igualmente solicitó que se estudie este caso teniendo en cuenta las condiciones de que el señor GASTON se murió por un accidente laboral.

Que el decreto igualmente 3170 no contempla igualmente esa dependencia económica de los padres hacia los hacia los hijos para efectos del reconocimiento de la prestación, pero igualmente lo que se contempla es que igualmente fue un accidente laboral, quedó probado entre el plenario y en esas condiciones que solicitó, teniendo en cuenta la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la Seguridad Social de la señora ROSA AMALIA VICTORIA. Teniendo en cuenta que el nuevo sistema general de Seguridad Social establecido en la legislación en nuestra ley 100 del 93, establece muy claramente la protección de esta prestación económica, de la pensión de sobrevivientes para los ascendientes y en esas condiciones dado que el causante dejo acreditado el derecho, porque falleció con ocasionar un accidente laboral, solicitó al honorable Tribunal tener en cuenta estos planteamientos y revocar la sentencia que acaba de proferir el despacho y en su lugar se condene a la demandada a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, teniendo igualmente en cuenta la edad que tiene actualmente mi representada 82 años de edad y el hecho de que igualmente ella ya tenga una vivienda que pudo haber sido un lapsus, como bien lo menciona su Señoría, por la edad que ella tiene no fue concordante en ese en esta respuesta de que tenía una vivienda desde desde

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, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(expediente digital, archivo 001. 11001 31 05 005 2019 00160 00,pdf fl. 3)*, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 1 y 2, aspirando principalmente se declare que el señor Gastón Sprit Victoria falleció el 18 de noviembre de 1988 con ocasión de un accidente laboral; como consecuencia, se condene a la UGPP a reconocer a la demandante una pensión de sobrevivientes de origen laboral con ocasión del fallecimiento de su hijo Gastón Sprit Victoria a partir del 18 de noviembre de 1988, a pagar el retroactivo correspondiente, los intereses establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia desfavorable a sus aspiraciones por cuanto se declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra. Como fundamento de su decisión, el juez a quo consideró para la fecha de fallecimiento del señor Gastón Sprit Victoria, los padres habían sido eliminados como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y considera que la sentencia T-515 de 2012 esgrimida por la parte actora, no se aplica al presente caso, por que en aquella decisión, la Corte Constitucional tuvo en cuenta estaba en una situación de debilidad manifiesta, por hacer parte de la población de la tercera edad, lo que no ocurría en el caso de la demandante, quien para la data del fallecimiento de su hijo tenía 49 años de edad.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el deceso del causante señor GASTON SPRIT VICTORIA, acaeció el 18 de noviembre de 1988

---

antes del fallecimiento de su hijo, por la es entendible los lapsus que de la memoria que puede tener un ser humano en esas condiciones

Por lo anterior, solicito al honorable Tribunal, reiteró que la aplicación del principio de favorabilidad y de la equidad en materia pensional y en aras de salvaguardar y proteger los derechos fundamentales de una persona de la tercera edad, solicitó y el área de aplicación del principio del derecho, fundamental igualmente a la igualdad, solicitó tener en cuenta el caso de mi representada y en esas condiciones se revoque la sentencia proferida por el despacho y en su lugar se condene a la demandada todas y cada una de las pretensiones de la demanda

conforme al registro civil de defunción *(expediente digital, archivo 001. 11001 31 05 005 2019 00160 00,pdf fl.25)*, como tampoco que las señora ROSA AMALIA VICTORIA ostentaba la calidad de progenitora del causante, circunstancia que además se constata con el registro civil de nacimiento del afiliado (folio 22 ibídem). En cuanto al origen laboral del accidente que causó el fallecimiento del causante, éste se puede inferir del informe de acción de salvamento elaborado por la sociedad Carbones de Colombia S.A. (fls. 89 a 107 ibídem) y del contenido de la certificación de 24 de noviembre de 2015, expedida por la Fiscal coordinadora de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Penales del Circuito de Santander de Quilichao (flo. 28 ibid.), que refiere que el óbito devino de un derrumbe en una mina.

Así pues, inicialmente ha de señalarse, por haber fallecido el afilado el 18 de noviembre de 1988, la normatividad vigente para esa data, lo era la Ley 90 de 1946, excluyendo entre otros, los artículos 54 parágrafo 2° y 61 que establecían el derecho a pensión de sobrevivientes para los ascendientes legítimos y naturales del asegurado, cuando dependieran exclusivamente del descendiente fallecido; sin embargo, la pensión de sobrevivencia para los ascendientes del afiliado desapareció del régimen de riesgos a cargo del ISS por mandato del Decreto 433 de 1971, que en su artículo 67 derogó entre otros, los artículos 54 y 61de la citada ley. En todo caso nótese, la normativa derogada, establecía la procedencia de la prestación de sobrevivencia, cuando los padres dependieran económicamente en forma exclusiva del hijo fallecido.

En cuanto a este problema jurídico, en la sentencia SL2254 de 2019, con radicación No. 73836 del 22 de mayo de 2019, la Corte Suprema de Justicia señaló, la imposibilidad de resolver favorablemente la prestación debido a la derogatoria de la norma y la inaplicación del principio de la condición más beneficiosa debido a la inexistencia de un tránsito legislativo que pudiera ser atendido, lo que impide analizar las situaciones particulares del demandante. Así se pronunció :

> *"El recurrente afirma que el A quem, a pesar de razonar que el derecho pretendido por la demandante, se regía por lo dispuesto en la norma vigente al momento del deceso del afiliado, que era el Decreto Ley 433 de 1971, se rebeló contra ella, y resolvió el asunto con la disposición anterior derogada, esto es, los artículos 54 y 61 de la Ley 90 de 1946.*
>
> *En un asunto de similares contornos al que nuevamente se estudia, esta Sala*

indicó lo siguiente:

> […] lo cierto es que según lo ha definido la jurisprudencia (ver sentencias 4783 de marzo 5/92, 5525 de febrero 19/93, 5680 de mayo 6/93, 5774 de julio 8/93, 5853 de agosto 5/93 y 9853 de septiembre 2/97), para la época en que tuvo lugar el deceso del afiliado Jorge O. Díez González, esto es el 22 de octubre de 1984, la pensión para los ascendientes del afiliado a la seguridad social había desaparecido del régimen de riesgos a cargo del Instituto de Seguros Sociales por disposición del artículo 67 del Decreto 433 de 1971, hasta cuando posteriormente fue restablecida por el artículo 3º de la Ley 71 de 1988.[2]

(…)

Conforme a lo anterior, es evidente el error jurídico en que incurrió el tribunal, en tanto resolvió el sub judice con una norma legal que no regulaba el derecho pretendido por la demandante, ya que se sirvió de una disposición que no estaba vigente para el momento en que el causante falleció, desconociendo el precedente reiterado de esta Sala, sin que para la definición del problema jurídico planteado pueda valerse de la condición más beneficiosa, puesto que se trata de una norma derogada, y no había un tránsito legislativo entre leyes.

Ahora, las circunstancias particulares de la demandante no tienen incidencia para la aplicación del aludido principio, por cuanto se reitera, no era viable recurrir a el, en consideración a que la actual Carta Política no estaba vigente para el época del deceso del señor Alejandro Serna Trueque".

Sin embargo, en la sentencia T-515 de 2012, cuya aplicación reclama la parte actora, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de analizar la procedencia de la prestación de sobrevivientes a una madre, cuya hija falleció en el año 1989, data para la cual, ya había sido derogada la prestación; en aquella oportunidad, la Alta Corporación señaló:

> *"Sintetizando, en el caso objeto de estudio existen razones para la acción, de carácter constitucional, que obligan al juez a iniciar un ascenso justificativo para dar respuesta al problema jurídico que se plantea, trascendiendo el plano legal para incorporar todos los aspectos constitucionales relevantes al análisis. Esa necesidad, en esta ocasión, se origina en (i) la edad de la peticionaria, en tres momentos: (i.1) a la muerte de su hija, cuando contaba con 67 años y era, por tanto, una persona de la tercera edad; (i.2) a la presentación de su petición ante el ISS, cuando tenía 88 años de edad; y (i.3) actualmente, fecha en que acredita los 93 años de edad; (ii) el volumen de los aportes o cotizaciones demostrado por su hija (902 semanas); (iii) el principio de igualdad en relación con (iii.1) el concepto de "déficit de protección" y (iii.2) el mandato de no discriminación".*

[2] CSJ Sala Laboral sentencia radicación n°. 11996 del 2 de septiembre de 1999

De lo anterior se advierte, para acceder a los anhelos de la accionante en aquella oportunidad, la Corte Constitucional analizó circunstancias como la edad de la peticionaria a la fecha de la muerte de su hija, a la fecha de la solicitud de la prestación ante el Instituto de Seguros Sociales, a la fecha de interposición de la acción de tutela; el volumen de los aportes efectuados por su hija y el déficit de protección para esas datas.

En relación con estos aspectos, se tiene que la demandante nació el 15 de diciembre de 1939, como consta en la copia de su cédula de ciudadanía *(expediente digital, archivo 001. 11001 31 05 005 2019 00160 00,pdf fl.29*), luego para el año 1988, cuando falleció su hijo Gastón contaba con 49 años de edad; empezó a solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia en el año 1989, como se colige de la resolución No. 04134 de agosto del mismo año emitida por el ISS Seccional Valle del Cauca (fl. 41), data para la cual, la señora Rosa Amalia Victoria no había cumplido 50 años de edad y para la fecha de esta providencia arriba a los 82 años de vida.

En relación con el déficit de protección a que hizo referencia la Corte Constitucional en su sentencia, obran como medios de prueba declaraciones extraprocesales rendidas por Mariela Suárez Díaz, Cecilia Bonilla Sarria, Ismenia Flor y Lucía Espinosa Mosquera y por Jaime Piedrahita Cardona *(fl. 111 a 116 archivo 01. exp. Digital),* quienes afirmaron haber conocido a Gastón Sprit Victoria, así como las situaciones que rodearon su deceso y además, dieron cuenta que la aquí demandante dependía económicamente de éste.

Se recaudó el interrogatorio de la demandante *(expediente digital archivo 09. Audiencia artículo 80, record: 0:04:54)*, quien refirió, su hijo Gastón desde los 14 años le ayudaba en todas las necesidades económicas; sin embargo, ella desempeñaba oficios varios para sustentar los gastos familiares; relató su hija Jacqueline es esteticista y su hija Magaly es ingeniera de alimentos; actualmente vive sola en la ciudad de Cali, en una casa de su propiedad que adquirió hace aproximadamente cuarenta años y es beneficiaria en salud de sus hijas.

A su turno, la testigo Lucía Espinosa Mosquera (audiencia idem, record. 0:23:43), afirmó estudió con Magaly, una de las hijas de la demandante; supo que la actora y sus hijas dependían económicamente de Gastón Victoria quien trabajaba en una

mina de carbón y doña Rosa trabajaba en oficios varios. Le consta esto porque iba casi todos los días a la casa de Magaly a estudiar.

En relación con las declaraciones extra proceso, estima la Sala, dichas declaraciones no fueron precisas en anotar circunstancias particulares de la dependencia económica de la demandante respecto a su hijo fallecido y tampoco ilustraron respecto a las razones por las cuales los deponentes eran conocedores de los hechos narrados, por lo que, lo allí manifestado resulta insuficiente para generar convicción acerca de las circunstancias sobre las que versa la declaración.

De otro lado, aunque el interrogatorio de la demandante y el testimonio de Lucía Espinosa dan cuenta que el Señor Gastón Victoria desde temprana edad prestaba ayuda económica a su progenitora y hermanas menores, no puede dejarse de lado, que la demandante también desempeñaba un oficio que le generaba ingresos con los cuales sustentaba a sus hijas menores, e incluso tuvo la oportunidad de adquirir una vivienda propia hace alrededor de 40 años, circunstancias, que no permiten concluir que la citada señora para el año 1988, dependiera económicamente en forma absoluta de su hijo Gastón.

A tono con lo anterior, advierte la Sala, la demandante no cumplía con el requisito de dependencia económica absoluta respecto de su hijo, que establecía la ley 40 de 1946 para hacerse merecedora de la pensión de sobrevivencia y para 1988, fecha del fallecimiento del asegurado, la señora Rosa Amalia contaba con 49 años de edad, que en forma alguna corresponde a una edad avanzada; tampoco puede colegirse que estuviera en otra situación de déficit de protección para esa época; pues aunque no se desconoce que para entonces el núcleo familiar presentaba algunos apremios económicos, la misma demandante dio cuenta que desempeñaba un oficio con el cual suplía necesidades básicas de su núcleo familiar y que incluso le permitieron hacerse propietaria de una vivienda. Tampoco se puede concluir que en la actualidad sea sujeto de especial protección, pues aunque ya hace parte de la población de la tercera edad (82 años), afirmó en su declaración, que vive en su casa, es beneficiaria de los servicios de salud de sus hijas, quienes la apoyan económicamente.

En ese orden de ideas, por haber sido derogada la disposición legal que incorporaba el derecho pensional reclamado, no haber lugar a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y tampoco haberse demostrado las particulares de

"déficit de protección", esta Corporación acompaña la decisión absolutoria impartida por el juez a quo, que se confirmará.

COSTAS en esta instancia a cargo del extremo demandante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de los demandantes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

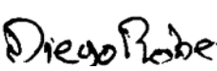
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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 $100.000, 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 DORIS MARIA MORENO TRIVIÑO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A. (RAD. 05 2019 00774 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PORVENIR, COLPENSIONES y la DEMANDANTE (4 a 8, 10 a 15 y 17) 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 interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 05 Laboral del Circuito de Bogotá DC, el pasado 16 de noviembre de 2021 *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 50:08, archivo "021. Audiencia Art. 77 y 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No 11001 31 05 005 2019 00774 00-20211116_134937-Meeting Recording.mp4", expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por DORIS MARÍA MORENO TRIVIÑO, a través de PORVENIR S.A.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A., que traslade a COLPENSIONES, el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.*

> ***TERCERO: COSTAS*** *únicamente a cargo de PORVENIR S.A. Inclúyanse como agencias en derecho únicamente la suma de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> ***CUARTO:*** *En caso de que este fallo no fuere apelado, consúltese con el superior a favor de COLPENSIONES. "*

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada COLPENSIONES, la apeló solicitando sea revocada en su totalidad. En sustento de ello aduce, respecto a la declaración de la nulidad del traslado de régimen por por la falta del deber de información por parte de la AFP en su momento, como se pudo probar no fue clara, precisa y compresible al momento del asesoramiento de la demandante. Advierte, que fueron las AFP las cuales fallaron en el deber de la oportunidad de no asesor a la actora la prohibición legal, toda vez que está en cabeza de los fondos privados el brindar ese asesoramiento en relación a indagar bajo que régimen desea seguir el afiliado, antes de encontrarse dentro del límite de los 10 años para obtener el derecho pensional.

Por lo anterior, afirma debería ser el fondo privado el cual asuma el estudio del reconocimiento pensional bajo los mismos beneficios o parámetros que ofrece el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

Reitera, la entidad se encuentra vinculada en el presente proceso de manera residual, por lo cual al declararse la nulidad de la afiliación, dicho efecto no se le puede endilgar a COLPENSIONES, toda vez que la obligación de brindar información veraz y oportuna recae en los fondos privados al momento de la suscripción del formulario de afiliación.

Además, solicita en caso de ser confirmada la sentencia de primera instancia, se debe garantizar el reintegro de la totalidad de las cotizaciones de la actora, esto es los recursos de la cuenta individual de ahorro, las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, sus rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales y cuotas de administración, ello con la finalidad de garantizar el financiamiento de las pensiones generadas bajo el régimen de prima media.

Finalmente, solicita tenerse en cuenta el principio de la relatividad jurídica, ya que COLPENSIONES es un tercero en el acto jurídico que celebró la actora y los fondos privados, afirma, los actos jurídicos en principio tienen efectos Inter partes, por lo cual independientemente de la decisión adoptada la entidad no puede ser

favorecida ni perjudicada con la decisión. [1] *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 51:06, archivo ""021. Audiencia Art. 77 y 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No 11001 31 05 005 2019 00774 00-20211116_134937-Meeting Recording.mp4", expediente digital)*

A su turno PORVENIR S.A, interpuso recurso de apelación de manera parcial en lo concerniente únicamente a la condena de agencias en derecho, afirma el desconocimiento de lo establecido en la parte objetiva del artículo 365 del código general del proceso, y lo que ha manifestado la Corte Constitucional en la sentencia C157 del 2003, en cuanto a que la condena en costas no resulta de un obrar temerario, o culpable de la parte condenada, sino es el resultado de su derrota dentro del proceso o recurso, de esta manera asegura las costas no se originan y ni tienen el propósito de ser la indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Conforme lo anterior, considera al haberse emitido órdenes directas a COLPENSIONES y PROTECCIÓN, en aras de los principios de equidad y justicia,

---

[1] *"Gracias su señoría siendo el momento procesal oportuno 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 que reiterando que mi representada no tuvo injerencia alguna en la decisión tomada por la señora Doris, en relación al traslado realizado en su momento.*

Al igual solicito honorables magistrados pues con todo respeto se estudie pues lo ya señalado en el fallo de primera instancia, teniendo en cuenta que se declara como tal la nulidad del traslado de régimen por la falta del deber de información por parte de la AFP en su momento, como se pudo probar no fue clara, precisa y compresible al momento del asesoramiento de la demandante. Al igual se observa honorables magistrados que por parte de las AFP se falló en el deber de la oportunidad de no asesor a la actora la prohibición legal, toda vez que está en cabeza de los fondos privados en brindar ese asesoramiento en relación a indagar bajo que régimen desea seguir el afiliado, pues antes de cumplir el tiempo límite de los 10 años para tener derecho a la pensión.

Así las cosas, honorables magistrados debería ser el fondo privado debería ser quien asuma el estudio del reconocimiento pensional bajo los mismos beneficios o parámetros que ofrece el régimen de prima media administrada por mi representada COLPENSIONES. Por lo anterior, solicito se tenga en cuenta que mi representada se encuentra vinculada en el presente proceso de una forma residual, puesto que declararse la nulidad en la afiliación efectuada ante el régimen de ahorro individual, tal efecto no puede ser endilgada a COLPENSIONES, máxime cuando a quienes le asistía la obligación de brindar la información veraz y oportuna era a los fondos privados al momento de la suscripción del formulario de afiliación y no al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES.

Al igual solicito que de ser confirmada la sentencia y teniendo en cuenta que la responsabilidad profesional y directa recae sobre la AFP, garantizar el reintegro de la totalidad de las cotizaciones de la actora, esto es los recursos de la cuenta individual de ahorro, las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, sus 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, honorables magistrados ruego se tenga en cuenta el principio de la relatividad jurídica, toda vez que COLPENSIONES es un tercero en el acto jurídico que celebró la actora y el fondo privado o los fondos privados en este caso, y los actos jurídicos en principio tiene efectos Inter partes, por lo cual independientemente de la decisión adoptada mi representada no puede ser favorecida ni perjudicada con dicha decisión. De esta forma dejo sustentado mi recurso de apelación solicitando a los honorable magistrados se revoque el fallo de primera instancia, muchas gracias. Gracias su señoría. "

sean condenadas todas las partes, pues al determinar que fue PORVENIR la que generó el traslado y en consecuencia se condena en costas, se asume dicha condena como una sanción o indemnización de perjuicios[2]. *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 54:08, archivo "021. Audiencia Art. 77 y 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No 11001 31 05 005 2019 00774 00-20211116_134937-Meeting Recording.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 demanda (*Páginas 2 y 3, archivo "002. DEMANDA Y ANEXOS.pdf", expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 3 a 5, ibídem),* aspirando se declare la existencia de un vicio en el consentimiento por error de hecho configurado en la omisión que incurrió PROTECCIÓN S.A al incumplir los deberes legales de información, en consecuencia solicita sea declarada la nulidad la afiliación realizada por la demandante al RAIS, en consecuencia se condene a la AFP PROTECCIÓN a trasladar la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos con destino a COLPENSIONES, así como a esta última active la afiliación y actualize en la historia laboral las cotizaciones efectuadas en el RAIS. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la nulidad del traslado de la demandante al RAIS, señalando el *a quo* éste

[2] "*Su señoría voy a presentar recurso de manera parcial en contra de la sentencia proferida por el despacho, en lo que tiene que ver con la condena impartida a mi representada por costas y agencias en derecho. lo anterior, señores magistrados no sin antes manifestar el respeto que se tiene por el despacho y las decisiones judiciales. Señores magistrados se tiene que tener en cuenta que se está desconociendo con la condena en concreto de agencias en derecho, lo establecido en la parte objetiva del artículo 365 del código general del proceso, y lo que ha manifestado la Corte Constitucional en la sentencia C157 del 2003. Lo anterior, teniendo en cuenta que en esta sentencia la Corte Constitucional nos ha dicho que la condena en costas no resulta de un obrar temerario, o si quiera culpable de la parte condenada, sino es el resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, de esta manera las costas no se originan y tienen el propósito de ser la indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.*

En este sentido señores magistrados al haber también órdenes directas COLPENSIONES y PROTECCIÓN, pues en aras del principio de la equidad y justicia, mi representada o no debería ser condena en agencias en derecho, o todas las partes procesales deberían compartir la condena en agencias en derecho, pues al establecer que fue mi representada la que generó el traslado y que en aras de esto se condena en costas, pues se está asumiendo esta condena como una sanción o una indemnización de perjuicios. Lo anterior, señores magistrados teniendo en cuenta los argumentos ya esbozados, solicitando de manera muy respetuosa en lo que tiene que ver con la condena en costas y agencias en derecho. muchas gracias señor juez."

fue efectuado ante PORVENIR S.A., ordenando a PROTECCIÓN S.A. como actual administradora a trasladar con destino a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses y en consecuencia se ordenó a COLPENSIONES a recibir dichos aportes de la demandante y a actualizar la historia laboral. Finalmente condenó a PORVENIR a costas y la suma de 4 SMLMV como agencias en derecho a favor de la demandante. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, las demandadas no lograron acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 11 de noviembre de 1957 *(Página 28, archivo "002. DEMANDA Y ANEXOS.pdf", expediente digital),* por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2014, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PROTECCIÓN S.A.S y COLPENSIONES el 21 de agosto de 2019 (*Páginas 52 a 57 y 59 a 60, archivo "002. DEMANDA Y ANEXOS.pdf", expediente digital),* esto es, cuando ya contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 103,14 semanas cotizadas al sistema que corresponden 2 años y 2 días de aportes *(Página 49, archivo "013.*

[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".*

13.07.2021 PROTECCION - CONTESTACION.pdf", expediente digital), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso y contrario a lo referido por la demandante en sus pretensiones, acaeció ante PORVENIR el **25 de julio del 2000** con fecha de efectividad a partir del **01 de septiembre del 2000** *(Página 78, archivo "012. 09.07.2021 PORVENIR - CONTESTACION.pdf", y página 3, archivo "016. 08.11.2021 PORVENIR - RESPUESTA REQUERIMIENTO.pdf" expediente digital),* específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP 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 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*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, que de las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[6], ninguna confesión se puede obtener pues se limitó a indicar que no recordaba puntualmente como fue realizado el respectivo traslado, afirmando incluso no haber diligenciado el formulario de afiliación.

A efecto de zanjar cualquier duda, debe señalarse en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A *(Página 3, archivo "016. 08.11.2021 PORVENIR - RESPUESTA REQUERIMIENTO.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 precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR (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 obrante dentro de este proceso *(Páginas 80 a 82, archivo "012. 09.07.2021 PORVENIR - CONTESTACION.pdf", y páginas 105 a 107 archivo "013. 13.07.2021 PROTECCION – CONTESTACION.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 proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –PORVENIR S.A- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y

[6] *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 08:56, archivo "021. Audiencia Art. 77 y 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No 11001 31 05 005 2019 00774 00-20211116_134937-Meeting Recording.mp4", expediente digital)*

completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

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

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

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

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 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 PORVENIR S.A, omitió en el momento del traslado de régimen **(25 de julio del 2000, efectivo el 01 de septiembre del 2000)** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP *(Página 51, archivo "013. 13.07.2021 PROTECCION - CONTESTACION.pdf", expediente digital),* en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*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 parágrafo al art. 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

(…)

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

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

Bajo tal orientación, entratándose de la ineficacia del traslado, como ya se anotó, no resulta relevante los traslados efectuados por 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 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, frutos e intereses 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.

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

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

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

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

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

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

Bajo ese escenario entonces, como bien lo sostiene COLPENSIONES, le corresponde tanto a PORVENIR como a PROTECCIÓN retornar los gastos de administración descontados durante el tiempo que estuvo vigente la afiliación de la actora con esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

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

del Código Civil. ***En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones."***

Por lo que habrá de adicionarse la sentencia de primer grado, para condenar a estas administradoras a la devolución de dichas sumas de dinero.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES *(Página 30 y 31, Archivo "006. 01.07.2020 COLPENSIONES - CONTESTACION.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 la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción. (SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020).

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

[7] Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 18 de marzo de 2021, página 444, Archivo "2019-584 CON FALLO.pdf", expediente digital.

el pago de las mismas a cargo de las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES.

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, igualmente se adicionara en los términos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

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

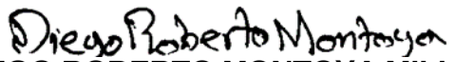
SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** a la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, para **ORDENAR** a PORVENIR y a PROTECCIÓN devolver los gastos de administración que fueran descontados de los aportes efectuados por la actora durante el tiempo en que estuvo vigente la afiliación con cada uno de los fondos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** en costas de primera instancia a las demandadas PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

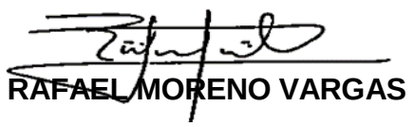
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA 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 SHIRLEY EDITH BRAVO VELÁSQUEZ CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP (RAD. 05 2020 00281 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes hubieran presentado alegatos de instancia, 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 la apoderada de la demandada UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad, contra la sentencia proferida por el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de agosto de 2021 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, audio archivo 019 y acta de audiencia archivo 017 del expediente digital), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP., a pagar a favor de la señora SHIRLEY EDITH BRAVO VELÁSQUEZ representada por su guardadora STELLA MARINA BRAVO VELÁSQUEZ la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor padre PEDRO ANTONIO BRAVO, a partir del 28 de septiembre de 2016, junto con sus reajustes legales y mesada 13 adicional, monto que deberá corresponder al 100% de la mesada pensional que devengaba el causante.*
>
> ***SEGUNDO: AUTORIZAR** a la UGPP., a descontar de esta condena los aportes a seguridad social en salud.*

> ***TERCERO: CONDENAR*** *a la UGPP., a pagar a la demandante los intereses moratorios sobre las mesadas debidas, a partir del 17 de enero de 2020 y hasta el pago efectivo de las mismas.*
>
> ***CUARTO: COSTAS*** *a cargo de la UGPP. Inclúyase como agencias en derecho la suma de ocho salarios mínimos legales mensuales vigente.**"***

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada UGPP interpone recurso de apelación manifestando que no está de acuerdo con lo analizado por el a quo frente a la dependencia económica de la demandante respecto de su progenitor, en tanto de los testimonios practicados se colige, la actora recibía ayuda económica de su hermana mayor Stella Marina y no solo del causante Pedro Bravo, y de los mismos testimonios se extrae que el causante por su avanzada edad destinaba su mesada pensional a su propio cuidado.

Añadió, para el año 2016 la señora Shirley estaba cotizando como independiente con recursos que le suministró su padre Pedro Bravo y su hermana Stella Marina, es decir, tenía autosuficiencia económica para el año 2016 y el ánimo de su familia al hacer cotizaciones a su favor, era la obtención de una pensión de invalidez que le permitiera sufragar sus necesidades básicas. Afirma no estar de acuerdo con la afirmación relativa a que los dineros que actualmente percibe la señora no le alcanzan para mantener una vida digna, porque del testimonio de la cuidadora se evidencia que con el pago de la pensión actualmente se sufragan sus necesidades básicas.

Tampoco está de acuerdo con la condena impuesta por concepto de intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 bajo el argumento que la UGPP debió hacer un estudio más juicioso en el presente caso, pues la demandada dejó en manos de la jurisdicción laboral el estudio relativo a la dependencia económica de la demandante. Citó la sentencia SL 33399 donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló, los intereses moratorios se causan por la mora en el pago de las mesadas pensionales, situación que no se presenta cuando quien debe hacer su reconocimiento tiene dudas serias y razonables, lo que ocurrió en este caso porque la entidad no tenía claridad respecto a la dependencia económica de la señora Shirley Bravo, quien actualmente es beneficiaria de una pensión de invalidez. Finalmente solicitó se estudie el monto de la condena que por

costas procesales le fue impuesta a la entidad[1]. (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 46:48, archivo audio 9 audiencia fallo, acta de audiencia archivo 10 expediente digital)

---

[1] "**Apoderada UGPP (48:55):** Señor juez en esta etapa de la diligencia me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que como juez de instancia acaba de proferir su despacho, puesto que mi representada no se encuentra de acuerdo con la decisión tomada en primera instancia, y lo hago teniendo en cuenta los siguientes argumentos.

Respecto del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en favor de la señora de SHIRLEY BRAVO manifiesto que respeto pues obviamente los fundamentos que se posaron en esta instancia, pero pues la entidad a la que represento básicamente manifiesta y se encuentra en controversia respecto de la dependencia económica que aquí se señala, se acreditó durante el proceso y ello es que inicialmente se debe manifestar que desde el momento en que la señora SHIRLEY vivió esto fue para el año 2001, 2013, un los testimonios practicados en esta instancia en el hogar conformado con el causante señor PEDRO BRAVO y su hermana mayor STELLA MARINA, recibía ayuda económica no sólo del causante, sino a juicio de esta apoderada, en mayor medida de su hermana, ya que también de los testimonios se puede evidenciar que el señor en PEDRO BRAVO, pues la pensión que devengaba también era dirigirá para su cuidado, teniendo en cuenta el avanzado estado, en la avanzada edad que tenía el señor causante.

Igualmente, también debe decirse el despacho, que pues para el año 2016, efectivamente la señora SHIRLEY se encontraba cotizando como independiente y que queda acreditado que pues lo hizo en calidad de trabajador independiente y con los recursos que le brindó su padre señor PEDRO BRAVO, pero también la señora STELLA MARINA, hermana mayor de la señora SHIRLEY BRAVO, entonces este bien, me encuentro de acuerdo en que no tenía autosuficiencia económica la señora SHIRLEY para el año 2016, sin embargo, el ánimo o la voluntad de su familia al efectuarle el pago de las cotizaciones a pensión era con el objetivo específico de alcanzar para ella, es decir, para la señora SHIRLEY el pago de una pensión de invalidez en este caso, y sufragar de ese modo son necesidades básicas.

Pues ahora también se pretende el reconocimiento de la pensión que dejó el señor PEDRO BRAVO, manifestando que pues quizás los dineros que percibe actualmente la señora SHIRLEY BRAVO no alcanza para su manutención diaria o para mantener una vida digna, pues razonamientos con los que la UGPP y yo su apoderada, no nos encontramos de acuerdo porque pues de los del testimonio de su cuidadora se evidenció que con el pago de esta pensión, pues se actualmente se están sufragando en las necesidades básicas de la señora SHIRLEY.

Adicionalmente a esto y tampoco, pues me encuentro de acuerdo con el fundamento que manifiesta el juez de instancia respecto a condenar a mi representada al pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, manifestando que la UGGP debió hacer un estudio más juicioso, una investigación interna en este caso, pues como es de conocimiento de todos estas, pues investigaciones internas se realizan en su mayor medida cuanto el reconocimiento está solicitado y existe controversia entre una cónyuge o una compañera permanente y en este caso pues mi representada dejo en manos de la jurisdicción ordinaria laboral el estudio o que se acreditará mediante un proceso laboral el reconocimiento, la acreditación de esta dependencia económica.

Y pues adicionalmente pues existe alguna jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como la SL 33399 donde se manifiesta lo siguiente, a la luz del nuevo criterio de la sala sobre el tema, aparece entonces que el juzgador de segundo grado incurrió en una exégesis equivocada del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al concluir que el reconocimiento en todos los casos es imperativo, porque la norma es lo suficientemente clara al disponer que los intereses allí regulados se causan en caso de demora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, situación que no se presenta cuando el empleador o la entidad a cargo del pago no tiene a quien hacerlo o por la existencia de una duda seria y razonable, circunstancia que efectivamente ocurre en este caso, ya que pues como se

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 parte demandante, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (expediente digital, carpeta "002 01 09 2020 demanda 2020-281.pdf páginas 6 y 7), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 3 a 6 ibidem, aspirando se declare que la señora SHIRLEY EDITH BRAVO VELÁSQUEZ, cumplió con la totalidad de los requisitos para ser beneficiaria de la sustitución pensional de su padre PEDRO ANTONIO BRAVO (q.e.p.d.). Como consecuencia se condene a la UGPP a reconocer y pagar a su favor la sustitución pensional en la misma cuantía que devengaba el causante; a reconocer y pagar todas las mesadas causadas desde el fallecimiento del señor Pedro Antonio Bravo, a pagar los intereses moratorios sobre todas las mesadas adeudadas y las costas del proceso.

Como fundamento de sus solicitudes refirió, el señor Pedro Antonio Bravo tenía la calidad de pensionado de la Caja de Crédito Agrario; falleció el 27 de septiembre de 2016; su hija SHIRLEY EDITH BRAVO VELÁSQUEZ desde antes del fallecimiento de su padre sufre "demencia en la enfermedad de alzheimer", convivió en el mismo hogar del pensionado, quien la cuidó y veló económicamente por sus sostenimiento hasta el día de su muerte; al momento del deceso de su padre, la señora Shirley no poseía ningún bien ni ingresos económicos; dependía única y exclusivamente de su padre para su sostenimiento. Una vez falleció su padre, fue calificada por la Junta de Calificación de Pérdida de Capacidad laboral de COLPENSIONES, entidad que el 24 de agosto de 2016 emitió dictamen en el que determinó a la señora Shirley

---

manifestó en los actos administrativos en el acta de Comité de Conciliación, la UGPP no tenía la claridad sobre si existía realmente la dependencia económica y ellos se deriva en teniendo en cuenta de que la causante, perdón, la señora SHIRLEY BRAVO, actualmente era beneficiaria de una pensión de invalidez, razón por la cual me encuentro en desacuerdo con la condena de intereses moratorios en contra de mi representada.

Adicionalmente, pues también solicitó el estudio del monto que en esta instancia se condena a mi representada por las costas procesales, por lo que solicitó a los magistrados del Tribunal Superior de la sala laboral de Bogotá, se revise en su totalidad la sentencia y se absuelva a mi representada del pago de la pensión o los intereses moratorios, y pues se reduzca la condena en costas, muchas gracias".

Edith una pérdida de capacidad laboral del 66% con fecha de estructuración 30 de abril de 2014; igualmente su hermana Stella Marina adelantó proceso de interdicción y obtuvo sentencia de 23 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto de Familia de Villavicencio, donde fue designada como guardadora definitiva de su hermana Shirley. En tal calidad solicitó ante la demandada el reconocimiento de la sustitución pensional, que fue negada por la UGPP, aduciendo que por ser beneficiaria de una pensión de invalidez por parte de COLPENSIONES, la señora Shirley no acredita la dependencia económica con el causante. Recabó en que la prestación de invalidez asciende a un salario mínimo legal mensual vigente, fue reconocida con posterioridad a la muerte del causante y no resulta suficiente para cubrir los gastos mensuales de la discapacitada.

La parte actora obtuvo sentencia favorable a sus aspiraciones en tanto el a quo condenó a la UGPP a pagar a favor de la señora Shirley Bravo Velásquez la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de padre, a partir del 28 de septiembre de 2016 con los reajustes legales y mesada 13 adicional, así como los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993. Para arribar a esa decisión el juez de primer grado consideró que a partir del material probatorio se acreditó la dependencia económica a la fecha de fallecimiento del causante, pues para esa data no contaba con ningún recurso, la pensión de invalidez le fue reconocida a la señora Shirley con posterioridad al deceso de su padre; sin embargo, la estructuración de su invalidez si corresponde al año 2014, fecha anterior al fallecimiento del causante. Estimó que la presencia de ciertos ingresos no constituye ausencia de dependencia económica, encontró acreditado que los aportes como independiente que figuran en la historia laboral de la señora Shirley fueron efectuados por su padre y su hermana, mas no devienen de actividad laboral alguna por parte de la citada señora. Recalcó la compatibilidad de la pensión de invalidez con la de sobrevivencia. Frente a los intereses moratorios consideró, si la entidad demandada hubiera adelantado un estudio juicioso respecto al caso, hubiera accedido a la prestación de sobrevivencia pretendida dentro del término que la ley le otorgaba.

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 de la procedencia de las condenas impuestas a cargo de la demandada. 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 PEDRO ANTONIO BRAVO, falleció el 27 de septiembre de 2016, conforme al Registro Civil de Defunción **(expediente digital, carpeta "002 01 09 2020 demanda 2020-281.pdf página 13),**

ii) Mediante Resolución 1327 de 1979 la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero reconoció al de cujus una pensión de jubilación a partir del 29 de abril de 1979, en cuantía inicial de $15.050,52 **(expediente digital, carpeta "002 01 09 2020 demanda 2020-281.pdf página 14)**

iii) Mediante dictamen de 24 de agosto de 2016, Colpensiones determinó a la señora Shirley Edith Bravo Velásquez, el 66% de pérdida de capacidad laboral de origen común, con fecha de estructuración 30 de abril de 2014 con motivo de enfermedad de alzheimer. **(expediente digital, carpeta "002 01 09 2020 demanda 2020-281.pdf páginas 32 a 35 y 76 a 83)**

iv) Mediante resolución SUB 140241 de 25 de mayo de 2018, COLPENSIONES reconoció a la señora Shirley Bravo, pensión de invalidez en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, a partir del 1° de junio de 2018. **(expediente digital, carpeta "002 01 09 2020 demanda 2020-281.pdf páginas 76 a 83),** sin que ahora se discuta su legalidad**.**

v) La UGPP negó la sustitución pensional a favor de Shirley Bravo mediante resolución RDP 039008 de 26 de diciembre de 2019 **(expediente digital, carpeta "002 01 09 2020 demanda 2020-281.pdf páginas 48 a 50)**, decisión que fue confirmada en la resolución RDP 006142 de 3 de marzo de 2020 (páginas 52 a 55 ibídem).

vi) Mediante sentencia de 23 de febrero de 2018 juzgado Cuarto de Familia de Villavicencio declaró en interdicción absoluta a la señora Shirley Edith Bravo Velásquez y designó como guardadora a su hermana Stella Marina Bravo Velásquez.

Así pues, inicialmente ha de señalarse, por haber fallecido el causante el 27 de septiembre del 2016 (fl. 13 carpeta 2 exp digital), el asunto debe estudiarse bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003, el cual en su artículo 13 establece: *"Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante, al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, ~~esto es, que no tienen ingresos adicionales~~, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993".*

El citado artículo 38 de la ley 100 de 1993 establece *"se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral"*

En este orden, sea lo primero precisar, la sentencia C-066 de 2016, declaró inexequible la expresión "que no tienen ingresos adicionales", oportunidad en la que textualmente señaló la Corte Constitucional:

> *"74. Así las cosas, al mantener la condición de acceso de "dependencia económica" con la cualificación de "sin ingresos adicionales", naturalmente proscribe la posibilidad de que una persona en condiciones de discapacidad subordinada al causante, pueda procurarse algún medio de sustento, acceder a un trabajo o ejercer determinada profesión u oficio. En ese sentido, la demostración de la ausencia total de ingresos, constituye una barrera de acceso para la superación personal de este grupo, siendo necesaria la adecuación de la norma en la medida que si bien se mantenga la dependencia como requisito de acceso, la misma no acentúe la discriminación, sobre todo si se tiene que en el caso de los padres, la subordinación pecuniaria es parcial, no se justifica porque en el caso de los hijos inválidos deba ser total, entre otras, siendo titulares de mejor derecho, en tanto que están en el mismo orden de prelación del cónyuge o la compañera permanente, y ante su existencia, desplazan a los padres del causante.*
>
> *75. En este orden de ideas, al exigir la disposición acusada la demostración de una dependencia económica total y absoluta, "esto es, que no tienen ingresos adicionales" establece un supuesto de hecho que termina por hacer nugatoria la posibilidad que tienen los hijos inválidos del causante de acceder a la pensión de sobrevivientes, sacrificando derechos de mayor entidad, como los del mínimo vital, el*

> *respeto a la dignidad humana y la seguridad social de sujetos de especial protección constitucional".*

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

Al respecto, declaró la demandante Stella Marina Bravo Velásquez guardadora de Shirley Edith Bravo Velásquez *(audiencia 26 de agosto de 2021 record. 18:05)*, relató sus padres tuvieron tres hijas, de las que Shirley es la menor; su señora madre murió en el año 2014 y entonces siguió viviendo con su padre (causante) hasta el año 2016 cuando falleció. Shirley fue casada y luego se divorció; tuvo dos hijos, hoy de 20 y 25 años, ella era profesional en turismo y se desempeñaba como instructora del Sena en diferentes municipios, pero el trabajo no era estable. Como ella y sus hijos pasaban dificultades económicas, ella y su padre los llevaron para su casa; luego ella tuvo que dejar de trabajar porque la enfermedad de Alzheimer ya no le permitía laborar. Refirió la testigo, en 2014 su salario era como de $1'600.000; en 2015 era como $1'900.000; en el año 2016 se pensionó y sus ingresos totales ascendieron aproximadamente a $3'000.000, para 2016, su padre recibía por concepto de pensión alrededor de $1'200.000,oo, relató sus padres y su hermana Shirley necesitaban de cuidador permanente y esos gastos los asumía ella con la ayuda de parte de la pensión de su padre, así como la alimentación de la familia. Para la época, los hijos de Shirley eran niños y no podían hacer ningún aporte económico. Su hermana Mabel no los apoya económicamente porque tiene sus obligaciones familiares. Ella y su padre pagaron durante muchos años la seguridad social de Shirley para que no se quedara sin servicios de salud.

Mauricio Felipe, hijo de Shirley es médico, para el año 2016 estaba estudiando y vivía con la declarante, quien le pagó sus estudios; actualmente vive en Chile y cuando puede le colabora económicamente para los gastos de su progenitora, porque él tiene esposa e hijos. Actualmente recibe por Shirley una mesada pensional del mínimo legal menos salud por concepto de pensión de invalidez, pero eso escasamente alcanza para pagarle a la señora que la cuida.

La testigo Mercy Castillo Cortés *(audiencia 26 de agosto de 2021 record. 55:20)*, conoce a Shirley Bravo desde hace aproximadamente 15 años porque es vecina de Stella Bravo, Shirley y su hijo David; refirió desde el 2012 en algunas ocasiones cuidó a don Pedro Bravo y luego del su fallecimiento empezó a cuidar a Shirley todos los días y desde el año 2017 Stella Marina le paga el mínimo por cuidar a Shirley; la lleva al baño, la asea, la viste, la alimenta, le suministra los medicamentos, le consta que en ocasiones la EPS no le suministra pañales y entonces doña Stella Marina los tiene que comprar ; sabe que antes de ella había otra señora que los cuidaba y también le consta que en vida, don Pedro Bravo era quien sufragaba la mayoría de los gastos de su hija enferma Shirley.

El testigo Osman Javier Álvarez Capote *(audiencia 26 de agosto de 2021 record.1:17:04)*, sobrino de la señora Shirley Bravo, su padre es hijo del primer matrimonio de Isabel la madre de Shirley. Recuerda que hacia el año 2007 la familia empezó a notar los problemas de salud de Shirley; dejó de reconocer al testigo, que supuestamente era su sobrino preferido; recuerda que hacia el año 2008 o 2009, se ella se fue a vivir con sus padres y su hermana Stella porque ya no podía trabajar. Don Pedro mantenía los gastos y Stella colaboraba; recuerda que don Pedro manifestaba que la pensión no le alcanzaba para todos los gastos teniendo en cuenta la enfermedad de Shirley, que pagaban arriendo y a una persona que la cuidara; le consta que don Pedro, Stella y Mabel, pagaban seguridad social a Shirley para que ella y sus hijos no quedaran sin servicios de salud. Luego de la muerte de don Pedro Bravo, Stella ha estado al frente del cuidado y gastos de Shirley.

Analizados los medios de prueba, se advierte, la señora Stella Bravo y los testigos Mercy Castillo Cortés y Osman Javier Álvarez, coinciden en manifestar que don Pedro Bravo (q.e.p.d.) y su hija Stella Marina Bravo Velásquez eran quienes soportaban los gastos de la familia porque tenían ingresos estables y puntualmente veían por Shirley Bravo y sus hijos David y Felipe, quienes para el año 2014 eran menores de edad. Dieron cuenta que don Pedro Bravo invertía toda su mesada pensional en dichos gastos y su propia manutención, incluso pagaba una cuidadora para su hija Shirley, quien debía ser atendida de forma permanente; así mismo la señora Stella Marina Bravo relató que ella y su padre decidieron pagar aportes a seguridad social a favor de Shirley teniendo en cuenta que tenía a sus hijos a cargo

y no tenía estabilidad laboral, pero sin imaginar que más adelante ella enfermaría hasta el punto de perder la capacidad laboral, que para el año 2016, los ingresos mensuales de Marina, la guardadora de Shirley, eran de alrededor de 3'000.000,oo y la pensión de su padre era de $1'200.000, que escasamente alcanzaba para suplir todas las obligaciones familiares; así mismo dieron cuenta que en la actualidad, los hijos de la señora Shirley no están en condiciones de aportar en forma permanente a la manutención y sostenimiento de su progenitora.

Así pues, las declaraciones recién reseñadas, en consideración de la Sala cuentan con plena credibilidad como quiera que devienen de personas que percibieron los hechos sobre los cuales declararon, de manera directa y personal, quienes se mostraron conocedores de circunstancias personales del mismo y fueron certeros en sus afirmaciones, dando cuenta de la colaboración económica que brindaba PEDRO BRAVO (q.e.p.d) a Shirley, su hija enferma, quien invertía toda su mesada pensional en el sostenimiento de su núcleo familiar y puntualmente velaba por el bienestar de Shirley bravo supliendo todas sus necesidades y gastos, precisando sus dichos no se muestran parcializados ni con el ánimo de favorecer a la demandante, por el contrario son concordantes entre sí.

Ahora bien, debe precisar la Sala que la mesada por concepto de pensión de invalidez que le fue reconocida a la señora Shirley Bravo no la hace autosuficiente económicamente, pues según los testimonios ya reseñados dicho monto escasamente permite pagar el salario de la señora Mercy Castillo Cortés, quien la cuida en forma permanente desde el año 2016, quedando así los demás gastos correspondientes a su manutención y sostenimiento, por cuenta de su hermana mayor y guardadora Stella Marina Bravo Velásquez, quien sigue siendo la única que tiene un ingreso estable con el que en todo auxilia a su hermana enferma.

En cuanto a los criterios para la acreditación de la dependencia económica en tratándose de la pensión de sobrevivientes, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que se verifica con la presencia de aportes ciertos y regulares y significativos de los padres a los hijos, de modo que se presente una subordinación económica del hijo respecto del padre y se descarte la presencia de otros ingresos

que lleven al hijo a gozar de autosuficiencia económica. Así lo señaló en la sentencia CSJ SL5605 de 2019:

> *"Lo expuesto nos lleva a los criterios que deben ser analizados para calificar la dependencia, también abordado, entre otras, en la sentencia anotada que reprodujo el criterio fijado en 2014, por esta sala en la sentencia SL14923-2014, rad. 47676, y que se recuerdan:*
>
> *a) La dependencia económica debe ser:*
>
> - *Cierta y no presunta:*
>
> *«se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres».*
>
> - *Regular y periódica*
>
> *de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacía el presunto beneficiario;*
>
> - *Significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios*
>
> *"se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia".*

Así mismo, debe recordarse, la dependencia económica que exige el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2002 no es absoluta, por tanto, el hijo inválido puede recibir ingresos propios o incluso ayuda de terceros, siempre y cuando estos conceptos no lo hagan autosuficiente. Así lo referenció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1704 de 2021, radicación 68725:

> *"En esa perspectiva, la dependencia económica es una condición material que no desaparece por la sola existencia de personas obligadas por ley a suministrar alimentos en razón del parentesco o del estado civil, distintas del causante, sino que en cada caso se debe verificar si las distintas fuentes de ingresos -que pueden incluir lo que se reciba por suministro de alimentos-, hacen*

> *o no autosuficiente al potencial beneficiario de la pensión de sobrevivientes en relación con el afiliado o pensionado del que pretende derivar la prestación de sobrevivencia.*
>
> *En ese orden, la viabilidad de la prestación dependerá de la prueba que acredite la subordinación económica real y efectiva del hijo mayor de edad inválido respecto de sus progenitores y de conformidad con los criterios definidos con anterioridad".*

Así las cosas, el dinero que aportaba el señor PEDRO BRAVO a su hija, no correspondía a la simple colaboración de un buen padre a su hija enferma, sino que más allá de ello, era determinante para su sostenimiento, al punto que sin los aportes del causante, la señora Shirley hubiera carecido de techo, alimentación, salud, servicios médicos e incluso cuidadora por la gravedad de su estado de salud, lo cual permite predicar la dependencia económica que ostentaba la señora Shirley Bravo respecto del causante.

En los anteriores términos, al configurarse el requisito de dependencia económica de la citada señora respecto del causante, extraído de la prueba testimonial recaudada valorada bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, se cumplen los presupuestos para la procedencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes anhelado.

En este punto, es necesario aclarar, la pensión de invalidez que percibe la señora Shirley Bravo, resulta compatible con la sustitución pensional que aquí reclama, en tanto la primera se financió con los aportes efectuados a su nombre, mientras la de sobrevivientes se financia con las cotizaciones que en vida realizó don Pedro Bravo y también con los seguros previsionales; así mismo se acreditó la falta de capacidad laboral por parte de la señora Shirley y se demostró la dependencia económica de ésta respecto a su padre (q.e.p.d.). Este asunto ha sido analizado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia de 11 de agosto de 2021, con radicación 81730 enseñó:

“ ***(ii) Incompatibilidad pensional entre la pensión de invalidez y la prestación de sobrevivientes del hijo en condición de invalidez***

En relación con los argumentos de la recurrente dirigidos a señalar la incompatibilidad entre las citadas prestaciones, la Sala considera oportuno destacar que el reconocimiento de ambas pensiones está regulado de la siguiente forma:

Pensión de invalidez	***Pensión de sobrevivientes***
Artículo 1.º Ley 860 de 2003. Requisitos. *El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:* *Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:* *1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.* *2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.* *PARÁGRAFO 1o. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.* *PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años (subraya la Sala).*	***Artículo 12. Ley 797 de 2003. Requisitos.*** *El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:* *Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:* *1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,* *2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (…).* ***Artículo 13. Ley 797 de 2003. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes.*** *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (…)* *c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 (…).*

Así, se debe precisar que, en principio, los riesgos objeto de cobertura de cada una de las prestaciones son distintos, en tanto una se ocupa de la situación de invalidez de un afiliado que financia la prestación con los aportes que realiza directamente –artículo 20 Ley 100 de 1993-; mientras que la otra de la muerte del causante y se soporta en las cotizaciones que este realiza y reservas previsionales. De modo que si las causas, fuentes de financiación, finalidades y regulaciones de las prestaciones son diferentes debe existir compatibilidad pensional (CSJ SL4399-2018).

Igualmente, en relación con la pensión de sobrevivientes a favor de un hijo en condición de invalidez, la Corte ha indicado que la misma se reconoce cuando al momento de la muerte del causante se cumplen dos requisitos: (i) la dependencia económica y (ii) se acredita el estado de invalidez del beneficiario a la data del deceso (CSJ SL494-2021).

Dichos requisitos deben analizarse al momento del deceso del causante y la dependencia no tiene que ser total o absoluta (CSJ SL1704-2021).

Ahora, también la jurisprudencia ha adoctrinado que, si bien la citada prestación se reconoce por la muerte del pensionado, la contingencia protegida por la disposición legal es la invalidez (CSJ SL, 24 jul. 2006. rad. 26823, CSJ SL, 10 jun. 2008, rad. 30720, CSJ SL8468–2015, CSJ SL2346-2020 y CSJ SL494-2021). Precisamente en la última sentencia se indicó:

> (…) no es desacertada la interpretación que del precepto legal hizo el Tribunal, pues es claro su texto al exigir que la dependencia económica del hijo inválido se da frente al causante, por lo que cabe inferir en sana lógica, que ésta se debe dar, para efectos de la pensión de sobrevivientes, en vida de éste y hasta su fallecimiento, no anterior a este último acontecimiento, ni, huelga decirlo, con posterioridad a él. Es en el momento del deceso que se deben reunir las dos condiciones para que el hijo adquiera el derecho: ser inválido y depender económicamente del pensionado.
>
> En verdad, la invalidez es la contingencia protegida por la disposición legal. El designio de ésta es, pues, evitar el desamparo al que se ve enfrentado el inválido por la muerte del hermano que era su soporte económico.
>
> No bastan la calidad de hermano ni la dependencia económica. Se requiere el estado de invalidez, que precisamente comporta que no tiene la capacidad laboral que permita la atención, por sus propios medios, de su congrua subsistencia.

En el anterior contexto, al armonizar los citados precedentes, a juicio de la Sala, en principio, no existe incompatibilidad entre la pensión de sobrevivientes a favor de un hijo inválido con la de invalidez que pueda causar el afiliado con sus propias cotizaciones, pues ambas prestaciones tienen una regulación

> *autónoma, tal como se indicó, gozan de una fuente de financiación distinta y la dependencia económica no tiene que ser absoluta.*
>
> *Sin embargo, sí pueden existir circunstancias en las que en el plano fáctico el reconocimiento de la prestación de sobrevivientes con ocasión del estado de invalidez del hijo se contraponga con el acceso a la pensión de invalidez que se origina en las cotizaciones que autónomamente realizó el afiliado como consecuencia de una «probada capacidad laboral»; esto es, cuando esto último desvirtúe el requisito de la dependencia económica en el primer caso.*
>
> *Por ello, cada caso en particular debe analizarse con especial cuidado, bien sea por parte de la entidad de la seguridad social o del operador judicial, a fin de determinar si debido a tal actividad laboral o productiva se desvirtúa la dependencia económica del beneficiario con el causante, necesaria para el acceso a la pensión de sobrevivientes.*
>
> *Ello, se reitera, porque la Sala ha establecido que pese a una situación de invalidez, existen casos en los cuales una persona puede realizar aportes al sistema de seguridad social en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral, que no la excluye del mercado laboral (CSJ SL3610-2020), lo cual conlleva que dichas cotizaciones deban ser tenidas en cuenta para el acceso a las prestaciones del sistema de pensiones, tal como ocurre en el caso de las patologías crónicas, degenerativas o congénitas (CSJ SL3992-2019, CSJ SL770-2020 y CSJ SL781-2021).*

En orden a lo anterior, se confirmará la decisión del a quo, en tanto concedió la prestación a la demandante como guardadora de su hermana menor.

En cuanto a la excepción de prescripción, propuesta por el Ministerio Público *(audiencia 26 de agosto de 2021 record. 04:20)*, pronunciamiento admitido por el juez a quo, debe señalarse, el juez a quo consideró que no operó el fenómeno extintivo, tomando como fecha de presentación de la reclamación administrativa el 13 de septiembre de 2016, fecha a la que hace referencia la documental denominada "solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes" **(expediente digital, carpeta "002 01 09 2020 demanda 2020-281.pdf páginas 22 a 24);** sin embargo, a juicio de la Sala no se encuentra acreditado que la documental hubiera sido recibida por la entidad encartada en la citada fecha. Nótese, aunque en la misma reposa un sello de cotejo de la empresa de correos INTERRAPIDÍSIMO, de fecha 13 de septiembre de 2019, en la guía de envío de correspondencia, se señala como tiempo estimado de entrega el día 16 de septiembre de 2019; documento que no corresponde a una certificación de la fecha

exacta de entrega del documento al destinatario, por lo que no es posible tener por cierto que el documento contentivo de la reclamación pensional fue realmente recibido por la UGPP para esa data.

En este sentido, obra en el paginario la resolución RDP 039008 de 26 de diciembre de 2019 (paginas 48 a 50 ibídem), donde consta que la fecha de solicitud de la prestación fue el 10 de diciembre de 2019. Así las cosas, en el presente asunto el derecho a la pensión de sobrevivientes se hizo exigible el 27 de septiembre de 2016 fecha en que falleció Pedro Antonio Bravo **(expediente digital, carpeta "002 01 09 2020 demanda 2020-281.pdf página 13)** y la demandante se presentó a reclamar el 10 de diciembre de 2019 es decir, cuando ya había operado el término trienal extintivo (Art. 151 C.P.L. y SS y 488 del C.S.T.). En consecuencia, el término trienal se contabiliza tomando en cuenta la fecha de presentación de la demanda, que fue el 31 de agosto de 2020, como consta en el acta de reparto *(expediente digital archivo 01)* y como la demanda fue admitida mediante auto de 15 de septiembre de 2020 **(expediente digital, archivo "003 auto.pdf)** y la notificación a la demandada se hizo efectiva el 22 de octubre de 2020, como se colige de la diligencia de notificación **(expediente digital, archivo "004 01 10 2020 notificacion.pdf),** es decir, dentro del término establecido en el artículo 94 C.G.P, se encontrarían afectadas por el fenómeno extintivo las mesadas causadas con anterioridad al 31 de agosto de 2017.

No obstante recuerda la Sala, la señora Shirley Bravo es una persona interdicta por causa de discapacidad mental de carácter absoluto, como lo declaró el Juzgado Cuarto de Familia del Circuito de Villavicencio de 23 de febrero de 2018, por lo que es merecedora del beneficio establecido en el artículo 2530 del Código Civil, que contempla la suspensión del término de prescripción para determinadas personas

> *"Artículo 2530. Suspensión de la prescripción ordinaria.*
>
> *La prescripción ordinaria puede suspenderse sin extinguirse; en ese caso, cesando la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si alguno hubo.*
>
> *La prescripción se suspende a favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría.*

> *Se suspende la prescripción entre el heredero beneficiario y la herencia. Igualmente se suspende entre quienes administran patrimonios ajenos como tutores, curadores, albaceas o representantes de personas jurídicas, y los titulares de aquellos.*
>
> *No se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista".*

En cuanto a este aspecto, en sentencia con radicación 11349 de 11 de diciembre de 1998, reiterada en sentencias CSJ SL 10641-2014 y SL 1020-2021 con radicación 52742, claramente señaló:

> *"La suspensión y la interrupción de la prescripción son dos fenómenos jurídicos distintos, pero como la ley laboral no regula la figura de la suspensión, cabe aplicar, por remisión, las normas del Código Civil sobre el particular, como se indicó en sentencia del 6 de septiembre de 1996, expediente 7565, que se adoptó por mayoría.*
>
> *La ley laboral establece una prescripción que frente a la prevista en otras legislaciones, puede considerarse de corto tiempo, que Radicación n.° 52742 SCLAJPT-10 V.00 14 procura la reclamación rápida, consecuente con la necesidad de definir ágilmente las controversias surgidas de una relación de trabajo. Sin embargo, esta proyección cede en ciertas situaciones especiales en las que el Estado debe especial protección a determinadas personas, entre las cuales están los menores de edad, para quienes no corre el término extintivo de la prescripción, mientras estén en imposibilidad de actuar. Vale decir, que deja de operar en el momento en que alcanzan la mayoría de edad, o cuando su representante ejerce en su nombre el derecho de acción y en desarrollo del mismo presenta la demanda que corresponda.*
>
> *En el derecho común, aplicable por remisión a los créditos laborales, el artículo 2541 del Código Civil contempla la suspensión de la prescripción extintiva de las obligaciones y remite al artículo 2530 ibídem para identificar las personas en cuyo favor opera tal figura, dentro de las cuales el artículo 68 del decreto 2820 de 1974, que modificó parcialmente aquella disposición, incluye a "Los menores, los dementes, los sordomudos y quienes estén bajo patria potestad, tutela o curaduría".*

> *Si la norma transcrita extiende el beneficio de la suspensión de la prescripción a los menores, los dementes y los sordomudos, y expresamente se refiere a quienes cuentan con representación legal (patria potestad y guarda), es claro que la suspensión opera sin consideración a que exista o no tal representación, por lo que debe entenderse que el modificado artículo 2530 del CC contiene un beneficio para determinadas personas a quienes la ley protege sin importar que el sujeto cuente o no con un representante legal eficiente o ineficiente, por lo que el error en que aquel incurra, no puede afectar la situación jurídica del representado"*.(subrayado por la Sala).

En el caso bajo estudio, mediante dictamen de 24 de agosto de 2016, Colpensiones determinó a la señora Shirley Edith Bravo Velásquez, el 66% de pérdida de capacidad laboral de origen común, con fecha de estructuración 30 de abril de 2014 con motivo de enfermedad de alzheimer. **(expediente digital, carpeta "002 01 09 2020 demanda 2020-281.pdf páginas 32 a 35 y 76 a 83),** por lo que a tono con el anterior pronunciamiento jurisprudencial, es claro que el término prescriptivo se suspendió a partir del 30 de abril de 2014, data en que se estructuró su invalidez, aunque para entonces no contara con un representante legal. En ese orden se confirmará la declaratoria de no probada la excepción de prescripción, pero por las razones esgrimidas en esta providencia.

En lo que hace a los intereses moratorios, respecto de los cuales la recurrente solicita su absolución, a juicio de la Sala en el caso de autos no es procedente su imposición, en virtud de lo expuesto en la Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013[2], como quiera que se presentó un debate fáctico

[2] *"La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir. Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que*

jurídico razonable y solo hasta éste fallo se determinó que le asiste el derecho a la accionante para acceder a la prestación, en calidad de beneficiaria, para lo cual fue necesario acudir al acervo probatorio recaudado, y en esa medida existían razones atendibles que aunque no son compartidas por la Sala de decisión, justifican la omisión en el reconocimiento, y en ese orden se revocará la condena que por este concepto impuso el juez de primer grado y en su lugar se absolverá de ésta pretensión.

Finalmente, en relación con el monto de la condena en costas que impuso el a quo, basta con señalar que este no es el escenario pertinente para acometer dicho estudio, solicitud que debe presentarse en la oportunidad y términos establecidos en el artículo 366 C.G.P.

En los términos anteriores, se revocará parcialmente la sentencia apelada respecto a los intereses moratorios y se adicionará frente a la prosperidad parcial de la excepción de prescripción, agotándose de esta manera la competencia de la Sala por el estudio de los aspectos esgrimidos en los recursos de la alzada, como en el grado jurisdiccional de consulta.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el ordinal tercero de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el JUZGADO 5 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., y en su lugar ABSOLVER a la UGPP de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

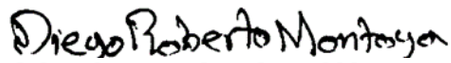
---

opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras".

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás, conforme lo analizado en este proveído.

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 ZORAHIDA RODRIGUEZ CUESTAS CONTRA LICEO DE CIENCIA Y CULTURA HARVARD E.U. (RAD. 08 2019 00568 01)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte demandada (folios 390 a 391), 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 de los recursos de apelación promovidos por la demandante y el demandado LICEO DE CIENCIA Y CULTURA HARVARD EU, respectivamente, contra la sentencia proferida por la Juez Octava (8) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de agosto del 2021 (Cd. folio 378, récord 57:53, acta a folio 78), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que entre la demandante señora ZORAHIDA RODRIGUEZ CUESTAS y la demandada LICEO DE CIENCIA Y CULTURA HARVARD EU, existieron 12 contratos de trabajado a término fijo, en los cuales el trabajador se desempeñó como docente por los siguientes periodos:*
>
> - *PRIMER CONTRATO: Del 01 de febrero al 30 de noviembre del año 2006.*
> - *SEGUNDO CONTRATO: Del 01 febrero al 30 de noviembre del año 2007.*
> - *TERCER CONTRATO: Del 01 febrero al 30 de noviembre del año 2008*
> - *CUARTO CONTRATO: Del 01 febrero al 30 de noviembre del año 2009.*
> - *QUINTO CONTRATO: Del 01 febrero al 30 de noviembre del año 2010.*
> - *SEXTO CONTRATO: Del 01 febrero al 30 de noviembre del año 2011.*
> - *SÉPTIMO CONTRATO: Del 01 febrero al 30 de noviembre del año 2012.*
> - *OCTAVO CONTRATO: Del 01 febrero al 30 de noviembre del año 2013*
> - *CONTRATO NÚMERO NUEVE: Del 01 febrero al 30 de noviembre del año 2014*
> - *CONTRATO NÚMERO 10: Del 01 febrero al 30 de noviembre del año 2015.*

- *CONTRATO NÚMERO 11: Del 01 febrero al 30 de noviembre del año 2016.*
- *CONTRATO NÚMERO 12: Del 01 febrero al 30 de noviembre del año 2017.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada LICEO DE CIENCIA Y CULTURA HARVARD EU al pago en favor de la demandante ZORAHIDA RODRIGUEZ CUESTAS a las siguientes sumas de dinero por los siguientes conceptos:*

a. La suma de $1.090.400 por auxilio de transporte, suma que deberá debidamente indexada al momento de realizarse el pago.

b. La suma $369.911 por concepto de reliquidación de cesantías, primas de servicios e intereses a las cesantías, suma que igualmente deberá ser debidamente indexada al momento del pago.

***TERCERO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante.*

***CUARTO: DECLARAR** probadas parcialmente las excepciones del cobro de lo no debido, y prescripción, de conformidad con las resultas del proceso.*

***QUINTO:** Sin condena en costas en esta instancia ante su no causación''*

Inconforme con la decisión, los apoderados judiciales de la demandante y el demandado, la apelaron.

Así, inicialmente la parte actora, alega, haberse desconocido respecto de las diferencias de aportes a salud, pensión y caja de compensación familiar que no fueron cancelados por el empleador con el valor adecuado, que frente a los mismos no se puede declarar la prescripción y más cuando la parte demandada cuando formuló la excepción lo hizo de forma genérica sin ninguna explicación por lo que tal excepción quedó en su sentir saneada a más de que los derechos de la seguridad social no prescriben.

Respecto de la absolución de sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que no tiene sentido puesto que si se condena al pago del auxilio de transporte y a la reliquidación de cesantías e intereses pues se debe generar tal indemnización de un día de salario por cada día de mora hasta el pago de la liquidación respectiva, sin que pueda manifestarse que actuó de buena fue la cual debía ser demostrada, lo cual no se vislumbra dentro de este proceso y por ende en su sentir deben ser aplicados los efectos indemnizatorios[1] (Cd. folio 378, récord 56:36, acta a folios 384 y 385).

[1] "Señora juez, de forma muy comedida y respetuosa me permito presentar ante su despacho recurso de apelación a la sentencia que usted acaba de proferir, por los siguientes motivos de informidad así:

El primero, si bien es cierto usted declaró en el artículo primero la existencia de los 12 contrato, declarándolos entre el 01 de febrero al 30 de noviembre de cada anualidad de las pretensiones de la actora, desconoce al declarar la prescripción que aquí se está tratando de aportes a salud y al sistema pensiones y al sistema de la caja de compensación, que son determinaciones y conceptos que se encuentran en el Código Sustantivo en efectos de la declaración de prescripción, toda vez que lo que es la salud, aportes a pensiones no están cobijados de la prescripción del artículo que usted señala , 448 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el 151 del Código Procesal de la seguridad social, en lo que tiene que ver especialmente con las diferencias de los aportes en pensiones que pagaba y tuvo que reconocer está demostrado en el expediente, mi representada demandante y que no fueron pagados en el valor adecuado por el empleador, entonces esa diferencia de esos conceptos que tiene con la ley 100 del 93 y lo que tiene que ver con la seguridad social no pueden estar sujetos a la prescripción que usted decreto, máxime cuando el demandante, el demandado propongo la prescripción de las acciones laborales, y dice así "de las acciones laborales ya que la demandante pretende cobrar reajustes de acrecencias laborales ya prescritas, teniendo en cuenta que dejó de laborar el 30 de noviembre de 2017, y trascribe el artículo 488", haciéndolo de forma genérica, sin ninguna explicación, sin decir sobre qué aspecto, sobre que concepto, si la seguridad social, las prestaciones sociales, las cesantías, el subsidio del trabajo o sobre que de los conceptos laborales aplica, al no haber él citado de forma expresa temporal, la situación de tiempo, modo y lugar pretende la aplicación de esa norma, no puede el juzgado hacer una valoración una interpretación como lo hacen en el despacho después de que ha dicho que es procedente y que estaban los 12 contratos y que no fueron esos contratos los actos expresos de la declaración de la prescripción que hubiere solicitado el demandante, al no haberlo hecho, el demandado discúlpeme, al no haberlo hecho subsanaron y quedó subsanado ese efecto de la prescripción y por lo tanto, debe ser considerado los 12 contratos en la condición y para todos los efectos, por no haberse estipulado en las normas laboral, y tal como lo estipula el Código Sustantivo del Trabajo, las prescripciones de forma expresa y concreta a los conceptos y a los actos que quería se aplicara esa norma, la trascripción de la norma jurídica no es suficiente, máxime cuando le hice ya lectura de cuál es el alcance que el pretende de la prescripción de la contestación de la demanda, de esa forma que ha subsanado ese concepto, no podía el despacho haberle dado el alcance que lo hace y en acción de hecho y no atendiendo una situación expresa pretendida por el demandante, por lo tanto, el cobro de lo debido también se afecta en cuanto a lo que tiene que ver especialmente con esos derechos como no prescriben como lo son los de seguridad social y los otros derechos que tampoco prescribirían en los contratos, de forma en la que fue solicitada la prescripción a criterio de este representante de la parte demandante quedó subsanada y saneadas esas prescripciones y más que fueron objeto de demanda y debate o litigio durante el proceso, no fueron presentados en una forma diferente. Eso para ese tema.

También me permito que la seguridad social no es prescripto y aceptado los contratos aquí se está diciendo también que no procede y absuelve a la demandada de la sanción indemnizatoria y .lo correspondiente al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no tiene eso concordancia porque el artículo 2 condena a pagar el auxilio de transporte, la reliquidación de cesantías e intereses de cesantías en la norma del artículo 65 dispone que al no ser pagada la cesantía se genera la sanción moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta que cause el pago de los derechos de la liquidación respectiva, no puede manifestarse que actuó de buena fe cuando todo lo que venía haciendo en los contratos, en calidad de docente y más con una persona con unos salarios relativamente tan bajos, a pesar de disponer de toda su capacidad de trabajo durante todo una jornada y de ser profesional de la docencia de tener la responsabilidad de educar niños, está subestimándose esa condición humana y entonces no se puede de una forma muy simple desconocer que se genera la sanciones de las indemnizaciones moratorias que contempla la ley, porque aquí no hay duda que esa buena fe debe estar demostrada, tiene que estar el demandado haberlo hecho con una claridad meridiana, que no es lo que se vislumbra durante todo el tiempo por el contrario se ve como manipula las cifras, como disminuye las cifras, como paga siempre los mínimos, como trata de utilizar el transporte que tenía y que pagaban los alumnos al mismo conductor, y trata de utilizarlo como mecanismo para evitar obligaciones laborales, por eso me parece que no puede imputársele buena fe al demandado cuando con todas sus actuaciones, la contestación, en la argumentación que hace en diversos elementos fácticos que están en la demanda, y los mismos testimonios demuestran que la buen fe no existe y no puede ser imputable al empleador tal y como la señora juez se la atribuye y por eso yo no estoy de acuerdo, porque todo el proceso dentro del desarrollo de la misma contestación , los testimonios, las pruebas allegadas y como usted dijo la misma tacha de las falsedades, inexactitudes que presentó en la contestación de la demanda, el mismo hecho de haber presentado una serie de documentos de esos por fuera de términos, cuando la norma es clara de que él debía haber presentado todo con la contestación de la demanda, y lo presentó de forma extemporánea, eso lleva a que esas pruebas no deban ser consideradas, ni valoradas tal y como hizo la señora juez muy acertadamente con las declaraciones extra juicio, que si quería hacer valer las declaraciones extra juicio debió haber citado a cada uno de esos exponentes como testigos, para que ratificaran lo dicho en ella, pero al no haberlo hecho esos documentos obviamente pierden la validez y la esencia de ello.

A su turno, el LICEO DE CIENCIA Y CULTURA HARVARD E.U., recurre la decisión únicamente frente a la condena del pago del auxilio de transporte, manifestando se deben revisar mes a mes las planillas del 2016 y la liquidación de ese año, con las que se demuestra que la demandante sí recibía su pago y respecto de las cuales nunca presentó reclamación. (Cd. folio 378, récord 1:06:50)[2].

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 70 a 74, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 68 a 70 del escrito de subsanación de la demanda, solicitando se declare que entre las partes existió

En consecuencia, nos ratificamos nosotros en las pretensiones de la demanda desde el año 2006 por haber sido contratos declarados por el juzgado y haber sido aceptados por la parte, han estado dentro del debate probatorio, y haber sido objeto de controversia procesal, y en consecuencia, todos ellos deberían generar los efectos de la demanda, que si bien es frutos de varias contrataciones, lo que demuestra eso señora juez, no es precisamente de la buena fe del empleador, sino como ese trabajador está siendo afectado por unas situaciones de mercado, de una actividad que debería ser privilegiada y tener una especial condición de los docentes en el área de la educación en Colombia, sin embargo, fíjese como en la práctica eso no recae, no se vislumbra, no se aplica para la persona que es aquí demandante, por lo tanto, señora juez de esa forma y ratificándome en que debe ser declarados los efectos indemnizatorios, me permito ratificarle mi deseo de apelación para que ante el Tribunal Superior se decida la apelación en la forma presentada, reservándome el derecho de la alzada, presentar lo que corresponda al caso que se ha debatido dentro del proceso. Y agradeciéndole al despacho la amabilidad durante el trascurrir, porque ve uno que a las partes se les dio autoridad procesal, de entregar, allegar y participar dentro del debate muy dignamente en el debate si dirijo. Le agradezco señora juez, un respetuoso saludo a la contraparte, esperando le de aceptación a mi apelación."

[2] **Apoderado demandado (Record: 1:06:50):** Gracias su señora juez y atendiendo el buen saludo de mi contraparte, muchas gracias, señor juez de conformidad con la decisión, pero tengo que hacer, tengo que presentar un recurso de reposición en subsidio de apelación frente a dos cosas puntuales, una cosa, solicitó que se revisen las planillas del 2016 mes a mes, hay dentro de esas planillas, además, como figura la liquidación se puede apreciar como efectivamente ella si recibía el pago de transporte a conformidad en cada relación laboral, y dejando precisión que nunca presentó una reclamación frente a esas documentos, que tenía o tenemos. No es más señor juez, le agradezco a usted y a los demás sujetos procesales. Una feliz tarde, muchas gracias.

Juez (Record: 1:07:48): Para resolver la manifestación de los apoderados de las partes, en primer lugar, se tiene que el apoderado de la parte actora sustenta y presenta en debida forma el recurso de la apelación en contra de la sentencia proferida por esta juzgadora, razón por la cual se concede el mismo.

Respecto de la solicitud del apoderado de la parte demandada no procede por tanto, se rechaza de plano el recurso de reposición, en razón en que contra la decisión de fondo o la sentencia no procede dicho recurso y el despacho entiende que las motivaciones que expresa referentes a las planillas de pago del año 2016 constituyen un sustento de un recurso de apelación frente a orden de pago de auxilio de transporte razón por la cual se concede el mismo como recurso de apelación, como consecuencia se remitan las diligencias al Honorable Tribunal superior de Bogotá sala Laboral para que resuelva lo que en derecho corresponde frente a las manifestaciones de los abogados.

un contrato de trabajo entre el 01 de febrero al 30 de noviembre de 2017 y que se determine los extremos y los salarios devengados en las relaciones laborales que se desarrollaron durante los años 2006 a 2016, en consecuencia de ello, solicita el reconocimiento y pago de los dineros descontados de los salarios, los auxilios de transporte no pagados del 2006 a 2016, así como de la reliquidación de prima de servicios, cesantías e intereses a las cesantías con la inclusión de los salarios dejados de percibir, demás factores salariales y auxilios de transporte, la devolución de los pagos efectuados por aportes a la seguridad social, riesgos profesionales y parafiscales que debió pagar la demandante durante las relaciones laborales de los años 2006 y 2007, los aportes al sistema de seguridad social en salud, pensión, riesgos laborales y caja de compensación familiar conforme al salario realmente devengado entre 2006 a 2017, la sanción por la no consignación de cesantías, la indemnización moratoria por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato, los derechos probados *ultra y extra petita* y costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró la existencia 12 contratos de trabajo desarrollados entre el 1° de febrero del 2006 al 30 de noviembre del 2017, condenando a pagar el auxilio de transporte causado ente el 20 de agosto al 30 de noviembre del 2016 y del 1° de febrero al 30 de noviembre del 2017 en suma de $1.090.400 y la suma de $367.911 por reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías y primas de servicio causadas para los contratos celebrados en el 2016 y 2017, pues declaró probada parcialmente la prescripción respecto de las acreencias causadas con anterioridad al 20 de agosto del 2016.

Absolvió de los descuentos ilegales, al considerar que las deducciones realizadas en sus nominas se originaron de la solicitud expresa de la ex trabajadora, pues fue confesado por ésta en interrogatorio de parte, que junto a otros compañeros de trabajo solicitó autorización a la demandada para mandar a hacer una sudadera, que no corresponde a la institucional, al proveedor de uniformes del colegio y que autorizó a la demandada los descuentos para el pago del mismo máximo en tres cuotas. Frente a la sanción por no consignación de cesantías, señaló que los contratos de trabajo que sostuvieron las partes tuvieron término de duración inferior a un año, por lo que la obligación a cargo de la accionada al finalizar cada uno de ellos, no era la de consignar las cesantías en un fondo, si no la de entregarlas a la trabajadora junto con las demás prestaciones y salarios.

En cuanto a los aportes a seguridad social en pensión, riesgos laborales y caja de compensación conforme al salario realmente devengado, manifestó que no se acreditó que la remuneración de la demandante fuera superior a los que se consignaron en los contratos de trabajo, por lo que no procedía condena alguna por estos conceptos y en relación con la indemnización moratoria absolvió de la misma al haberse acreditado el pago de las prestaciones sociales de los contratos desarrollados en el año 2016 y 2017.

En este orden de ideas, sea lo primero señalar, no es motivo de discusión en esta instancia que entre la demandante y el LICEO DE CIENCIA Y CULTURA HARVARD EU, existieron sendos contratos de trabajo para desarrollar actividades de docencia por un periodo de 10 meses, entre el 1 de febrero de 2006 y el 30 de noviembre de 2017[3], devengando como último salario la suma de $1.310.000, circunstancias que además de no haber sido objeto de la controversia, dada la aceptación de las partes, fueron conclusiones a las que arribó la juzgadora de primer grado frente a las cuales no se formuló reparo alguno.

En ese orden, se abordará el estudio de los recursos de apelación interpuestos, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

3

	Fecha Inicial	**Fecha Final**
Contrato No. 1	01/02/2006	30/11/2006
Contrato No. 2	01/02/2007	30/11/2007
Contrato No. 3	01/02/2008	30/11/2008
Contrato No. 4	01/02/2009	30/11/2009
Contrato No. 5	01/02/2010	30/11/2010
Contrato No. 6	01/02/2011	30/11/2011
Contrato No. 7	01/02/2012	30/11/2012
Contrato No. 8	01/02/2013	30/11/2013
Contrato No. 9	01/02/2014	30/11/2014
Contrato No. 10	01/02/2015	30/11/2015
Contrato No. 11	01/02/2016	30/11/2016
Contrato No. 12	01/02/2017	30/11/2017

Así pues, en lo que toca al **pago de aportes a seguridad social** en salud, pensiones, riesgos laborales y caja de compensación familiar con el salario real devengado por la actora, respecto de los cuales aduce el apoderado de la demandante no puede operar el fenómeno prescriptivo, lo primero que ha de aclararse es que dicha pretensión no fue estudiada por la Juez *a quo* con sustento en la citada prescripción, sino en relación con los salarios devengados por la parte actora.

En ese orden de ideas y solo en gracia de la discusión estudiando esta pretensión conforme fue solicitado en la demanda, debe señalar esta Sala de decisión aun cuando la demandante refiere en su libelo que durante los años 2006 a 2015 el salario recibido fue superior al mínimo mensual legal vigente, lo cierto es que "*no recuerda exactamente"* a cuanto ascendía (hechos 1.6, 1.9, 1.12, 1.15, 1.18, 1.21, 1.24, 1.27, 1.30, 1.31 y 1.33 fls. 68 a 70) y de las documentales aportadas no puede extraerse que en verdad la remuneración de cada una de esas anualidades fuera superior al mínimo legal mensual vigente, además por ejemplo para los años 2006, 2007 y 2008 obran copias de comprobantes de pago por las sumas de $318.700 (2007) y $300.000 (2008 y 2006) –fls. 108 a 113- cuando el salario mínimo para esas anualidades ascendía a $408.000 (2006), $433.700 (2007) y $461.500 (2008), evidenciando también esta Corporación que incluso para el año 2015 la accionada efectúo las cotizaciones en pensiones y salud con un IBC de $1.150.000 (ver fls. 45, 46 y 50), sin que se encuentre en el plenario valor diferente a ese reportado.

Por otro lado, bueno resulta mencionar, el valor del auxilio de transporte del que se duele la parte actora no haber sido reconocido por la pasiva, no puede ser incluido en la base para liquidar aportes a seguridad social ni aportes parafiscales, por cuanto éste tiene como finalidad es reembolsar al trabajador parte de los gastos de movilización en que pueda incurrir al desplazarse a su sitio de trabajo, por lo tanto, no tiene naturaleza salarial ya que no remunera los servicios prestados.

Recuérdese, el ingreso base de cotización para el pago de aportes a seguridad social corresponde a todos los pagos que reciba el trabajador y que sean de naturaleza salarial, no constituyendo el auxilio de transporte un factor salarial como ya se indicó.

De esta manera es claro que le incumbía a la parte actora acreditar que la remuneración percibida mes a mes para los años 2006 a 2015 fue superior en comparación al salario sobre el cual su ex empleador realizó las cotizaciones al sistema de seguridad social, situación que como ya se advirtió no fue probada en esta Litis, concluyéndose por ende la orfandad probatoria por parte de la promotora de la Litis dirigida acreditar el real salario que aduce haber devengado, no encontrándose demostrado por tanto el supuesto de hecho sobre el cual se funda su pretensión, destacando en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso *sub-lite*, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es precisamente la señora PULIDO, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*", por lo tanto habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en este aspecto.

Ahora en punto al **Auxilio de transporte** respecto del cual el apoderado de la parte demandada solicita se revise su pago efectivo para el año 2016, se tiene que si bien obra en la documental aportada por esta traída a juicio (*Expediente digital, archivo 4.1 "pruebas solicitadas zorahida" páginas 492 a 514)* planillas de pago de los meses de febrero, abril, mayo, junio, septiembre, octubre del 2016 en el que se incluye la suma de $77.700 por concepto de auxilio de transporte lo cierto es q tales misivas fueron objeto de tacha y desconocimiento por la parte actora en escrito presentado ante la Juez de primer grado (ver Archivo 10 expediente digital), y en el cual concretamente refiere:

Página 493, 502, 505, 507, 513.

En el cuadro donde están las firmas de los docentes y demás empleados, la firma que registra a mi nombre, **no es la mia.**

El colegio, por medio de la asistente personal del rector nos hacía firmar esta planilla después de habernos pagado la nómina que informaba el pago a seguridad social cotizando con el mínimo y recibiendo auxilio de transporte; lo cual era una mentira.

Aquí supuestamente recibía subsidio de transporte, pero no es cierto; además ganaba más de lo que allí dice realmente el sueldo correspondía a $ 1.218.000 año 2016.

Y si bien el incidente de tacha presentado fue denegado por la *a quo* mediante auto proferido en audiencia del 5 de agosto del 2021 *(Cd fl. 378, record: 12:02*[4]*),*

[4] "Por último, en lo que toca a la falsedad de la firma registrada en las planillas de pago de nómina de los meses de febrero, abril, mayo, junio, agosto, septiembre y octubre del año 2016, debe decir el Despacho que

también advierte la Sala de decisión que el contenido de las citadas planillas se desvirtúa con la declaración de los testigos traídos a juicio señores LAURA XIMENA LASSO LERMA[5] y FANNY CAMELO SEMA[6] quienes tuvieron vínculo como docentes con la institución aquí demandada, refiriendo que por disposición del rector debían firmar tales planillas aun cuando no era cierto que se les cancelaba el auxilio de transporte, además el tesorero y pagador de los salarios de los empleados del colegio señor JOSE ESTEBAN RODRIGUEZ GALVIZ[7] refirió que en efecto nunca se canceló el auxilio de transporte.

Situaciones que por ende impiden dar validez al contenido de la citada misiva pues ni tan siquiera obra otra documental diferente a la ya citada que respalde el pago del auxilio de trasporte durante los 10 meses del contrato celebrado en el año 2016 por la señora RODRIGUEZ CUESTAS con el LICEO DE CIENCIA y CULTURA HARVARD EU. Se confirma por estas razones la condena impuesta, respecto de la cual no fue recurrida su liquidación.

Finalmente, en lo que corresponde a la **indemnización moratoria** prevista en el artículo 65 del C.S.T., y respecto de la cual se solicita su condena ante la falta de pago de las prestaciones sociales teniendo en cuenta el auxilio de transporte al que tenía derecho la demandante, sentado está por la jurisprudencia que la sanción moratoria no procede de manera automática, sino que ha de analizarse la buena o mala fe con la que actuó el empleador[8], examinando la situación

---

ciertamente dicho aspecto es motivo de controversia entre las partes, en tanto la demandante solicita que se declare que la demandada incumplió su obligación de cancelar esos rubros durante toda las relaciones laborales existentes, debiéndose estudiar su procedencia o no, empero, considera la suscrita que con el material probatorio vertido en autos, en especial de las declaraciones escuchadas ante esta audiencia podrá resolverse sobre este punto, especialmente, si se tiene en cuenta que de imprimirse el trámite incidental correspondiente a fin de determinar la autenticidad de la rúbrica, el que de por sí incluye imperiosamente el cotejo pericial, se estaría incurriendo en un desgaste procesal innecesario, cuando en verdad ya se cuentan con los elementos de convicción suficientes para decidir de fondo, claro está, acotándose que el Despacho valorará en su oportunidad el desconocimiento de dichos documentos. Corolario de todo lo anterior, se **DENIEGA** la solicitud de tacha y desconocimiento de documentos elevada por el apoderado demandante."

[5] Cd fl. 378, record: 1:06:09

[6] Cd fl. 378, audio 2, record: 29:35

[7] Cd fl. 378, audio 2, record: 1:15

[8] *"...Esta Sala de la Corte, desentrañando el sentido de la norma transcrita y buscando evitar injusticias en su aplicación automática, ha dicho en multitud de ocasiones: "El entendimiento del artículo 65 del C. S. del T. conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria es una aberración; contraría las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso" (Sent. del 9 de abril de l.959, G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de l.963 y el 20 de julio de 1.968). Con respecto a la prueba de los elementos subjetivos aludidos, también como desarrollo jurisprudencial de esta*

específica del mismo en cada caso, en otros términos, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del empleador a efectos de determinar si tuvo la intención de desconocer los derechos de su trabajador.

No obstante, en el *sub examine*, el demandado no aludió a circunstancia alguna que justificara la omisión en el pago del auxilio de transporte causado a favor de la demandante en vigencia de sus contrato de trabajo de los años 2016 y 2017, que incidió en el pago de sus prestaciones sociales – cesantías, intereses de cesantías y prima de servicios- objeto de condena en primera instancia, sólo se limitó a indicar que los pagos del auxilio de transporte –que no están probados- los realizó conforme a la ley, empero, no debe olvidarse, en los términos del artículo 14 del C.S.T, que las prerrogativas y derechos derivadas del trabajo son irrenunciables, por lo que se estima desdeñable la posición del llamado a juicio al resistirse a pagar las acreencias debidas a la actora con la inclusión del auxilio de transporte, pues como se dejó evidenciado, no tenía en su haber argumentos de orden fáctico y jurídico respetables, de cierta probidad, pues ni una sola justificación se presentó respecto al incumplimiento de sus obligaciones patronales.

En esa medida, a juicio de esta Corporación y en contraposición a lo concluido por la juzgadora de primer grado, procedente resulta el pago de la sanción moratoria rogada por la demandante, respecto de los contratos por ella celebrados con la enjuiciada para los años 2016 y 2017 y frente a los cuales no operó la excepción de prescripción, precisándose de conformidad con el artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, para el caso en que el trabajador devengue más de un salario mínimo, y como ocurre en el sub examine, no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria pasados 24 meses con posterioridad a la terminación del contrato, en palabras de la H. Corte Suprema de Justicia, *"…no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera".* (Sentencia 36577 del 6 de mayo de 2010, reiterada en la CSJ SL 16280-2014 y CSJ SL-11448-2017), por

---

Corporación, se ha dicho que el empleador sólo se libera de la indemnización a que alude la disposición en cita, demostrando que su actitud reticente obedeció a motivos valederos que evidencian sin lugar a dudas su buena fe." (Sentencia de junio 13/91 Extractos de Jurisprudencia Tomo 6, 2o. trimestre 1.991).

ende como la demanda se presentó el 20 de agosto del 2019 (fol. 65), para el contrato finalizado el **30 de noviembre del 2016**, solo correrán los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de su finalización -30 de noviembre del 2016- y hasta cuando el pago de las prestaciones en dinero debidas se verifique.

Ahora, respecto del contrato terminado el **30 de noviembre del 2017**, se tiene que la demanda fue interpuesta dentro del término de los 2 años señalado, por lo que se condenará al LICEO DE CIENCIA Y CULTURA DE HARVARD EU al pago de un día de salario por los primeros 24 meses contados a partir del día siguiente a la terminación del contrato, esto es, entre el 1° de diciembre del 2017 y el 30 de noviembre del 2019, tomando como salario la suma de $1.310.000 aceptada por las partes y no objeto de reproche en esta instancia, los cuales una vez efectuados los cálculos respectivos, corresponden a **$31.439.520**[9]. A partir del mes 25 -1° de diciembre de 2019-, deberá cancelar a la señora ZORAHIDA RODRIGUEZ CUESTAS los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera, hasta que se efectúe el pago de la obligación.

Por estas razones, se revocará la condena al pago indexado de la suma impuesta por concepto de reliquidación de cesantías y primas de servicio, pues al otorgarse la indemnización moratoria la cual es justamente de carácter indemnizatorio, la indexación o actualización de las sumas adeudadas pierde su objetivo, cual es, el de prevenir la devaluación de la moneda, concretamente, en relación a las sumas objeto de condena.

Manteniendo la Sala la condena de la indexación únicamente frente a los intereses de las cesantías, toda vez que la sanción moratoria para esta prestación sería el

9

INDEMNIZACIÓN MORATORIA					
Fecha inicial	**Fecha final**	**No. Días**	**Último Salario**	**Salario Diario**	**Total**
01/12/2017	30/11/2019	720	$ 1.310.000	$ 43.666	$ 31.439.520

pagarlos dobles, conforme lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 2 de la ley 52 de 1975[10], lo cual no fue solicitado en autos.

Finalmente aclara la Sala que las peticiones elevadas por el apoderado de la demandada en su escrito de alegaciones donde señala ampliar el recurso de apelación (ver fls. 390 y 391) no serán estudiadas, por cuanto no fueron objeto de impugnación en primera instancia, recordándose al profesional del derecho que de conformidad con el artículo 66 del C.P.L. las inconformidades relacionadas con la sentencia de primera instancia debieron ser sustentadas oralmente en el mismo acto de notificación de la decisión y no en esta etapa procesal.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida por la Juez Octava (8) Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, **CONDENAR** al LICEO DE CIENCIA Y CULTURA HARVARD EU a pagar favor de la demandante la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. de la siguiente manera:

a) Para el contrato celebrado del 1° de febrero del 2016 al 30 de noviembre del 2016, los intereses moratorios causados a partir de la finalización del

[10] «Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.»

mismo, esto es, **30 de noviembre de 2016** y hasta cuando el pago de las prestaciones en dinero debidas se verifique.

b) Para el contrato desarrollado del 1° de febrero del 2017 al 30 de noviembre del 2017 la suma de **$31.439.520** por los primeros 24 meses contados a partir del día siguiente a la terminación del contrato de trabajo (del 1° de diciembre del 2017 al 30 de noviembre del 2019), y a partir del mes 25 -1° de diciembre de 2019- intereses moratorios a la tasa máxima legal certificada por la Superintendencia Financiera, hasta que se produzca el pago total de la obligación.

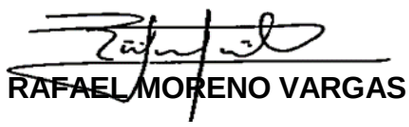
SEGUNDO: REVOCAR la condena de indexación impuesta a la demandada, en el numeral SEGUNDO del fallo de primer grado, **únicamente** respecto de la reliquidación de cesantías y primas de servicios, **manteniendo su condena** frente a los intereses a las cesantías, conforme a lo considerado.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia apelada

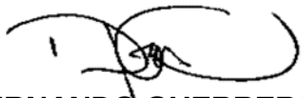
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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
BOGOTA D.C.
SALA LABORAL

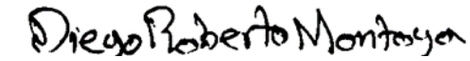
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA ALBERTINA SUAZA DE SOTO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 08 2019 00795 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA, como representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S (folio 172).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 171 a 172 y 177 a 178), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral 2º 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 recurso de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones, como el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida por la Juez Octava Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de noviembre de 2021 (Cd folio 164, récord 39:06 acta a folios 165 y 166) en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora MARIA ALBERTINA SUAZA DE SOTO la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento del señor DAVID SOTO BUITRAGO a partir del día 23 de septiembre de 1988. **ORDENANDO** a la demandada al pago del porcentaje del 100% en cuantía no inferior al salario mínimo mensual legal vigente, valores que debe ser indexados desde el momento de su causación y hasta el*

momento efectivo su pago y frente a las cuales se autoriza desde ya los descuentos respetivos al sistema de seguridad social en salud, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

***SEGUNDO: ABSOLVER** a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.*

***TERCERO: DECLARAR PROBADA** parcialmente la excepción de prescripción respecto de todas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 18 de noviembre del año 2016.*

***CUARTO: DECLARAR PROBADA** la excepción denominada no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y **NO PROBADA** la inexistencia de la obligación y el derecho por falta de causa y título para pedir, relevándose el despacho del pronunciamiento de los demás medios invocados, dadas las resultas del proceso.*

***QUINTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada. Liquidarse por secretaría, fijando como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV.*

***SEXTO:** Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES remítase las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de dicha entidad".*

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de Colpensiones interpuso recurso de apelación señalando, en el Decreto 3041 de 1966 no existe un supuesto de convivencia o dependencia económica que deba acreditar quien pretenda acceder a la pensión de sobrevivientes y a partir de ello, por el solo hecho de ser la cónyuge supérstite del causante, la aquí demandante ostenta la calidad de beneficiaria de la prestación. No obstante, el Decreto 1260 de 1989, norma que a juicio de la entidad es aplicable al presente caso, establece que no tiene derecho a la pensión, el cónyuge supérstite cuando no estaba haciendo vida en común con el causante a la fecha de su fallecimiento, salvo que acredite que estuvo en imposibilidad de hacerlo.

En el caso de autos concurre este supuesto, porque a la fecha de fallecimiento del señor DAVID SOTO, la señora Albertina Suaza ya llevaba por lo menos 23 años de convivencia con el señor Pedro Taborda, hecho que se corrobora con las afirmaciones que hizo el señor Taborda a instancias de un proceso en que pretendió el pago de los incrementos por cónyuge a cargo, donde declaró la convivencia con la señora Albertina por lo menos durante 14 años. Reparó en que con la decisión de primer grado no se está amparando el núcleo familiar cercano al causante, que estaba conformado por su compañera permanente Eliselia Bedoya y sus cuatro hijos, a quienes en su oportunidad se les concedió la sustitución pensional. Estimó que en este caso no debería reconocerse la sustitución pensional, porque la demandante no contribuyó a la construcción de ese derecho, ya que durante por lo menos 15 años antes del fallecimiento del causante, ella convivía con otra persona[1] (Cd folio 164, récord 40:50, acta a folio 165 y 166).

[1] **Apoderado COLPENSIONES (40:50):** Señora juez gracias COLPENSIONES interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia, solicitando se revoque íntegramente el fallo proferido por este despacho, respeto la posición y criterio de la señora juez, no lo comparto, considera COLPENSIONES no se

tuvieron en cuenta unas situaciones de índole legal y unas situaciones de índole factico y probatorio, efectivamente como lo dice la señora juez en el decreto 3041 del 66 a diferencia de lo que sucede por ejemplo la ley 100 o 797 del 2003, no existe un supuesto de convivencia o dependencia económica, que deba acreditar quien pretenda acceder a la pensión o a la sustitución de sobrevivientes, sobre ese argumento y como lo dice la señora juez no habría lugar a dudas que la señora MARIA ALBERTINA SUAZA por el solo hecho de ser una cónyuge supérstite del fallecimiento del señor DAVID SOTO ostentaría la calidad de beneficiario.

No obstante, el decreto 1260 del 89, dado que considera COLPENSIONES, no había otra previsión legal vigente para ese momento que estableciera un supuesto con relación a las condiciones es o supuestos en los cuales habría lugar a la perdida de un derecho a pensión o sustitución de sobrevivientes, sería la norma que eventualmente se podría aplicar y que fue la que aplicó el seguro social, para revocar el reconocimiento pensional que en un principio se había efectuado a favor de la demandante. El artículo 7 indica que hay perdida del derecho del cónyuge sobreviviente, el cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la sustitución pensional cuando en el momento del descenso del causante no hiciera vida en común con él, salvo en el caso se hallarse en imposibilidad de hacerlo, por haber este abandona el hogar sin justa causa o haberle impedido el acercamiento o compañía, hecho que se demostrará con prueba sumaria.

En este proceso si nos atenemos a ese supuesto, es evidente que existe esa hipótesis en la cual la demandante pierde el derecho a cónyuge sobreviviente y en esa medida a ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que se generó con el fallecimiento del causante DAVID SOTO, es evidente en este proceso que al fallecimiento del señor DAVID SOTO no existía una convivencia de pareja con la señora ALBERTINA SUAZA y esa ausencia de convivencia no es una situación imputable al señor DAVID SOTO, en ningún momento se demostró en este proceso que el señor DAVID SOTO hubiese abandonado el hogar, o que el señor DAVID SOTO hubiese impedido el acercamiento a la señora ALBERTINA SUAZA, todo lo contrario, para el fallecimiento del señor DAVID SOTO la señora ALBERTINA SUAZA por lo menos llevaba 23 años de convivencia marital con el señor PEDRO PABLO TABORDA, situación que se afirma por el hecho que en el año 1965 la señora MARIA ALBERTINA SUAZA procreó un hijo con el señor PEDRO PABLO TABORDA.

Adicionalmente, porque en las afirmaciones que se hicieron dentro del proceso que presentó el señor PEDRO PABLO TABORDA ante el instituto de seguros sociales para pretender el reconocimiento y pago al 14% por su compañera a cargo la señora ALBERTINA SUAZA se indicó que tenían una convivencia de por lo menos 40 años, 40 años desde el año 2006 que es la radicación del proceso, no ubica en el año 66, así que sobre ese supuesto al fallecimiento del causante el señor DAVID SOTO, por lo menos hacía 13 o 15 años que no existía ningún tipo de convivencia de pareja entre la señora ALBERTINA SUAZA y DAVID SOTO.

Otra situación que considera COLPENSIONES, que debió analizarse peri que se entiende la posición de la señora juez en el entendido que se analiza únicamente el supuesto legal exigido para el reconocimiento prestacional, pero COLPENSIONES considera que más allá del presupuesto legal debió analizarse una situación que es totalmente relevante para reconocer esta prestación a la demandante y es que el presupuesto constitucional y jurisprudencial que abarca el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional es amparar el núcleo cercano del fallecido, a todas aquellas personas que contribuyeron a la constitución del derecho pensional, que se pretende sustituir o en su defecto que de alguna manera hicieron una comunidad de vida con esa persona que fallece y que al fallecer dicha persona van a sentir las consecuencias de su ausencia, consecuencias no solo económicas sino afectivas, supuesto que en este caso esta claramente desvirtuado.

Al fallecimiento del señor DAVID SOTO el núcleo cercano no era la señora MARIA ALBERTINA SUAZA, incluso no era su hija la señora MARIA EUGENIA SITO, el núcleo cercano del señor DAVID SOTO era su pareja la señora ELISELIA BEDOYA, y sus hijos José Aroldo, Jorge Andrés y John Harold, a tal punto que, a estas cuatro personas, en calidad de hijos en un principio el seguro social sustituyó íntegramente la pensión de vejez que en vida recibía el señor SOTO BUITRAGO. En ningún momento, pudo entrar a afirmarse que existiera una cercanía entre el núcleo familiar conformado por la señora MARIA ALBERTINA SUAZA, su hija la señora MARIA EUGENIA SOTO y las demás personas, que aparentemente convivían con el señor DAVID SOTO, porque en este proceso se afirmo que el señor DAVI SOTO y la señora ALBERTINA SUAZA convivieron hasta el año 1986, situación que esta totalmente desvirtuada con la declaraciones extrajucio que se presentaron al proceso que se surtió en el Juzgado 1° Laboral de Pereira, incluso con la misma afirmación que hace la demandante en su interrogatorio de parte, en la que indica que tuvo una relación de noviazgo con el señor Pedro Pablo Taborda hasta el año 2007, en esa medida considera COLPENSIONES y como lo sostuvo en vía administrativa mal podría reconocerse una pensión de sobrevivientes a quien invoca una calidad de cónyuge cuando ya esta recibiendo una pensión, perdón, un auxilio o una prestación por parte de la misma COLPENSIONES, por ostentar la calidad de compañera permanente de otra persona y claro que uno puede decir que después del 88 que fallece el señor DAVID SOTO, la demandante bien podría rehacer su vida marital, volver a casarse o volver a convivir con la persona que habien tuviese, el problema es que el supuesto con el cual se obtuvo el reconocimiento del incremento del 14% afecta indirectamente el supuesto que se puso en presente en este proceso. Y es que existió una convivencia ininterrumpida con el señor DAVID SOTO hasta el año 86, situación que esta desvirtuada porque reiteró en el proceso del incremento pensional se indicó que desde el año 66 la señora MARIA ALBERTINA SUAZA, era la compañera permanente del señor Pedro Pablo Taborda, compañera permanente con convivencia initerrumpida, compañera permenente con dependencia economica, desconociendose en ese moemnto el estado civil de casada que incluso hasta el fallecimiento del señor DAVID SOTO ostentaba la señora MARIA ALBERTINA SUAZA.

Hubiese sido un supuesto diferente si ante el seguro social se hubiere advertido que con posteriordad del fallecimiento del esposo existió una convivencia con el señor Pedro Pablo Taborda, pero el supuesto es totalmente diferente, incluso la señora juez hizo alusión a la misma documental a la que hizo mención el suscrito

Como quiera que no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARIA ALBERTINA SUAZA DE SOTO en este ordinario las pretensiones relacionadas a folio 5, las cuales sustenta en los supuestos fácticos expuestos a folios 3 a 5, aspirando principalmente se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada con motivo del fallecimiento de David Soto Buitrago, quien en vida fue su cónyuge. Se condene a reconocer y pagar la sustitución pensional a su favor a partir del 23 de septiembre de 1988 y en adelante, junto con los aumentos legales y mesadas adicionales; a pagar los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, las costas del proceso y lo ultra y extra petita.

Obtuvo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones, pues se condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a su favor la pensión de sobrevivientes, a partir del 23 de septiembre de 1988, en cuantía no inferior al salario mínimo legal mensual vigente, pero se absolvió a la encartada de las demás pretensiones y se declaró parcialmente probada la excepción de prescripción. Ello por considerar que la norma aplicable en este caso es el Decreto 3041 de 1966, norma que no exige otro requisito diferente a demostrar la calidad de cónyuge para acceder a la sustitución pensional: la demandante acreditó tal calidad con el registro civil de matrimonio, sin anotación de disolución de la sociedad conyugal, sin desconocer que al fallecimiento del causante, tanto el señor David Soto, como María Albertina Suaza tenían una relación de convivencia con otras personas, lo que a juicio de la juzgadora no impide la procedencia de la prestación reclamada, como quiera que el Decreto 3041 de 1966 no prevé el requisito de convivencia o dependencia económica para su prosperidad. Negó el reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de

---

apoderado en los algatos, la declaracion extrajucio del 1° de junio de 2007, rendida por el señor Bnejur Guevera, que dice que conoce al señor Pedro Pablo Taborda desde hace 40 años, y que conoce que desde esa fecha convive con la sompañera permenente la señora Maria Albertina Suaza.
Considera COLPENSIONES que no debería reconocerse dicha sustitución pensional en los términos indicados por el despacho, porque precisamente la demandante no solo no contribuyó a la constitución de ese derecho pensional porque no convibió con el causante desde hace por lo menos 15 años de su deceso, sino porque durante todo ese tiempo ella estaba compartiendo su vida on otra persona, lo que generó posteriormente un reconocimiento prestacional por parte del mismo Instituto de seguros sociales, ahora COLPENSIONES. Sobre esos supuestos COLPENSIONES solicita se revoque integramente el fallo de isntancia y se absuelva a COLPENSIONES d ela condena impuesta con relacion a reconocer y pagar a la demandante la sustitución pensional por ostentar la condición de cónyuge superstite del señor DAVID SOTO BUITRAGO. En esos términos señora juez los alegatos, la sustentación del recurso, perdón, muchas gracias.

la ley 100 de 1993, como quiera que el derecho reclamado no está regulado por el sistema general de seguridad social.

Previo a dilucidar el debate planteado, es menester precisar, no es objeto de debate que:

- El señor DAVID SOTO BUITRAGO, falleció el 23 de septiembre de 1988, tal y como se constata con la copia de registro civil de defunción que milita en el expediente administrativo (cd. folio 142).

- Mediante resolución No. 84 de 21 de enero de 1988, el Instituto de Seguros Sociales reconoció pensión de vejez a DAVID SOTO BUITRAGO, en cuantía inicial de $48.402 a partir del 3 de julio de 1987, como consta en la resolución SUB 75706 de 27 de marzo de 2019 (folios 10 y 11).

- La calidad señora MARÍA ALBERTINA SUAZA DE SOTO ostenta la calidad de cónyuge del causante, conforme registro civil de matrimonio (cd. folio 142 expediente administrativo) documento en el que se constata que la pareja contrajo nupcias el 19 de junio de 1950.

- Mediante resolución 2100 de 18 de mayo de 1989, el Instituto de Seguros Sociales concedió sustitución pensional a María Albertina Suaza de Soto en calidad de cónyuge, a María Soto Bedoya, John Jarol Soto Bedoya, Jorge Andrés Soto Bedoya y Deyvid Andrey Soto Bedoya, en calidad de hijos menores de edad, representados por la señora Elicelia Bedoya Orozco, como consta en la resolución SUB 75706 de 27 de marzo de 2019 (fls. 10 y 11).

- Mediante resolución No. 2459 de 4 de mayo de 1990, el ISS decidió excluir de la nómina de pensionados a la señora María Albertina Suaza de Soto por no acreditar la condición de convivencia con el causante, como consta en la resolución SUB 75706 de 27 de marzo de 2019 (fls. 10 y 11).

En ese orden, procede la Sala a verificar si la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes que reclama.

En primer lugar, sea del caso recordar, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de precisar, es la data del deceso del pensionado lo que delimita el marco normativo dentro del cual debe

adelantarse el estudio de la prestación solicitada, hecho que en el *sub examine* acaeció el 23 de septiembre de 1988 (cd. folio 142- expediente administrativo).

Ahora bien, en el asunto de marras debe tenerse en cuenta además, que la pensión de sobrevivientes que hoy por hoy se conoce, ha tenido todo un desarrollo histórico y que, antes de la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social -Ley 100 de 1993-, no existía un régimen unificado para los trabajadores del sector público y privado, e incluso, se encontraban marcadas diferenciaciones aún dentro de estos; precisamente lo que se buscó con la expedición de la Ley 100 de 1993, fue superar las disyuntivas y eliminar las diferencias existentes entre los sectores, unificando la reglamentación de los servidores públicos y los trabajadores particulares.

En tratándose de afiliados al Instituto de Seguros Sociales, como en el caso de autos, la disposición que regía al momento del deceso del causante era el Decreto 3041 de 1966, por el cual se aprobó el Acuerdo 224 de ese mismo año que adoptó el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, en cuyo artículos20 y 21 preceptúa:

> *"**ARTICULO 20.** Cuando la muerte sea de origen no profesional, habrá derecho a pensiones de sobrevivientes en los siguientes casos:*
>
> *a. Cuando a la fecha del fallecimiento el asegurado hubiere reunido las condiciones de tiempo y densidad de cotizaciones que se exigen, según el artículo 5o para el derecho a pensión de invalidez;*
>
> ***b. Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando de pensión de invalidez o de vejez según el presente reglamento.***
>
> ***ARTICULO 21. La pensión a favor del cónyuge sobreviviente será igual a un cincuenta por ciento (50%)** y la de cada huérfano con derecho igual a un veinte por ciento (20%) de la pensión de invalidez o de vejez, que tenía asignada el causante, o de lo que le habría correspondido a la fecha del fallecimiento excluidos los aumentos dispuesto en el artículo 16 del presente reglamento. Cuando se trate de huérfanos de padre y madre, la cuantía de la pensión se elevará hasta el treinta por ciento (30%) para cada uno" (Negrilla de la Sala).*

Conforme a lo anterior, no se aprecia que la normatividad aplicable al caso, tenga prevista la convivencia con el causante al momento del fallecimiento de éste último como requisito de la cónyuge para acceder a la sustitución pensional, siendo el único requisito para ello, acreditar la condición de cónyuge, no así para el caso de la compañera permanente quien solo podía acceder a la prestación en forma supletoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 90 de 1946, que viabilizaba su derecho solo a falta de la viuda y hubiera hecho vida marital con el causante dentro de los tres años anteriores a su deceso.

En este sentido, como ya se señaló, el vínculo matrimonial de la demandante con el señor David Soto Buitrago, se acreditó con el registro civil de matrimonio (cd. folio 142 expediente administrativo) en el que se constata que las nupcias ocurrieron el 19 de junio de 1950, documento en el que no obra anotación de la liquidación o disolución de la sociedad conyugal.

Consta en el expediente que mediante la resolución No. 2100 de 18 de mayo de 1989, el Instituto de Seguros Sociales le reconoció la sustitución pensional a María Albertina Suaza de Soto en calidad de cónyuge supérstite de David Soto Buitrago y a los cuatro hijos menores de edad para entonces, que el causante procreó con Elicelia Bedoya (fl. 10). Ahora en la resolución 002459 de 1990 (folios 96 y 97), consta que la señora Elicelia Bedoya manifestó inconformidad frente lo decidido en la resolución 2100 de 18 de mayo de 1989, argumentando que fue ella y no María Albertina Suaza, quien convivió con el causante hasta su fallecimiento.

Con tal motivo el Instituto de Seguros Sociales adelantó una investigación administrativa a partir de la cual comprobó que la señora María Albertina Suaza de Soto, a la fecha de fallecimiento del causante no hacía vida marital con éste por lo que dispuso excluirla como beneficiaria, con base en lo dispuesto en el art. 7° del Decreto 1160 de 1989, decisión que fue confirmada en la resolución SUB 1552 de 4 de enero de 2019 (folios 19 y 20), resolución SUB 75706 del 27 de marzo de 2019 (fls. 10 y 11) y DPE 2472 de 3 de mayo de 2019 (fls. 12 a14).

Igualmente, la demandada aportó al paginario el expediente administrativo correspondiente al señor Pedro Pablo Taborda (cd. folio 158), en el que entre otros documentos, obra sentencia de primera instancia proferida por el juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira de 29 de agosto de 2006, mediante la que fue condenado el Instituto de Seguros Sociales al pago del incremento del 14% por compañera a cargo, por haber encontrado acreditada su convivencia con María Albertina Suaza de Soto, quien no trabaja y depende económicamente de él, decisión que fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira en sentencia de 24 de octubre de 2006, que también se aportó al plenario. Así mismo se tiene que la señora Elicelia Bedoya, con quien hacía vida marital el causante, falleció el 1° de noviembre de 1994, como se extrae de la providencia emitida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Tuluá (folios 110 y 111).

De lo anterior, queda en evidencia, que tanto el señor David Soto Buitrago, como la señora María Albertina Suaza de Soto, a la fecha de fallecimiento de éste, sostenían convivencia permanente con Elicelia Bedoya Orozco y Pedro Pablo Taborda, respectivamente, sin embargo, contrario a lo afirmado por el recurrente, esta particularidad, no impide que la aquí demandante sea beneficiaria de la sustitución pensional que reclama, pues recuérdese, el Decreto 3041 de 1966, por el cual se aprobó el Acuerdo 224 de ese mismo año, aplicable al caso en estudio, no exige para la procedencia de la prestación, la convivencia del (la) cónyuge con el causante, como si lo hace con el (la) compañero (a) permanente a falta de cónyuge. Por tanto, a la demandante únicamente le corresponde, como en efecto lo hizo, acreditar su calidad de cónyuge del causante.

En este sentido, la Sala no acoge los argumentos de Colpensiones, relativos a la acreditación de convivencia por parte de la demandante con el causante para la data de su fallecimiento, en el entendido que no es posible exigir requisitos distintos a los previstos en la ley para el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, y como ya se ha señalado, la norma aplicable al caso bajo estudio (Decreto 3041 de 1966) exige únicamente que se acredite la calidad de cónyuge, que está plenamente acreditada.

En consecuencia, las quejas del apelante son absolutamente infundadas, pues perdió de vista que el fallecimiento del causante ocurrió el 23 de septiembre de 1988 y por ello no resultan aplicables a esta controversia las disposiciones contenidas en el Decreto 1160 de 1989, que empezó a regir a partir de su publicación en el Diario Oficial el 6 de junio de 1989, teniendo en cuenta que en principio, las leyes sociales por ser de orden público son irretroactivas y por lo mismo, rigen hacia el futuro.

Por tanto, se acompaña la decisión de la juez de primer grado, relativa a la procedencia de la sustitución pensional a favor de la demandante, a partir del 23 de septiembre de 1988, fecha de fallecimiento del causante, junto con las mesadas adicionales y aumentos de ley.

En relación con la excepción de prescripción, propuesta por Colpensiones (fl. 134), a quien se tuvo por contestada la demanda mediante auto de 25 de marzo de 2021 (folio 148), debe señalarse en el presente asunto el derecho a la pensión de sobrevivientes se hizo exigible el 23 de septiembre de 1988 fecha en que falleció David Soto Buitrago**,** y la demandante acudió a reclamar la prestación pensional el 26 de octubre de 2018, es decir, cuando ya había operado el término trienal extintivo

(Art. 151 C.P.L. y SS y 488 del C.S.T.). En consecuencia, el término trienal se contabiliza tomando en cuenta la fecha de presentación de la demanda, que fue el 18 de noviembre de 2019 (fl. 126) y como la demanda fue admitida el 9 de diciembre de 2019 (fl. 127) y la notificación a la demandada se surtió dentro del año siguiente (fl. 130) es decir, dentro del término establecido en el artículo 94 C.G.P., se encuentran afectadas por el fenómeno extintivo las mesadas causadas con anterioridad al 18 de noviembre de 2016.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el recurso de apelación y 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 los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 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

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

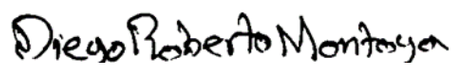
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NUBIA ROMERO CASTRO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A (RAD. 08 2020 00157 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderado sustituto 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 apoderada principal de la entidad, conforme escritura pública N° 120del 1 de febrero de 2021. (fl.15)



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por Porvenir S.A. (fls. 4 a 8) y Colpensiones (fls. 10 a 13) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante y las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 08 Laboral

del Circuito de Bogotá DC, el pasado 7 de febrero de 2022 *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 31:59, carpeta "18Audiencia 07 FEB 22", archivo "General-20220207_091750-Grabación de la reunión (1)", expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de la señora NUBIA ROMERO CASTRO, realizado del régimen de prima media al RAIS, acaecido el 23 de octubre de 2001, mediante su afiliación a PORVENIR S.A. por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional de la señora NUBIA ROMERO CASTRO*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la demandada PORVENIR., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora NUBIA ROMERO CASTRO, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil aplicable por remisión analógica del artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva la PORVENIR y que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a que una vez se materialice el traslado de régimen aquí ordenado, en virtud de la ineficacia de traslado referida en precedencia, proceda de forma inmediata a estudiar, reconocer y pagar de forma indexada la pensión de vejez en favor de la demandante conforme lo dispuesto en la ley 797 de 2003 y teniendo en cuenta los parámetros fijados en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEXTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante.*
>
> ***SÉPTIMO:** Sin condena en costas en esta instancia, ante su no causación.*
>
> ***OCTAVO:** Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, REMÍTANSE las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, D.C. –Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad."*

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

En primer lugar, el apoderado de la demandante interpone recurso de apelación, solicitando se conceda la pensión a partir de la fecha en la cual la

actora cumplió con los requisitos, indica desde el 20 de mayo de 2019, por cuanto se demostró en el proceso, conforme a las documentales y testimoniales la mala fe de las demandadas. Advierte, la negligencia de las entidades no se le pueden trasmitir al afiliado, de acuerdo a lo expuesto por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, las cuales indican que se deben indemnizar los perjuicios a los afiliados, en consecuencia, de la negligencia.

Finalmente, solicita se condenen en costas a las entidades demandadas. *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 33:47, archivo "carpeta "18Audiencia 07 FEB 22", archivo "General-20220207_091750-Grabación de la reunión (1)", expediente digital)* [1]*.*

A su turno PORVENIR, apeló de manera parcial aduciendo que en el presente caso no se configuró ningún tipo de nulidad o ineficacia, advierte, que, conforme a lo estipulado en la ley, cuando no se garantice el traslado de régimen pensional, se imponen sanciones al responsable de ese tipo de actos atentatorios, actos que dentro del presente asunto no se configuran, en la medida que la AFP le garantizó a la actora su permanencia en el régimen pensional.

Frente al deber de información estima, en el interrogatorio de la parte actora se colige que recibió información necesaria, clara, oportuna, y veraz y que el motivo de su solicitud de ineficacia no es otro que obtener una mesada superior y PORVENIR S.A, no tenía certeza que los aportes que efectuaría la

---

[1]***Apoderado demandante (33:47):*** *Su señoría (inaudible) parcialmente en relación con la nulidad, ahora respecto de la pretensión cuarta en adelante interpongo el recurso de apelación con el fin de que se le conceda la pensión a partir de la fecha en la que cumplió los requisitos para tal, 20 de mayo de 2019, la anterior teniendo en cuenta que se demostró en este proceso tanto de la documental como la testimonial la mala fe de las actoras en este PORVENIR e inclusive COLPENSIONES, o el régimen de prima media bajo el que venía afiliada 0mi cliente.*
Lo anterior, con el siguiente fundamento si la negligencia de las entidades no se le puede trasmitir al afiliado y aquí hay una mala fe y una negligencia clara tanto del fondo PORVENIR, como de COLPENSIONES, y se fundamenta esto en fallo de la Corte Constitucional que así lo manifiesta y en los fallos de la Corte Suprema de Justicia, en el que manifiesta que se debe indemnizar y se deben cancelar los perjuicios cancelados a los afiliados por la negligencia en su no dar al afiliado la doble afiliación como debería ser en derecho. conforme solicito que igualmente se condene a las partes a las Costas y gastos procesales, pues se trata de entidades que actuaron de mala fe, bajo ese parámetro su señoría sustento el recurso de apelación. Muy amable y muchas gracias.

actora a través del tiempo disminuirían o aumentaría su mesada pensional en RPM. Respecto a la carga de la prueba, no está de acuerdo con el despacho. En el presente caso, para la época la AFP solamente requería que la asesoría se hiciera en forma verbal y ello constaba en la firma del formulario de afiliación.

De otro lado, menciona que a través del formulario no se puede evidenciar ningún tipo de vicio en el consentimiento y dicho documento es la constancia que en efecto se le entregó la información a la actora para el momento del traslado. No obstante, en caso de mantenerse la decisión, solicita se absuelva a la entidad de la condena de retornar los gastos de administración a COLPENSIONES, toda vez que la AFP cumplió con lo establecido en la ley. Además, al ser retornados se estaría generando un enriquecimiento sin causa[2].

[2]***Apoderado PORVENIR (35:34):*** *Su señoría muchas gracias, bueno estando dentro de la oportunidad procesal pertinente respetuosamente procedo a interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá -Sala laboral, en contra del numeral primero de la sentencia dictada por el honorable despacho, el numeral segundo y el numeral tercero. Lo anterior, en la medida que en el presente asunto no se configuró ningún tipo de nulidad o ineficacia y me aparto de esta decisión del honorable despacho en el sentido pues que la ley 100 del 93, lo que nos señala en su artículo 271 es que en el evento que pues no se garantice o no se permita a la parte actora al régimen pensional, pues se imponen unas sanciones del empleador o de la persona que genere este tipo de actos atentatorios, actos que pues dentro del presente asunto no se configuran, en la medida que pues mi representada le garantizo a la actora su permanencia en el régimen pensional.*
Así mismo, me aparto de la decisión del despacho en relación con manifestar que no se le dio la información de manera oportuna, completa, suficiente, diciéndole las características e incidencias de su traslado, que no fue un consentimiento evidentemente informado, esto lo anterior, me aparto de la decisión del despacho, en la medida pues que la parte actora como quedo manifestado en el interrogatorio de parte en efecto recibió información necesaria, clara, oportuna, y veraz, lo cual evidencia que la actora su motivación de traslado no era más que tener una mesada pensional superior al Instituto de Seguros Sociales, que generarían unos intereses, situación está que como lo manifesté en mis alegatos de conclusión a través del tiempo, es una situación en condición cambiante, esto pues teniendo en cuenta como lo manifestó la parte actora que es producto de unos intereses que se generan por concepto de esa administración que se hace de esos recursos. Entonces, en este evento pues es claro que no se actúa de mala fe por parte de PORVENIR S.A, pues mi representada no tenia plena certeza de que los aportes que efectuaría la actora a través del tiempo le disminuirían o aumentaría esa mesada pensional.

Así mismo, pues me apartó de la posición del despacho y pues la postura que ha mantenido la Honorable Corte en el sentido de trasladarle la carga de la prueba a las AFP, en este caso pues a PORVENIR, en el sentido pues si bien es cierto se han hecho más exigentes esos requisitos y esa constancia que se le haya dado la información a los futuros afiliados, en el caso en concreto pue para el estado de tiempo en el que nos encontrábamos, mi representada lo único que requería que constará esa información en el formulario de afiliación y que se diera de manera verbal, y es cierto me mantengo en esta postura, alegándome que si bien se tiene en cuenta que han cambiado estos presupuestos porque mi representada para este estado de tiempo, no podría saber las condiciones de la honorable Corte aumentaría, en el sentido de dejar otro tipo de constancia, si bien es cierto como lo manifiesta el honorable despacho, al

Por último, COLPENSIONES solicita se revoque de manera integral la sentencia y se absuelva a la entidad. Expone no encontrarse de acuerdo con el argumento de la a quo relativo a no haberse aportado elementos de convicción, en los cuales se pudiese acreditar el cumplimiento del deber de información. Considera, en este tipo de procesos las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se realiza el traslado, no se pueden demostrar con otro tipo prueba diferente al formulario; para el momento en el que la demandante se traslada de régimen pensional, únicamente existía la obligación de suscribir el formulario de afiliación. Además señala, la inconformidad de la demandante radica en la diferencia de la mesada pensional que pueda recibir en el RAIS, en comparación con la que pudiese

---

trasladarse la carga de la prueba mi representada PORVENIR S.A, tendría otro medio probatorio, ya sería prueba testimonial o documental u otro medio de prueba, lo cierto es que como ya lo he reiterado mi representada solo se le requerían dos requisitos, que era el formulario y la información verbal, pues al cambiar esta postura y al pretender que mi representada llegue a otro tipo de prueba u otro medio de prueba, lo cierto es que estaría a mi representada a que allegue una prueba que en efecto no existe, por la buena fe que siempre ha actuado por parte de PORVENIR, en el sentido que no sabía que la posición de la Corte cambiaria y prácticamente requeriría otro tipo de documento.

Así mismo, ruego se tenga en cuenta o mejor me aparto de la decisión del despacho en el sentido que no se puede tener el formulario como prueba del consentimiento informado, lo anterior si bien es cierto, el despacho que este manifiesta que no hubo ningún, que a través del formulario se puede evidenciar ningún tipo de vicio en el consentimiento, lo cierto es que pues adicional a esto es la constancia que en efecto se le entrego la información a la actora y da constancia de hecho que fue una información oportuna, detallada y pertinente para el momento del traslado.

En estos términos pues le ruego al Honorable Tribunal superior de Bogotá Sala Laboral se tenga en cuenta lo manifestado en la contestación de la demanda, los alegatos, en el recurso de apelación aquí sustentado y finalmente se tenga en cuenta o en caso que se mantenga la decisión por el Honorable Tribunal de declarar la ineficacia de ese traslado, pues se absuelva a mi representada de la condena de retornar los gastos de administración a COLPENSIONES, pues lo anterior, teniendo en cuenta que mi representada cumplió con lo establecido en la ley 100 del 93, en su artículo 15 y estos es como sucede en el régimen de prima media con prestación definida, por la administración de esos recursos se generan un descuento por gastos de administración, lo cual mi representad no lo hizo de mala fe, así miso al ordenar este traslado por gastos de administración se estaría generando un enriquecimiento sin causa en favor de PORVENIR S.A (sic), y no menos importante que pues mi representada con este, durante este tiempo que estuvo la actora vinculada con PORVENIR S.A, se generó esos intereses en favor de COLPENSIONES, por producto de esa administración, por lo cual si la actora hubiese continuado en el régimen de prima media en efecto esa mesada, esos aportes por concepto de pensión serían constantes y no generarían algún tipo de rendimiento.

En estos términos ruego al honorable Tribunal Superior de Bogotá, se absuelva a mi representada en lo ya manifestado y en caso pues de mantenerse la decisión de declaratoria de la ineficacia no se condene al traslado de los gastos de administración, y no menos importante porque estos no hacen parte de la mesada pensional. Su señoría muchísimas gracias.

recibir en prima media, lo que no es razón suficiente para declarar la ineficacia del traslado.

Finalmente, si se acredita el incumplimiento de las obligaciones legales dentro del traslado de régimen pensional, dicho incumplimiento es atribuible única y exclusivamente a PORVENIR, y en consecuencia si se genera un perjuicio al afiliado debería repararlo la AFP PORVENIR, y no COLPENSIONES porque ello implicaría eventualmente una desfinanciación del régimen de prima media[3].

---

[3] **Apoderado COLPENSIONES (42:25):** Señora juez gracias, COLPENSIONES interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia para que sea resulta por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, recurso que se sustenta en el hecho que respetuosamente COLPENSIONES no comparte los argumentos de instancia, y que llevan a la señora juez a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la señora Nubia Romero Castro, indica la señora juez entre otras cosas que no se aportaron medios probatorios, elementos de convicción, en los cuales se pudiese acreditar el cumplimiento del deber de información y aunado a lo anterior, hace la salvedad que no se está requiriendo un medio probatorio inminentemente documental, sino que se puede o se podía acreditar dicha obligación con cualquier de los medios probatorios permitidos en la ley.
Considera COLPENSIONES que en procesos como el que nos ocupa teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se realiza el traslado, evidentemente no existe una prueba documental, testimonial o cualquier otro tipo de medio probatorio, diferente al formulario de afiliación del cual se pueda acreditar el eventual cumplimiento de obligaciones relacionadas con el deber de información, para el momento en el que la demandante la señora Nubia Romero se traslada de régimen pensional, únicamente existía la obligación de suscribir el formulario de afiliación, no existía obligación relacionada con documentar la asesoría del traslado o realizar escenarios comparativos entre uno u otro régimen pensional, de forma que exigir la acreditación del deber de información a través de cualquiera de los medios probatorios permitidos en la ley como lo indica la señora juez, pues es una carga probatoria que se pueda acreditar. En esa medida considera COLPENSIONES se debe analizarse cuales eran las exigencias en la época en la cual en este caso la demandante se traslada de régimen pensional, para determinar si se cumplieron o no dichas obligaciones, y si eventualmente el traslado de régimen pensional se torna eficaz o no.

En este tipo de procesos es evidente que la inconformidad o el perjuicio o la molestia que motiva a la reclamación y la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, es la diferencia de la mesada pensional que pueda recibir un afiliado del régimen de ahorro individual, en comparación con la que pudiese recibir un afiliado del régimen de prima media. Esta situación por si misma, considera COLPENSIONES no es una causal para declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional, más aun cuando esas diferencias de las mesadas pensionales en uno u otro régimen pensional no son atribuibles, en este caso ni a PORVENIR ni a COLPENSIONES, toda vez que tiene que ver con la naturaleza y las características propias de cada uno de los regímenes pensionales y sobre ese tema hay algunas aclaraciones de voto la Corte Suprema en sede de Casación Laboral ha indicado que cuando el afiliado no cumple su expectativa pensional o plan de pensiones, no esta legitimidad para pretender la ineficacia o anulación del traslado del régimen pensional.

Finalmente, no es un punto que este mencionado o desarrollado en la jurisprudencia de la Corte, considera COLPENSIONES que si eventualmente se acredita incumplimiento de obligaciones legales, en el traslado de régimen pensional de la demandante, ese incumplimiento es atribuible única y exclusivamente a PORVENIR, y si ese incumplimiento generó un perjuicio al afiliado, en este caso la señora Nubia Romero, perjuicio que se ve demostrado, se acredita con la diferencia en el valor de la mesada pensional, ese perjuicio debería repararlo e indemnizarlo PORVENIR, y no trasladar eventualmente esa carga prestacional a COLPENSIONES, lo que implicaría eventualmente una desfinanciación del régimen de prima media, teniendo en cuenta que en este caso la demandante la señora Nubia Romero no cotiza, no esta afiliada al régimen de prima media desde hace más de 20 años, 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 en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(páginas 6 y 7, archivo "02. Demanda 157.pdf", expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 2 a 6, ibídem),* aspirando se declare la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con la AFP PORVENIR S.A. En consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A, a trasladar los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la demandante, como las cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado. Así mismo, se condene a COLPENSIONES a recibir a la actora, así como recibir los valores obtenidos en el RAIS y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas por la demandante en el RPM. De otro lado, solicita se ordene a COLPENSIONES reconozca y proceda a pagar la pensión de vejez, conforme a la ley 100 de 1993, así como los intereses moratorios, mesadas ordinarias y extraordinarias debidamente indexadas. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR S.A, disponiendo a dicha entidad a trasladar todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración

---

forma que incluso con el traslado de los saldos de la cuenta personal, los rendimientos financieros y los gastos de administración que ordena el despacho, eventualmente ni siquiera se podría financiar en su totalidad o gran parte de la prestación de vejez que le podría corresponder a la señora Nubia Romero, y eso reiteró genera una desfinanciación del régimen de prima media. Siendo lo correcto que acreditado el incumplimiento o perjuicio que generó dicho incumplimiento por parte de PORVENIR, en el caso especifico de la demandante, sea esta administradora de pensiones quien asuma eventualmente las diferencias o el valor de los perjuicios de acuerdo a lo que considere la parte demandante. Por estas razones señora juez se solicita a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se revoque íntegramente el fallo de instancia y se absuelva a COLPENSIONES de las condenas impuestas. Muchas gracias.

debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos e intereses. En consecuencia, a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que sean retornados de PORVENIR, y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora. Se ordenó a COLPENSIONES que una vez se materialice el traslado de régimen aquí ordenado, en virtud de la ineficacia de traslado, proceda de forma inmediata a estudiar, reconocer y pagar de forma indexada la pensión de vejez en favor de la demandante conforme lo dispuesto en la ley 797 de 2003. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

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 mayo de 1962 *(página 3, archivo "03. Anexos 157.pdf", expediente digital),* por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 17 de septiembre de 2019 *(página 29, archivo "03. Anexos 157.pdf", expediente digital)* y ante PORVENIR el 16 de septiembre de 2019 *(página 33,*

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

archivo "03. Anexos 157.pdf", expediente digital) esto es, cuando ya contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 713,29 semanas entre las cotizadas al sistema y tiempos de servicio público que corresponden a 13,8 años *(páginas 139 y 140, archivo "08.1. CONT 2020 00157 NUBIA ROMERO CASTRO VS PORVENIR.pdf", expediente digital),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Conforme lo anterior, y previo a continuar con el estudio correspondiente, teniendo en cuenta el certificado expedido por el subdirector de Gestión de personal de la UAE- DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES[5], se tiene que la demandante laboraba para dicha entidad por lo menos para el 6 de diciembre de 2019, situación que se corrobora con la certificación mencionada 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 la reclamación del derecho pensional, frente al que la juez adelantó estudio, considerando que la actora cumple con la edad y densidad de semanas requerida para su reconocimiento y condenó a COLPENSIONES a que una vez se materialice el traslado de régimen, proceda a estudiar, reconocer y pagar la pensión de vejez a la actora, sería del caso adentrarnos también al estudio del derecho pensional solicitado; no obstante, teniendo en cuenta la historia laboral consolidada expedida por Porvenir S.A. *(páginas 127 A 137, archivo "08.1. CONT 2020 00157 NUBIA ROMERO CASTRO VS PORVENIR.pdf", expediente digital),* la última cotización que consta para la fecha de expedición de dicho documento, fue para el ciclo de enero de 2021, al servicio de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS y ADUANAS NACIONALES – DIAN, y por ende

[5]*Certificado del 6 de diciembre de 2019, vinculada a la Dirección de impuestos y aduanas nacionales en el cargo de Analista II Código 202 Grado 2 (página 28, archivo "03. Anexos 157.pdf", expediente digital)*

ostentaba la calidad de empleada pública[6], pese a que la pretendida nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de régimen pensional al RAIS mediante afiliación a una AFP de carácter privado, si es de competencia de esta jurisdicción, no ocurre lo mismo frente a la reclamación de reconocimiento del derecho pensional, la cual, en los términos del numeral 4° del artículo 104 del C.P.A.C.A. deberá ser reclamada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debiendo declararse la Sala incompetente para solventar la discusión de fondo frente a la misma, siguiéndose la revocatoria de la decisión de la juez a quo es este aspecto y en su lugar declarar la falta de competencia de esta jurisdicción. Así se resolverá en este punto.

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 **23 de octubre de 2001** con fecha de efectividad a partir del **01 de diciembre de 2001** *(página 63, archivo "08.1. CONT 2020 00157 NUBIA ROMERO CASTRO VS PORVENIR.pdf", expediente digital),* por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedida por ASOFONDOS y el formulario 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*

[6]*Certificado del 6 de diciembre de 2019 (página 28, archivo "03. Anexos 157.pdf", expediente digital)*

y voluntaria" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

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

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

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

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

acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[7], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la

naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[9] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues indicó que en el año 2001, fue al edificio donde trabajaba, una asesora de Porvenir, le llenó el formato de afiliación y ella lo firmó de buena fe, le dijo que se pensionaba con menos edad y una mesada mayor, pero en definitiva no le informaron nada en relación con las características del régimen.

Tampoco luce acreditado con el interrogatorio del representante legal[10] de la demandada PORVENIR, pues se limitó a indicar que los asesores son permanentemente capacitados para brindar información idónea, completa y veraz a los afiliados, por lo cual es una obligación brindar la asesoría de manera verbal para esa época, además que el formulario de afiliación era el único documento que se suscribía.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.) *(Página 24, archivo "03. Anexos 157.pdf", expediente digital),* este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa *(páginas 65 a 67, archivo "08.1. CONT 2020 00157 NUBIA ROMERO CASTRO VS PORVENIR.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

[9] Audiencia virtual 02 de noviembre de 2021, récord 13:57.
[10] Audiencia virtual 02 de noviembre de 2021, récord 43:34

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 –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, frente a la vigencia del deber de información, 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 este 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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

Como se ve, ya para el año 2001, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen **(23 de octubre de 2001, efectivo el 01 de diciembre de 2001),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen

pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, de todos los costos cobrados 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 con relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A, relacionados a los gastos de administración, el porcentaje

dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad, 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 y los demás conceptos en aras de completar nuevamente el aporte.

Así, 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, 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 estos dineros incumbe a todas las administradoras del régimen de ahorro individual en la 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 propuesta por COLPENSIONES *(Página 5, Archivo "07.1. Contestacion Demanda 2020 - 157.pdf", expediente digital)* entidad a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es

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

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

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

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

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de la 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 cual contiene el principio general, según el cual *"se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (…)"*, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a la parte demandada , lo atinente a derecho es que sean condenadas en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, por lo que se revocará la sentencia de primer grado en cuanto a no haberse condenado en costas y en su lugar, condenar el pago de las mismas a cargo de las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se revocará el ordinal quinto de la sentencia apelada y en su lugar se declarará la falta de esta especialidad laboral para resolver frente al anhelo pensional de la demandante y confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el numeral QUINTO de la sentencia apelada y en su lugar DECLARAR LA FALTA DE COMPETENCIA de la especialidad laboral, para resolver el derecho pensional de la demandante, conforme lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral SÉPTIMO de la sentencia apelada y consultada y en su lugar **CONDENAR** en costas de primera instancia a las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Octavo (8) 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 DE JOSE DANIEL SALINAS ALVARADO CONTRA TALENTUM COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, UMAF LTDA. Y HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ Y ARL LIBERTY SEGUROS DE VIDA (RAD. 09 2013 00882 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la Cooperativa de Trabajo Asociado TALENTUM (folios 516 y 517), y por el Hospital Infantil Universitario de San José (folio 549 a 551), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez 9 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de septiembre de 2021 *(Audiencia Virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams record 25:23)*, en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** que entre el demandante JOSE DANIEL SALINAS ALVARADO y LA FUNDACIÓN HOSPITAL SAN JOSE existió un contrato de trabajo que inició el 03 de marzo de 2010 y finalizó el 10 de agosto de 2011, para desempeñarse como auxiliar de enfermería.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** que la COOPERATIVA DE TRABAJO SOCIEDAD TALENTUM actuó como simple intermediaria en la relación laboral declarada en el numeral anterior.*
>
> ***TERCERO: ABSOLVER** a al HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO SAN JOSE y a la COOPERATIVA DE TRABAJO SOCIAL TALENTUM LTDA y a ARL LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A, COMPAÑÍA DE SEGUROS*

BOLIVAR S.A de cada una de las pretensiones incoadas en su contra en el presente asunto por el señor JOSE DANIEL SALINAS ALVARADO.

***CUARTO: DECLARAR** probadas las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación respecto del HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSE, COOPERATIVA DE TRABAJO SOCIAL TALENTUM LTDA y a COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.*

***QUINTO: LAS COSTAS** estarán a cargo de la parte demandante y en favor de las demandadas, fíjense como agencias en derecho la suma de $800.000 pesos, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de este fallo.*

***SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente sentencia remitasé ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, a fin de que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social".*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, por considerar que la decisión de primer grado se aparta de los mandatos legales porque aunque consideró que si existe un contrato de trabajo con el hospital demandado y que la cooperativa actuó como simple intermediario, su representado termina condenado en costas.

Estimó frente a la prescripción no se puede culpar a la parte demandante por la mora en los procesos judiciales; la demanda se presentó a tiempo y se notificó a tiempo a la cooperativa. A su juicio el término de un año para notificar a la demandada que establece el Código General del Proceso no es aplicable en materia laboral, porque el proceso inició antes de la expedición del CGP y porque existe norma especial como lo es el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. Dijo, la mora del juzgado no puede servir para hacer nugatorio el acceso a la justicia del demandante, situación que a su juicio es totalmente ilegal.

Le pareció curioso que habiéndose declarado la existencia de un contrato de trabajo con el Hospital y que la cooperativa demandada actuó como un simple intermediario y en consecuencia debe responder solidariamente, se absuelva a ésta última, porque el término prescriptivo no operó respecto a la cooperativa, que en su sentir debe responder por las prestaciones salarios y demás pretensiones de la demanda.

Solicitó se acceda a todas las pretensiones de la demanda como horas extras, dominicales y festivos, sanción por no consignación de las cesantías, cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, indemnización por accidente de trabajo, indexación, costas y lo ultra y extra petita, se determine que no operó el fenómeno prescriptivo, aclarando, que no interpone apelación frente a la pensión de invalidez.[1].

---

[1] **Apoderado demandante (27:03):** Gracias señoria manifiesto al despacho que presentó recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de dictar, por considerar que se aparta de los mandatos legales y procesales que existen en nuestro país, con el respeto que se merece , considero que hay un exabrupto jurídico en la decisión que se ha tomado, pues a pesar de definir que si existe un contrato laboral con el HOSPITAL y que la COOPERATIVA fue un simple intermediario termina mi representado en costas, esto es la verdad inaudito.

Sobre el tema de la prescripción con el HOSPITAL no se puede culpar a la parte actora de la demora en los procesos judiciales, la demanda fue presentada en tiempo y fue notificada a la cooperativa en tiempo, lo del año para notificar que tiene el Código General del Proceso no es aplicable, en primer lugar, porque este proceso inicio antes de la expedición del Código General del Proceso y porque en materia laboral existe un Código Procesal del Trabajo que es el que se maneja en este tipo de procesos, y cuando no existe norma se trae por analogía el Código General del Proceso, pero en este tema procesal no se aplica el Código General del Proceso. Entonces al hablar que el auto fue proferido después de 4 o 5 años, eso no se le puede endilgar al actor y que las consecuencias de la demora d el ajusticia o del juzgado sean aplicables para negarle o hacerle nugatoria el acceso a la justicia al actor. Entonces en primer lugar, ese término de la prescripción pues realmente me deja desconcertado y parece que pues que es totalmente ilegal al desconocer los derechos de mi mandante.

Por otra parte, parece curiosa como dice que existe un contrato con el HOSPITAL que la COOPERATIVA fue un simple intermediario que debe responder solidariamente pero se absuelve también a la COOPERATIVA, no entiendo de donde sale que a pesar de que debe responder solidariamente no se le condena a la COOPERATIVA, en caso en que se hubiese llegado a presentar el término prescriptivo con el HOSPITAL, pues con la COOPERATIVA no se dio jamás, entonces todas las pretensiones prestacionales, salariales y demás que se solicitaron en la demanda pues deberían estar siendo condenadas en contra de la COOPERATIVA, entonces realmente hay un exabrupto jurídico que no logró comprender en este momento.

Obviamente, la pretensión, la apelación se presenta sobre todas las pretensiones, que es, en cuanto a que se declare la relación laboral, que se aplique el principio de la primacía de la realidad, tal como se hace en la parte resolutiva que se dice que existió un contrato de trabajo y pues termina siendo condenado en costas mi cliente pues realmente sorprendente. En cuanto, a las pretensiones condenatorias que se hablo del pago de las horas extras, pago de trabajo dominical y festivo, indemnización por no consignación de las cesantías, es increíble que no se haya analizado este punto, pago de las cesantías dejadas de consignar, tampoco se analizó, pago de los intereses sobre las cesantías, pago de prima de servicios, pago de vacaciones, pago de indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, las correspondientes cotizaciones, pago de la indemnización ordinaria por el accidente del trabajo, la indexación laboral, las costas, lo que extra y ultra petita se haya logrado probar en el proceso. Entonces en este orden de ideas pues apeló la sentencia para que se analicen todos estos puntos por el Tribunal, se determine que efectivamente no existió el término, el fenómeno de la prescripción como lo dice el juzgado, pues toda la argumentación de la

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 DANIEL SALINAS ALVARADO en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda, expediente físico folios 63 a 65, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 65 y 66 del mismo expediente, aspirando se declare que la relación del actor con la cooperativa convocada fue una simulación para ocultar una verdadera relación laboral con los propietarios del Hospital Infantil Universitario San José y la cooperativa Talentum actuó como simple intermediaria. Como consecuencia de estas declaraciones, se les condene solidariamente al pago de horas extras, dominicales y festivos, sanción por no consignación de las cesantías, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, aportes a seguridad social, indemnización de perjuicios por accidente sufrido por culpa patronal, pensión de invalidez, indexación, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo en primera instancia una decisión desfavorable, en la que a pesar de haberse declarado la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la Fundación Hospital San José del 3 de marzo de 2010 al 10 de agosto de 2011 y la CTA TALENTUM actuó como simple intermediario, declaró probada la excepción de prescripción. Para arribar a esta decisión, Encontró acreditado que el demandante en calidad de asociado a la cooperativa, prestó sus servicios personales como auxiliar de enfermería en el hospital Infantil Universitario San José,

---

sentencia la inteligencia de la sentencia está encaminada a reconocerle los derechos a mi mandante pero con un soslayando la interrupción del término prescriptivo sale le Juzgado determinando que una prescripción y que por lo tanto absuelve a todas las demandadas de los derechos que se ha dicho deben reconocerle a mi mandante.

Entonces en este orden de ideas le solicito al Honorable Tribunal que con la misma inteligencia que presenta la sentencia que está encaminada que todos los derechos de mi mandante están son claros, se revoque la sentencia y se condene a todas las pretensiones de la demanda pues es claro que se tiene derecho a las mismas. Dejo así presentado mi recurso de apelación. Gracias su señoria.

cumplió horario y estaba subordinado a esa entidad hospitalaria, que fungió en la realidad como empleador del aquí demandante. En relación con la excepción de prescripción recordó que el artículo 94 del C.G.P. establece, la presentación de la demanda interrumpe la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre y cuando el auto admisorio se notifique al demandado dentro del año siguiente a partir del días siguiente a la notificación de dicha providencia y cuando son varios los demandados y existiera entre ellos litisconsorcio necesario, será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan los efectos de la interrupción del fenómeno prescriptivo.

Recordó, la relación laboral declarada terminó el 10 de agosto de 2011 sin que se formulara reclamación escrita ante el empleador; la demanda se presentó el 6 de diciembre de 2013 y se admitió el 6 de marzo de 2014 y aunque las demandadas TALENTUM CTA y UMAF LTDA fueron notificadas dentro del término establecido en el artículo 94 CGP, la vinculación al Hospital Universitario San José como litisconsorte necesario, se produjo mediante providencia del 16 de abril de 2016 y fue notificado personalmente el 11 de junio de 2016, frente a dicha entidad hospitalaria que es la llamada a responder en forma principal por los derechos pretendidos operó el fenómeno prescriptivo por haber transcurrido 4 años 8 meses y 7 días entre la fecha de la terminación del contrato y la de su integración a la Litis, excepto frente a las pretensiones relativas a los aportes a seguridad social y la pensión de invalidez, que fueron estudiados de fondo por la juzgadora y resueltos negativamente.

Establecidos los antecedentes procesales se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la 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 apellatum).

La Sala empieza por definir que no es objeto de discusión en la alzada la existencia de un contrato de trabajo entre José Daniel Salinas Alvarado y la Fundación Hospital Infantil Universitario San José entre el 3 de mayo de 2010 y el 10 de agosto de 2011 y que la Cooperativa de Trabajo Asociado TALENTUM actuó como simple intermediaria, aspecto que fue declarado por la juez a quo en su sentencia y que no fue objeto de apelación por ninguna de las partes.

Acreditada la existencia del contrato de trabajo que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales reclamados, resulta factible pasar al estudio de la excepción de **prescripción**[2], declarada por la juez a quo y punto inicial de la apelación, conviene memorar que, por regla general el término prescriptivo, a la luz del artículo 151 del CPT y de la SS, es de tres (3) años contados a partir de la fecha en que los derechos se han hecho exigibles; a su vez, el artículo 488 del CST consagra que: ***"****las acciones correspondientes a los derechos regulados en dicho Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el citado Código.* Adicionalmente el artículo 489 establece que el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.

En este orden de ideas, se tiene que en el sub judice el contrato de trabajo declarado por la juez de primer grado terminó el 10 de agosto de 2011 y la demanda fue presentada el 6 de diciembre de 2013 (folio 57), es decir, dentro del término trienal. Sin embargo la juzgadora de conocimiento declaró probada la excepción de prescripción en aplicación de lo dispuesto en el artículo 94 del CGP, aplicable a esta especialidad por remisión del artículo 145 del CPT y de la SS, que dispone:

> ***"ARTÍCULO 94. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCIÓN EN MORA.*** *La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado.*
>
> *La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.*
>
> *La notificación del auto que declara abierto el proceso de sucesión a los asignatarios, también constituye requerimiento judicial para constituir en mora de declarar si aceptan o repudian la asignación que se les hubiere deferido.*

[2] Propuesta en oportunidad por la CTA TALENTUM (fol. 265) y HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ (fol. 397) contestaciones que se admitieron por el juzgado mediante autos de 15 de julio de 2014 (fl. 267) y 17 de enero de 2017 (fol. 402), respectivamente.

> *Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos.*
>
> *El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez".*

Frente a ese tópico ha de recordarse lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Laboral, entre otras, en la SL 1533 del 2 de mayo del 2018, radicación No. 60514, en la cual se señaló:

> *"(…) se recuerda que esta Corporación, frente al tema propuesto en los cargos, ha sostenido que, entre la presentación de una demanda y su notificación, pueden presentare ciertas circunstancias que no son imputables al demandante y, en consecuencia, no pueden perjudicarle. De allí, que se admitan excepciones a lo dispuesto en el artículo 90 del CPC, y se ha aceptado que la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción, no obstante que la notificación del auto admisorio de la demanda no se efectuó oportunamente, ya sea, por negligencia del juzgado o por la elusión de la demandada.*
>
> *(…)*
>
> *Además, se precisa, que aun cuando es cierto que todo proceso se debe adelantar de manera diligente y oportuna, para realizar la finalidad de pronta y cumplida justicia, ejerciendo el Juez los poderes de dirección, así como el de velar por su rápida solución, adoptar las medidas para impedir su paralización, a través de lo que se ha llamado «oficiosidad laboral», teniendo además por presente, que es regla del derecho laboral la gratuidad de los actos procedimentales, tal como lo dispone el artículo 39 del CPTSS, no lo es menos, que a las partes les compete asumir ciertas cargas procesales, en atención a que sus resultados pueden beneficiarlos, o su olvido, los pueden perjudicar.*
>
> *Entre esas cargas, se encuentra la relativa al trabamiento de la relación jurídico procesal, que se constituye como el acto procesal necesario para garantizar el derecho de defensa y contradicción, de quien es llamado al proceso. De allí, que el beneficio dispuesto en el artículo 90 del CPC, estuviera supeditado a la notificación del auto admisorio de la demanda, dentro del año siguiente a la notificación al demandante del mismo. Así, si no ocurre esa situación, esa prerrogativa se perdería, generando, como consecuencia, la prescripción de la acción."*

Entonces acorde a lo dicho en el caso en estudio se tiene que el demandante otorgó poder a su abogado para presentar demanda ordinaria laboral en contra TALENTUM COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO y de UMAF LIMITADA como propietarios del establecimiento de comercio HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ (folio 1), en tanto la demanda fue incoada en contra de TALENTUM COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO y contra el HOSPITAL

INFANTIL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ (fl. 50). En el mismo sentido se advierte, junto con la demanda se aportó el certificado de matrícula del establecimiento de comercio *"UMAF SEDE HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSE"* (flo. 40 y 47) documento en que consta que UMAF LIMITADA identificada con Nit. 830064212-0 es su propietaria.

Mediante auto de 22 de enero de 2014 (fl. 58), el juzgado decidió inadmitir la demanda, entre otras razones porque advirtió que el "Hospital Infantil Universitario San José" es un establecimiento de comercio que carece de personería para ser demandado. En cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado, sin que el demandante objetara es decisión en cuanto al extremo pasivo, procedió a presentar nuevo poder y adecuó la demanda, dirigiéndola ésta vez contra UMAF LTDA. como propietarios del Hospital Infantil Universitario San José (fls. 60 a 63).

A tono con lo anterior, mediante proveído de 6 de marzo de 2014 (fl 70), se admitió la demanda ordinaria laboral de JOSE DANIEL SALINAS ALVARADO contra TALENTUM COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO y contra UMAF LTDA. como propietario del Hospital Infantil Universitario San José. Surtidos los trámites de notificación, la demandada UMAF LTDA. contestó la demanda el 5 de junio de 2014 (fl. 105) y la demandada TALENTUM CTA lo hizo el 10 de junio de 2014 (fl. 243).

En su contestación, la demandada UMAF LTDA. (flo. 105), refirió que no tiene ni ha tenido ningún tipo de relación con el demandante. Explicó que con el Hospital San José celebró un contrato de comodato por virtud del cual le fue asignada un área en las instalaciones físicas de la institución hospitalaria para prestar servicios terapéuticos y de rehabilitación solicitados por los clientes del comodante (hospital), pero no tiene ni ha tenido nada que ver con la contratación de personal que haga en forma directa o indirecta el hospital Universitario Infantil San José. El contrato de comodato fue aportado con la contestación (fl. 102 a 104). Teniendo en cuenta esta situación, en auto de 19 de abril de 2016 (fl. 291 y 219), el juzgado dispuso la vinculación del Hospital Infantil San José, en calidad de litisconsorte necesario y ordenó su notificación, que se surtió el 11 de junio de 2016 (fl. 307); con tal motivo, el 24 de junio de 2016 la institución hospitalaria contestó la demanda (fls.381 y ss.) y mediante auto de 17 de enero de 2017 (fl 402) el juzgado le tuvo por contestada la demanda.

En la diligencia de su notificación, la entidad hospitalaria aportó Certificado expedido por la Secretaría Distrital de Salud (flo. 306), en el que consta que *"mediante Resolución No. 002545 de julio 21 de 2006, expedida por el Ministerio de la Protección Social, se reconoció personería jurídica a la entidad denominada "FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ", como entidad sin ánimo de lucro, con domicilio en la carrera 52 No. 67 A-71, Teléfono 4-377540 ext. 5029 de la ciudad de Bogotá, D.C. Nit. 900.098.476-8"*

Del anterior recuento procesal emerge con claridad, que fue la parte demandante quien desde el poder otorgado a su abogado (flo. 1), señaló Al Hospital Infantil Universitario San José como un establecimiento de comercio y como su propietaria a la sociedad UMAF LTDA. y aunque en el encabezado de su escrito de demanda (fl. 50) señaló como accionado al Hospital Universitario San José, en el acápite de notificaciones (fl. 56) citó los datos para notificación de la sociedad UMAF como propietaria del Hospital Infantil Universitario San José y en las pretensiones de la demanda (fl. 50) también insiste en una relación laboral "con los propietarios del hospital"; además, junto con la demanda aportó el certificado de existencia y representación legal de la sociedad UMAFLIMITADA Nit 830064212-0 (fls. 46 a 49) y el certificado de matrícula de un establecimiento de comercio de nombre *"UMAF SEDE HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ" (fls. 40 a 42)*, que era precisamente el establecimiento de propiedad de UMAF LTDA. ubicado en las instalaciones del Hospital Infantil Universitario San José, por virtud del contrato de comodato celebrado (fls. 102 a 104) y que como ya se advirtió no tiene relación diferente a esta con la institución hospitalaria.

A partir de lo anterior queda al descubierto, desde un comienzo, la parte demandante enfiló su demanda en contra de UMAF LIMITADA, sociedad que según sus afirmaciones es la propietaria de la ya citada entidad hospitalaria, lo que se colige con claridad del contenido del poder, de la demanda y de los anexos con los que pretendió acreditar la existencia de la convocada y del supuesto establecimiento de comercio y fueron todas estas imprecisiones e incoherencias, las que llevaron al juzgado a inadmitir la demanda y luego, mediante auto de 6 de marzo de 2014, admitirla en contra de UMAF LIMITADA, como propietario del Hospital Infantil Universitario San José. Nótese que a esas alturas del avance procesal, la parte actora tenía certeza de la convocatoria de dicha sociedad y la calidad de

establecimiento de comercio del Hospital, pues en ningún momento hizo manifestación alguna relativa a que no fuera ésta (UMAF LTDA.) la sociedad que en realidad debía hacer parte del contradictorio.

Igualmente se constata, tras la contestación de la demandada UMAF LIMITADA y sus manifestaciones de no conocer al demandante ni ser propietario del Hospital Universitario San José, mediante auto de 19 de abril de 2016, el Juzgado decidió vincular como litisconsorte necesario a la entidad hospitalaria (fl. 291), la que acreditó su existencia y representación legal mediante la certificación expedida por la Secretaría de Salud de Bogotá (fl. 306).

Como fundamentos de su apelación, el apoderado del demandante afirmó que no pueden recaer en su prohijado las consecuencias de la demora del juzgado ni acudir a ello para negarle al actor el acceso a la justicia; que la demanda fue presentada en tiempo y notificada a tiempo a la cooperativa convocada: Sin embargo, para la Sala no son de recibo dichos argumentos, en tanto del poder, la demanda y sus anexos se evidencia, la parte actora por su propia voluntad decidió convocar a la sociedad UMAF LIMITADA y no hubo demora en el trámite impartido por el juzgado, pues habiendo sido presentada la demanda el 6 de diciembre de 2013, el 22 de enero de 2014 se emitió el auto de inadmisión y una vez presentada la subsanación, la demanda se admitió el 6 de marzo de 2014; situación bien diferente, es que la sociedad UMAF LTDA. no tuviera ninguna relación con el demandante ni con sus pretensiones y que esa situación hubiera llevado al juzgado a convocar en calidad de litisconsorte necesario al Hospital Infantil Universitario San José, entidad contra la que en realidad se debió enfilar la demanda desde sus inicios.

En ese orden de ideas, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia, en la sentenciaSL 1533 del 2 de mayo del 2018, radicación No. 60514 ya citada, aunque el juez tiene el poder de dirección del proceso, las partes deben asumir ciertas cargas procesales y por tanto el juez no puede hacerse responsable de los términos en que fue presentada la demanda, ni frente a las pretensiones o a quien se convoca como demandado, pues ello hace parte del poder dispositivo que le asiste a la parte demandante frente al derecho de acción.

Por tanto, si el Hospital que la juez a quo declaró como verdadero empleador del demandante solo vino a comparecer al proceso, tras dos años de haberse admitido la demanda, no es culpa de la demora en la administración de justicia, como lo afirma el censor; más bien, tiene su génesis en que la demanda fue incoada contra una persona jurídica que no tiene nada que ver con la relación laboral que se alegó en la demanda, situación que obedeció a la forma y términos en que se presentó la demanda.

Por lo motivado, la Sala acompaña la declaración de prescripción en los términos declarados por la juez a quo, en tanto el Hospital Universitario San José fue vinculado como litisconsorte necesario y conforme reza el articulo 94 del Código General del Proceso, era indispensable su notificación para que se entendiera interrumpido el término prescriptivo.

En otro giro, afirma el censor, no operó el fenómeno prescriptivo respecto a la cooperativa TALENTUM y como la juez a quo declaró que actuó como simple intermediaria y debe responder solidariamente, solicita sea condenada al reconocimiento y pago de los derechos laborales reclamados. Al respecto advierte la Sala, no le asiste razón al recurrente, en tanto el artículo 94 CGP es claro en señalar que si el litisconsorcio fuere necesario, la notificación de la demanda surte efectos cuando se surta respecto de todos y para el caso bajo análisis solo se interrumpió el fenómeno prescriptivo con la notificación al Hospital Infantil Universitario San José, que ocurrió el 11 de junio de 2016, lo que conlleva a que los derechos se encuentren prescritos respecto a todas las demandadas.

Así las cosas, aunque el recurrente formuló otros puntos de inconformidad frente a la sentencia de primer grado, relativos a la procedencia de horas extras, pago de trabajo dominical y festivo, indemnización por no consignación de las cesantías, cesantías dejadas de consignar, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, pago de la indemnización ordinaria por el accidente del trabajo, e indexación, esta Sala de decisión estima innecesario acometer dicho análisis, pues aún de llegar a concluir la procedencia de los citados derechos reclamados, lo cierto es que éstos también estarían afectados por la prescripción.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia, por el estudio de los motivos de apelación, habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por la Juez de primera instancia, se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 9 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 $500.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BEATRIZ RANGEL MARTINEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS S.A (RAD. 09 2018 00475 02)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la DEMANDANTE (fls. 4 a 6), PROTECCIÓN S.A. (fl. 8) y COLPENSIONES (fls. 9 y 10) 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 interpuesto por las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 09 Laboral del Circuito de Bogotá DC, el pasado 30 de noviembre de 2021 *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:06:06, archivo "B3 folio 271 -2021-11-30-Grabación de la reunión.mp4", expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado que realizó la demandante, BEATRIZ RANGEL MARTÍNEZ, entre el régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. pensiones y cesantías, el 9 de noviembre de 1994.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la Administradora de FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora BEATRIZ RANGEL MARTÍNEZ, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones, que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante*

> *BEATRIZ RANGEL MARTÍNEZ, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir de PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A, todos los valores que le fueren trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas, conforme se indicó en la parte motiva.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus escritos de contestación.*
>
> ***SEXTO: COSTAS** lo serán a cargo de COLFONDOS S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva.*
>
> ***SÉPTIMO: REMÍTASE** este asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la COLPENSIONES, de conformidad lo que prevé el artículo 69 Código procesal del trabajo y de la seguridad social "*

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada COLPENSIONES, la apeló solicitando sea revocada en su totalidad. En sustento de ello aduce la inexistencia de elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, pues no había una expectativa legítima para la actora, toda vez 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. Adicional, afirma no es beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo, como lo manifiesta la sentencia SU 130 de 2013, por lo que la actora debe someterse a los mandatos del sistema general de pensiones, en el régimen en el cual se encuentra afiliada.

De otro lado, indica que el Tribunal Superior de Pereira expone que la simple manifestación de inconformidad del valor de pensión a recibir en este momento en el régimen de prima medida pueda resultar superior a la que pueda recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que cuando realizó el traslado la actora lo haya hecho movido 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 falaz por parte del fondo, más cuando se tiene en cuenta que para el año del traslado de la demandante, los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado.

Por lo anterior, concluye no hay lugar a la ineficacia solicitada, pues en su sentir existió un desinterés o descuido por parte de la actora y se evidencia ya que la misma sigue cotizando en el RAIS de manera libre y voluntaria. [1] *(Audiencia virtual*

[1] "*Gracias su señoría, interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en primera medida no existe un elemento que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, pues no había una expectativa legitima para la actora, como quiera que a la hora del traslado la demandante contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión. Además, téngase en cuenta que no era beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo, como lo manifiesta la sentencia SU 130 de 2013, por lo que la actora debe someterse a los mandatos del sistema general de pensiones, en el régimen en el cual se encuentra afiliada.*

Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:08:18, archivo "B3 folio 271 -2021-11-30-Grabación de la reunión.mp4", expediente digital),

A su turno PROTECCIÓN interpuso recurso de apelación parcial respecto a la devolución de los gastos de administración, alude, que estos se encuentran regulados y debidamente autorizados por el artículo 20 de la ley 100 de 1993, el cual establece que los gastos de administración serán aquella comisión que cobran las AFP por administrar los aportes y generar unos rendimientos. Por lo que solicita sea revocada la sentencia en lo referente a la condena de la devolución de los gastos de administración

De otro lado, argumenta que se estaría vulnerando el derecho a las restituciones mutuas cuando se declara una ineficacia, y finalmente, advierte se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES[2] *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:10:18, archivo "B3 folio 271 -2021-11-30-Grabación de la reunión.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

---

Ahora bien, Honorables magistrados téngase en cuenta la sentencia con radicado 2016 087 del 17 de enero de 2007, del Tribunal Superior de Pereira, la cual indica que la simple manifestación de inconformidad del valor de pensión a recibir en este momento en el régimen de prima medida pueda resultar superior a la que pueda recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que cuando realizó el traslado la actora lo haya hecho movido 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 falaz por parte del fondo, máximo cuando se tiene en cuenta que para el año del traslado de la demandante, los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora 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 la misma decide seguir cotizando al RAIS, de manera libre y voluntaria.

Por lo anteriormente expuesto señores magistrados solicito se revoque la sentencia de primera instancia y no se decrete la ineficacia solicitada. Muchas gracias".

[2] "*Gracias su señoría, encontrándome en la oportunidad procesal pertinente presento de manera respetuosa recuerdo de apelación de manera parcial, únicamente en lo que versa sobre la devolución de los gastos de administración, esto teniendo en cuenta que los gastos de administración se encuentran reglamentados y debidamente autorizados en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, el cual establece que los gastos de administración será aquella comisión que cobran las AFP por administrar los aportes y generar unos rendimientos, por lo que le solicito al los Honorables Tribunales, al Tribunal Superior de Bogotá revocar la sentencia en lo que la condena devolución de los gastos de administración, teniendo en cuenta que dichos gastos de administración son los rubros mínimos que cobro la AFP PROTECCIÓN por generar estos rendimientos y su buena administración.*

Segundo porque estaría vulnerando el derecho a la restitución mutuas a las que tienen derecho las partes cuando se declara la ineficacia o nulidad de los contratos y tercero porque se estaría haciendo un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, pues estos valores no tendrían como justificarse.
De lo anteriormente expuesto le solicito a los magistrados revocar la sentencia en lo que es la devolución de los gastos de administración. Gracias."

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*Páginas 34 y 35, archivo "A1 folio 1 a 131 expediente digital.pdf", expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 30 a 33, ibídem),* aspirando se declare la nulidad de la vinculación con la AFP COLFONDOS, se ordene el traslado del RAIS al RPM, y en consecuencia se ordene el retorno de la actora al régimen de prima media, así mismo se ordené a PROTECCIÓN S.A a enviar el valor de los saldos o aportes que se hayan consignado en la cuenta pensional, como reembolsar de forma íntegra los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensionales. Condenar a COLPENSIONES a aceptar el retorno al RPM, recibiendo el traslado de los aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración, aceptándola como si nunca hubiera existido el traslado del régimen pensional. Finalmente, se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS administrado en su momento por COLFONDOS S.A, además se le ordenó a PROTECCIÓN S.A a trasladar con destino a COLPENSIONES los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones. Además, condena a COLFONDOS S.A a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cuotas de administración y comisiones, que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

La *a quo* fundamentó su decisión en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la 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 2002[3].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 23 de marzo de 1961 *(Página 22, archivo "A1 folio 1 a 131 expediente digital.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 mediante la petición elevada ante PROTECCIÓN el 26 de marzo de 2018 (*página 3 a 10, ibíd.*), y ante COLFONDOS el 27 de abril de 2018 (*página 13 a 16, ibíd.*) esto es, cuando ya contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y ante COLPENSIONES elevó la solicitud el 9 de marzo de 2018 (*Páginas 20 y 21, archivo "A1 folio 1 a 131 expediente digital.pdf", expediente digital)*, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 110,71 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 2,12 años *(Página 1, archivo "A7 folio 157 a 158 expediente digital.pdf", expediente digital),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **9 de noviembre de 1994** con fecha de efectividad a partir del **01 de diciembre de 1994** *(Páginas 23 y 75, archivo "A1 folio 1 a 131 expediente digital.pdf",expediente digital),* específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y el formulario de afiliación suscrito con la AFP COLFONDOS.

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

[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".*

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.

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia 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 COLFONDO S.A

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

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

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

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

"RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> *"(…)* ***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.***

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[6], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limito a indicar que le habían manifestado que el ISS se iba a acabar, que con los fondos privados iba a obtener una mejor pensión que con el RPM, 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.

[6]*(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 10:29, archivo "B3 folio 271 -2021-11-30-Grabación de la reunión.mp4", expediente digital), realizada el 30 de noviembre de 2021.*

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 COLFONDOS S.A *(Página 23, archivo "A1 folio 1 a 131 expediente digital.pdf", expediente digital),* este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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 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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1994, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su 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 S.A, omitió en el momento del traslado de régimen **(9 de noviembre de 1994, efectivo el 01 de diciembre 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 y para resolver los argumentos de apelación de 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.

Igualmente se precisa 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 *(Página 75, archivo "A1 folio 1 a 131 expediente digital.pdf", expediente digital),* en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*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 ¿El traslado horizontal dentro del régimen se entiende como una ratificación del deseo de permanecer en él?***
>
> *En cuanto al cambio de administradora, esta Corte ha establecido que* ***el cambio no tiene como fin ratificar o darle validez al traslado de régimen que el afiliado realizó sin contar con la información veraz y suficiente que debió proporcionar la administradora de pensiones en su debido momento***.
>
> *Al efecto se recuerda, que la Sala en diferentes pronunciamientos ha señalado que* ***la falta de información no se subsana con los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en ahorro individual****, tal como se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 septiembre de 2008, radicación 31989; reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083, cuyo texto señala lo siguiente:*
>
> > *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*
> >
> > *"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
> >
> > *"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*
> >
> > *"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*

> *"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.*
>
> *[…]*
>
> *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.*
>
> *"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales" (subraya la Sala).*
>
> *Con base en lo anterior, se equivocó el Tribunal al afirmar que, con el traslado de Protección S.A. a Colfondos S.A., era claro el deseo del señor Beltrán Giraldo de seguir en el Régimen de Ahorro Individual, pues conforme a la jurisprudencia anteriormente citada, en manera alguna puede aceptarse que el cambio de entidad subsane la nulidad del traslado, producto de la falta de información veraz y suficiente por parte de Protección S.A.*
>
> *Si bien esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que, con base en los **actos de relacionamiento** no se decreta la nulidad de traslado de régimen cuando se evidencian diversos cambios horizontales de administradora no sobra recordar que también se ha advertido que estas discusiones tienen un componente casuístico tanto de los elementos particulares de la situación en discusión como de los fundamentos de los jueces de instancia (CSJ SL4934-2020 y SL3752-2020)."*

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

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

> *"7.1. Al confrontar los fundamentos de la decisión cuestionada con los anteriores desarrollos jurisprudenciales, se advierte que la Sala de Descongestión*

No.4 se distancia de manera abierta de los precedentes que en la materia ha fijado la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte.

7.1.1. Como se dejó visto, la Sala de Descongestión, al dar por acreditado el cumplimiento del deber información por parte de la administradora, tomó en cuenta actos posteriores -aportes adicionales y traslado entre fondos privados-, desconociendo que "ello no contrarresta el incumplimiento del deber de información exigible a la administradora privada de pensiones, el cual como ya se advirtió, ***debe ser oportuno e integral al momento del traslado."*** *(CSJ, SL3611, 11 agosto de 2021, Rad. 88467).*

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

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

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

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

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

(…)

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

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

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

Bajo tal orientación, entratándose de la ineficacia del traslado, como ya se anotó, no resulta relevante los traslados efectuados por 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 PROTECCIÓN, esta 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 la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de PROTECCIÓN 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 COLPENSIONES *(Página 149, Archivo "A1 folio 1 a 131 expediente digital.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 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

[7] Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 25 de septiembre del 2019, página 6, Archivo "A3", expediente digital.

declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno 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 ANDRES AUGUSTO BUNCH LOPEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A (RAD. 14 2019 00134 01)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte de PORVENIR (fls. 265 a 270) 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 los apoderados de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 07 de febrero de 2022 (*Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 47:20, CD audio archivo No.257, expediente físico),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del acto de traslado que hizo el demandante señor ANDRES AUGUSTO BUCH LOPEZ del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. Señalando como consecuencia de esta declaración que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación administrado por COLPENSIONES.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., donde se encuentra vinculado actualmente el demandante a trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluidos los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, debiendo igualmente PROTECCIÓN S.A reintegrar a COLPENSIONES los valores que cobro a título de cuotas de administración y comisiones.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante señor BUCH LOPEZ y actualizar su historia laboral con las cotizaciones que efectuó en el régimen de ahorro individual con solidaridad.*

> ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones propuestas por el extremo pasivo.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR*** *en costas de la acción a las demandadas, en oportunidad se tasarán."*

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

En primer lugar, PROTECCIÓN solicitó sea revocada la sentencia de manera parcial respecto al numeral segundo, el cual ordenó a dicha AFP a la devolución de los gastos de administración con destino a COLPENSIONES. En sustento de ello, indica que esa comisión de administración se encuentra autorizados en la norma a través de la ley 100 de 1993, artículo 20, así mismo como el artículo 7 de la ley 797 del 2003, facultando a PROTECCIÓN a realizar deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones. Resalta, que los gastos de administración operan en ambos regímenes, además se evidencia en la devolución realizada hacia el fondo de pensiones, los rendimientos generados de la cuenta de ahorro individual durante la permanecía del demandante, es decir, entre 1998 y 2000.

Advierte, al condenar la devolución de los gastos de administración se constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, dado que está recibiendo una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, toda vez que ellos utilizan la misma figura en tema de descuentos y cuenta con la devolución de ahorros de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que en su sentir la entidad tiene derecho a conservar dicha comisión como una restitución mutua, argumentando que lo anterior se encuentra en la ley y jurisprudencia, añade, que la Superintendencia indica que, en este tipo de procesos, se debe trasladar la cuenta de ahorro individual, los rendimientos del porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima.

Señala en caso de que se confirme esta condena, se estaría en la presencia de una condena de perjuicios, lo cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil, con los elementos propios de esta, toda vez que la inversión de la carga de la prueba o se utiliza directamente frente a la pretensión de la ineficacia o nulidad de la afiliación y no frente a tema de perjuicios, los cuales no fueron demostrados por la parte demandante y ni advertidos por el despacho.

Finalmente, expone frente al cobro del 3% destinado para la comisión de administración que opera también el fenómeno prescriptivo, toda vez que son conceptos que van descontándose de forma periódica y no financian directamente la prestación económica por vejez, por lo que son conceptos que si prescriben conforme lo establecido en el artículo 488 del Código sustantivo del trabajo, en armonía con el artículo 151 del Código procesal Laboral, que establece que el transcurso del tiempo de 3 años hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo demandado. [1] (*Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 51:26, CD audio archivo No.257, expediente físico)*

[1] "*Gracias señora juez, interpongo recurso, me dice si puedo sustentarlo de una vez. Gracias, me permito entonces sustentar el recurso de apelación, le solicito a los honorables magistrados del Honorable Tribunal Superior de la Ciudad de Bogotá que se revoque la sentencia que se acaba de proferir, para el presente proceso 2019-134 y lo que corresponde en el numeral dos en la parte parcial donde ordena a PROTECCIÓN a la devolución de los gastos de administración, hacia la administradora COLPENSIONES, en el cual sustento de la siguiente manera.*

Esa comisión de administración y son descuentos que están autorizados en la norma a través de la ley 100 de 1993, artículo 20, así mismo como el artículo 7 de la ley 797 del 2003, facultando a PROTECCIÓN a realizar deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones. Ese mencionado descuento del 3% se usa para cubrir los gastos de administración, opera en los dos regímenes, estamos hablando tanto del del régimen de prima media como el régimen de ahorro individual con solidaridad, opera y además se evidencia en la devolución realizada hacia el fondo de pensiones, los rendimientos generados de la cuenta de ahorro individual durante la permanecía del demandante, durante la vigencia 1998 y del año 2000.

Con esta condena de primera instancia que ordena a mi representada a devolver los dineros de gastos de administración, se estaría constituyendo entonces un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, dado que está recibiendo una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, toda vez que ellos utilizan la misma figura en tema de descuentos y cuenta con la devolución de ahorros de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN y con su posterior fondo de traslado, por lo que mi representada tiene derecho a conservar esta comisión como una restitución mutua a su favor, y no hay razón de tener que trasladarla a COLPENSIONES.

Justificamos las restituciones mutuas en el artículo 1746 del código civil, así mismo como en la sentencia con radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, del magistrado ponente magistrado Eduardo López Villegas. Igualmente la superintendencia también ha solicitado que ab través de estos procesos cuando se genere estos traslados entre regímenes se de aplicación al artículo 7 del decreto 3995 del 2008, y esto es, establecer que cuando se dé el traslado de régimen, pues se debe trasladar la cuenta de ahorro individual, los rendimientos del porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, y que se solicita se respete la destinación de los aportes realizados por la gestión de administración, por la buena administración de las entidades o de los fondos de pensiones.

Ahora bien, debe también tenerse presente en caso de que se confirme esta condena a mi representada de asumir con su propio patrimonio los valores de los descuentos permitidos por el mandato legal, es decir, por la comisión de administración, pues estaría en la presencia de una condena de perjuicios, pues estaríamos atentando contra el patrimonio de PROTECCIÓN, el cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil, con los elementos propios de esta, y esto es que el presente proceso no fue materia de prueba y que quedó demostrado los mismos , toda vez que si bien la inversión de la carga de la prueba o se utiliza directamente frente a la pretensión de la ineficacia o nulidad de la afiliación y no frente a tema de perjuicios, los cuales ni fueron demostrados por la parte demandante y mucho menos fueron advertidos por el despacho.

También es de resaltar que frente al cobro del 3% destinado para la comisión de administración pues opera también el fenómeno prescriptivo, toda vez que son conceptos que van descontándose de forma periódica, en la forma que por ley no financian directamente la prestación económica por vejez, por lo que son conceptos que si prescriben ya con lo establecido en el artículo 488 del Código sustantivo del trabajo, en armonía con el artículo 151 del Código procesal Laboral, que establece que el transcurso del tiempo de 3 años hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo demandado, la que debe afectar todas cada una de las reclamaciones formuladas. En ese orden de ideas dejo sustentado mi recurso, muchas gracias."

A su turno PORVENIR, interpuso recurso de apelación frente a los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia. Aduciendo, en el presente proceso no fue configurado ningún tipo de nulidad, por vicio de consentimiento, ya sea por dolo, fuerza o error, como tampoco ningún tipo de ineficacia por falta de información. Alega, que la parte actora tomó la decisión de vincularse con PROTECCIÓN S.A, con la plena capacidad para adquirir cualquier tipo de derecho u obligación, y además era una persona mayor de edad, la cual suministró esos datos personales en el formulario de afiliación inicial.

Advierte, encontrarse en desacuerdo con lo manifestado por el despacho frente a la falta de información por parte de PROTECCIÓN, en tanto el actor manifestó en su interrogatorio que se trasladó cuando pertenecía a una iglesia cristiana y que durante ese traslado que efectuó se le acercó un promotor de ING, el cual le informó que dicha AFP se pensionaría de manera anticipada, y con una mayor pensión. No obstante, alude que tal información es una de las diferencias y requisitos principales del RAIS, esto es, que se pueden pensionar de manera anticipada, y así mismo con un mayor valor de la pensión, situación que en manera alguna se puede catalogar como falsa.

De otro lado, afirmó que el demandante contaba con amplios términos para el derecho de retracto, tanto con la afiliación a PROTECCIÓN como con el traslado posterior con PORVENIR S.A, por lo cual, considera que no es dable que el despacho concluya que no se le dio ningún tipo de información y que no se le manifestó las consecuencias propias de ese traslado que estaba efectuando, reitera que para el momento inicial del traslado del actor, el requisito principal que obligaba la ley a las AFP era que se constará la información de manera verbal en el formulario de afiliación.

De otro lado, resalta que, si bien la Corte ha cambiado los requisitos para tener como válida la afiliación, indica que las AFP no tenían conocimiento del cambio de la postura de la Corte, pues de haberlo sabido las entidades habrían dejado constancia a través de otro documento que en efecto diera luces que al actor se le brindó toda la información necesaria, por lo cual asegura en estos procesos, se está dejando de presente es que la buena fe se está presumiendo única y exclusivamente del actor y no de las AFP, trasladándose la carga de la prueba. En consecuencia, expone se está requiriendo allegar algún tipo de prueba en efecto no se exigía, ni era necesaria para el momento del traslado imponiendo una carga que efecto es imposible de cumplir.

Resalta, que debe tenerse en cuenta que el demandante es abogado, y sabe que ese desconocimiento de la ley no exime de las obligaciones y responsabilidades respecto de la misma, por lo cual expresa contó con amplios términos para poderse ilustrarse al respecto, y no a través de la presente acción, cuando ya se encuentra inmerso en la prohibición de regresar al régimen de prima media, faltándole 10 años.

Además, menciona que la motivación del demandante es exclusivamente económica, situación que no configura ningún tipo de nulidad o ineficacia.

Finalmente, indica que, en caso de ser confirmada la decisión de primera instancia, solicita se revoque la decisión del despacho en el sentido que condenar a la AFP al traslado de los gastos de administración, lo anterior en la medida que esta deducción es producto de esa buena administración que ha hecho PORVENIR S.A de los recursos del actor, y al ordenar que se retornen los mismos al régimen de prima media se estaría generando un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, porque si el actor hubiere seguido al régimen de prima media pues no se hubiesen efectuado ningún tipo de intereses que acrecentarán ese valor de su capital producto de los aportes a pensión que ha hecho, por lo cual la administradora actuó de buena fe y generó un beneficio a COLPENSIONES al aumentar ese monto del capital. [2] (*Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a*

---

[2] *"Su señoría muchas gracias, su señoría estando dentro de la oportunidad procesal pertinente proceso a presentar mi recurso de apelación en contra de la sentencia aquí dictada por el honorable despacho en contra del numeral primero, segundo y tercero de la sentencia aquí dictada, en el siguiente sentido, pues sea de primero poner de presente al Honorable Tribunal en el presente asunto pues no sen configuro ningún tipo de nulidad, por vicio de consentimiento, ya sea por dolo, fuerza o error, o así mismo no se configuró ningún tipo de ineficacia por falta de información, lo primero pues teniendo en cuenta el momento en el que la parte actora toma la decisión de vincularse con PROTECCIÓN S.A, esta contaba con plena capacidad para adquirir cualquier tipo de derecho u obligación, pues era una persona mayor de edad, suministró esos datos personales en el formulario de afiliación inicial.*

Así mismo, pues tuvo unos beneficiarios, y esto hago énfasis en el sentido que apartarme de lo manifestado, o la consideración del despacho al manifestar que no se le dio por parte de PROTECCIÓN una información adecuada completa, para informada para el momento del traslado del actor. Lo anterior en qué sentido, poner de presente que, en el interrogatorio de parte rendido, en efecto la parte actora manifestó que se trasladó cuando pertenecía a una iglesia cristiana y que durante ese traslado que efectuó se le acercó un promotor de ING, el cual le manifestó que en ING hoy PROTECCIÓN se pensionaría de manera anticipada, y con una mayor pensión, situación está que el despacho manifiesta que no es real a las luces de los requerimientos establecidos en el RAIS para pensionarse. No obstante lo anterior pues es uno de las diferencias y requisitos principales, los cuales se pueden pensionar de manera anticipada, y así mismo con un mayor valor de la pensión, situación está que no es falsa, ni que no sea veraz, lo anterior en la medida que al momento del traslado se tiene en cuenta las condiciones propias del actor, su IBL, el salario que devengaba, entre otras, lo cual esa información que se le suministró por parte de ING, es una información veraz y real, que a través del tiempo esa situación haya cambiado por los distintos factores, ya sea por el salario que devenga el actor, esto no quiere decir que haya sido una información incompleta, que no haya sido oportuna o veraz, porque pues por el hecho que el actor, como el mismo lo manifestó en el interrogatorio de parte, al estar vinculado a un fondo de pensiones privado, su mesada pensional dependería del monto que se generaría con ocasión a esos intereses, a esa buena administración que se le hizo a esos recursos. Por lo cual, en este estado del proceso de tiempo no se puede colegir que se le haya entregado una información incompleta o falsa o que no haya sido veraz.

No menos importante es que el actor como lo manifestó tuvo una charla con el promotor de ING, en el cual le manifestó que en efecto el Seguro social se iba acabar, situación está que pues tampoco es falta de información, sino que como bien es sabido que para el momento del traslado del actor en efecto el Instituto

través de la plataforma Microsoft Teams, récord 55:43, CD audio archivo No.257, expediente físico)

Por último, COLPENSIONES considera que la Juez de primera instancia tomó la determinación de invertir la carga de la prueba, declarando que las AFP demandadas no demostraron que brindaron una asesoría clara, completa y transparente al demandante, sin embargo, pone de presente a los honorables magistrados que tal decisión tomada al momento de proferir sentencia, desconoce la jurisprudencia que se ha proferido frente a la procedencia de la inversión de la carga de la prueba. Por lo cual, considera en su sentir no se tuvo en cuenta dentro del debate probatorio que el demandante en su interrogatorio de parte manifestó ser abogado y que, si bien no ha ejercido su profesión, lo cierto es que es un afiliado que sea lego en materias de alta complejidad como lo ha expuesto la

---

de seguros sociales pasaba por una crisis económica, lo cual la decisión que mejor tomó el actor fue trasladarse de régimen pensional, pero no menos importante es que el actor se le concedió o se le permitió contar con amplios términos para el derecho de retracto, tanto como al momento inicial con PROTECCIÓN como con el traslado posterior con PORVENIR S.A, para lo cual pues no resulta dable efectuar o que el despacho llegue a la conclusión de que no se le dio ningún tipo de información y se le manifestó las consecuencias propias de ese traslado que estaba efectuando, porque pues como lo he reiterado y como lo que quedó manifestado en el escrito de contestación de la demanda, para el momento inicial del traslado del actor, el requisito principal o los requisitos principales y fundamentales que nos obligaba la ley a las AFP, en especial a PROTECCIÓN S.A, era que constara esa información de manera verbal y que la constancia que esa misma se le dio y esa decisión del traslado fue voluntaria e informada era el formulario de afiliación, por lo cual a este estado de tiempo lo que se le esta, si bien es cierto la postura de la Honorable Corte ha cambiado de hacer más exigentes esos requisitos para tenerse como válida la afiliación, lo cierto es que PROTECCIÓN y mi representada PORVENIR S.A, posteriormente pues no sabían que efecto la postura de la Corte cambiaría, por lo cual en el vento de haberlo sabido mi representada y PROTECCIÓN de seguro que habría dejado constancia a través de otro documento que en efecto diera luces que al actor se le brindó toda la información necesaria, por lo cual en estos procesos, si bien la Corte ha cambiado de postura lo que se está dejando de presente es que la buena fe se está presumiendo única y exclusivamente del actor y no de las AFP, con esto trasladándose la carga de la prueba, como lo dijo el despacho, trasladándole la carga de la prueba a las AFP, pues de esta manera las AFP se les estaría requiriendo para que allegaran algún tipo de prueba en efecto no se requería, ni era necesaria para el momento del traslado y pues con esto poniéndoles una carga que efecto es imposible de cumplir.

Así mismo, pues yo ruego al Honorable Tribunal Superior de Bogotá se tenga en cuenta como lo manifestó el actor, contrario a lo indicado por el despacho, el actor sabía que cuales eran las consecuencias y cuál era el negocio jurídico que estaba suscribiendo, el cual era traslado de régimen, como lo manifestó. Pero no menos importante es que el actor es una persona, un abogado pues en efecto es claro y sabe que ese desconocimiento de la ley no nos exime de las obligaciones y responsabilidades respecto de la misma, por lo cual contó con amplios términos para poderse ilustrar al respecto, si así lo requería pretenderlo a través de la presente acción, cuando ya se encuentra inmerso en la prohibición de regresar al régimen de prima media, faltándole 10 años.

Así mismo, para finalizar ruego se tenga en cuenta que la única y exclusiva motivación del aquí demandante, no es más que una motivación meramente económica, situación está que no configura ningún tipo de nulidad o ineficacia y en evento que pues ya finalmente que el Honorable Tribunal de Bogotá sala laboral, mantenga la decisión de declaratoria de ineficacia ruego se revoque la decisión del despacho en el sentido que condenar a mi representada al traslado de los gastos de administración, lo anterior en la medida que esta deducción es producto de esa buena administración que ha hecho PORVENIR S.A de los recursos de la parte actora, y al ordenar que se retornen los mismos al régimen de prima media se estaría generando un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, y porque esto, porque si el actor hubiere seguido vinculado al régimen de prima media pues no se hubiesen efectuado ningún tipo de intereses que acrecentarán ese valor de su capital producto de los aportes a pensión que ha hecho, por lo cual mi representada actuó de buena fe y lo que le generó un beneficio a COLPENSIONES al aumentar ese monto del capital.

En esos términos ruego al Honorable Tribunal de Bogotá se acceda a lo manifestado aquí en este recurso de apelación dentro del proceso adelantando por el señor ANDRÉS AUGUSTO BUCH LOPEZ y en este sentido dejo sustentado mi recurso su señoría. Muchas gracias".

Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia y es en este punto en donde considera debe revocarse en su integridad la sentencia en razón que se evidencia que el traslado efectuado fue de manera libre y voluntaria.

Precisa que el interés de retornar al régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES, obedece a un factor netamente económico, circunstancia que para el momento de la asesoría no conocía.

Por otro lado, advierte que no se debe desconocer que la sentencia proferida atenta contra el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema contemplado en la jurisprudencia, al ordenar a COLPENSIONES recibir como afiliado a una persona que no ha cotizado al régimen de prima media por un periodo superior a 20 años. [3] (*Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:04:13, CD audio archivo No.257, expediente físico)*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Folio 53, expediente físico) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el

[3] "*Gracias su señoría, de manera muy respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en el proceso radicado bajo el número 2019 – 134, sustento mi recurso de apelación bajo los siguientes argumentos.*

Considera esta apoderada que sin tener en cuenta las especifidades del caso, la juez de primera instancia tomó la determinación de invertir la carga de la prueba, declarando que las AFP demandadas no demostraron que brindaron una asesoría clara, completa y transparente al demandante, sin embargo, se le pone de presente a los honorables magistrados de tal decisión tomada al momento de proferir sentencia, desconoce la jurisprudencia que se ha proferido frente a la procedencia de la inversión de la carga de la prueba, en especial la sentencia T-422 de 2011, y en ese sentido considera esta apoderada que no se tuvo en cuenta dentro del debate probatorio o de manera integral en su valoración, que el demandante en su interrogatorio de parte manifestó ser abogado y que si bien no ha ejercido su profesión, puesto que ha dedicado a pastorear una iglesia, lo cierto es que nos encontramos una afiliado que sea lego en materias de alta complejidad como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia y es en este punto en donde deberá revocarse en su integridad la sentencia en razón que se evidencia que el traslado efectuado por el señor ANDRÉS AUGUSTO BUCH LOPEZ, fue de manera libre y voluntaria. De lo anterior, pues se concluye que efectivamente que el actor si recibió una información por parte de las AFP demandadas, sin embargo, el manifiesta que su interés o el querer retornar al régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES, obedece a un factor netamente económico, circunstancia que para el momento de la asesoría no se tenía, no se conocía o no se tenía posible, avizorar en el tiempo.

Por otro lado, pues no debe desconocerse que la sentencia aquí proferida atenta contra el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema contemplado en sentencias C1024 de 2004, C 625 de 2007, y SU 062 de 2010, al ordenar a COLPENSIONES como afiliado a una persona que no ha cotizado al régimen de prima media por un periodo superior a 20 años. En ese sentido dejo sustentado mi recurso de apelación, reiterando y solicitando a los honorables magistrados se revoque la decisión proferida y en su lugar se absuelva a COLPENSIONES. Gracias. "

acápite respectivo (Ibídem, folios 54 y 55), aspirando se declare la nulidad absoluta del traslado régimen de prima media con prestación definida al RAIS del demandante realizado el 1 de febrero de 1997 con PROTECCIÓN, lo anterior debido a que se omitió proporcionar información cierta, real, determinante y oportuna al momento de realizar la afiliación y traslado de régimen. En consecuencia, se condene a PORVENIR a trasladar los dineros y rendimientos causados en la cuenta de ahorro individual del actor con destino a COLPENSIONES, sin descontar valor alguno por gastos de administración. Así como se condene en costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional realizado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con PROTECCIÓN; condenó a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual, incluyendo rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, también condenó a PROTECCIÓN a reintegrar con destino a COLPENSIONES los valores que cobro a título de administración y comisiones. Finalmente, ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado del actor y actualizar su historia laboral con las cotizaciones que efectuó en el RAIS. Condenó en costas a las demandadas. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento 13 de agosto de 1962

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

(Folio 3, expediente físico), por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES 22 de junio de 2018 (fls. 44 a 46, expediente físico), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 55 años-; de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 332,15 semanas cotizadas, equivalentes a 6 años, 5 meses y 15 días (Ver historia laboral aportada por Colpensiones fl. 194), 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 **17 de febrero de 1998 con fecha de efectividad 01 de abril de 1998** específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP (fl. 111), **precisándose**, en todo caso para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito no constituye un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente. Lo anterior impone a la AFP demandada, 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:*

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

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

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

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

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** del actor al fondo accionado ING hoy PROTECCIÓN S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[6], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

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

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

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

"RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con

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:

---

prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el 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 al accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante[7] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario, pues manifestó que el promotor de ING se acercó a la iglesia a la cual hacia parte, y le informó que el ISS se iba a acabar y que podía pensionarse a los 52 años, según su propio dicho, nunca le precisaron cuáles eran las condiciones para acceder a dicho beneficio, ni el capital requerido para poder hacerlo. Asimismo, fue claro en indicar que no recuerda que se le haya dicho cómo se obtenía o calculaba el valor

[7] Audiencia virtual realizada el 09 de noviembre de 2021, récord 14:23. CD, folio 222.

de su mesada, que no le entregaron una proyección y menos aún la ilustraron sobre si le convenía o no trasladarse, insistiendo en que en lo que más se hizo énfasis fue en que el ISS se iba acabar.

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

De igual forma debe precisarse en relación con las apelaciones de COLPENSIONES y PORVENIR, el hecho, que el accionante fuera una persona con formación educativa profesional (Abogado) no implica que *per se* conociera de las ventajas o desventajas de los diferentes regímenes pensionales, y menos aún dicha circunstancia puede conllevar a que se releve a la AFP de suministrar la información correspondiente al momento del traslado.

Respecto al comunicado de prensa *(Folios 112 a 119 y 154- 155, expediente físico)* 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 – ING hoy PROTECCIÓN- no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración al demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria,*

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN S.A. antes ING omitió en el momento del traslado de régimen (**17 de febrero de 1998, efectivo el 1 de abril de 1998)** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa

medida, al tenor de lo señalado en la sentencia 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 de PORVENIR y COLPENSIONES, es atendiendo el incumplimiento del deber de información que le asistía la administradora de fondos de pensiones y no a la posible diferencia existente entre las mesadas que serían otorgadas en uno u otro régimen, lo que torna en ineficaz el tránsito entre regímenes.

Igualmente, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de 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.

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP *(Folio 111, expediente digital),* en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*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 ¿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)."*

De igual forma, en lo que toca a los actos de relacionamiento como indiciarios de la ratificación de la voluntad a la que se ha hecho referencia, entre otras, en las

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

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

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

para realizar esa variación doctrinal, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un parágrafo al art. 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

(…)

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

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

Bajo tal orientación, entratándose de la ineficacia del traslado, como ya se anotó, no resultan relevantes las actuaciones posteriores realizadas por el afiliado dentro del mismo régimen.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones PORVENIR (fls. 33 a 42) a la que se encuentra actualmente afiliado el actor, 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.

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

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de COLPENSIONES en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no

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

Por otro lado y en cuanto a los gastos de administración impugnados por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A, baste con señalar estos 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 del actor 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 del convocante, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración.

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 (...)".*

Bajo ese escenario entonces, como bien lo sostuvo la *a quo*, le corresponde tanto a PROTECIÓN como a PORVENIR retornar los gastos de administración descontados durante el tiempo que estuvo vigente la afiliación del actor con esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

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

Ahora, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta[8] (*Folio 214, expediente físico*) 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.

[8] Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 13 de marzo de 2020, folio 216, expediente físico.

Es de anotar en este punto frente a la solicitud de PROTECCIÓN, 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, 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 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 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.

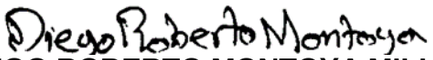
En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C**., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce (14) 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 NIDIA CASALLAS MUTIS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. (RAD. 14 2019 00676 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES (fls. 180 a 182), 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 la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá DC, el pasado 30 de noviembre de 2021 *(Audiencia virtual, récord 25:34, CD folio 170, acta folio 176),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante señora NIDIA CASALLAS MUTIS, del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. Señalando que como consecuencia de tal declaración que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de prima medida con prestación definida que administra hoy COLPENSIONES.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la AFP COLFONDOS S.A, a trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluido rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo.*

> ***CUARTO: CONDENAR EN COSTAS*** *de la acción a las convocadas al juicio. En oportunidad se tasarán."*

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES apeló la decisión manifestando que en la sentencia de primera instancia no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que COLPENSIONES es un tercero ajeno a los actos ajenos celebrados entre la demandante y COLFONDOS, por lo cual independientemente de la decisión adoptada por el juez en razón de la declaratoria o no de la ineficacia del traslado, COLPENSIONES no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma, pues nada tuvo que ver con la decisión tomada por la actora.

Razón por la cual señala no puede ser condenada a recibir a la actora como afiliada de nuevo al RPM pues con esa decisión se estaría afectando el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, precisando se debe tener en cuenta el impacto en la reserva pensional pues con el regreso de la actora al régimen del RPM, existe una alta posibilidad de un futuro reconocimiento de derecho pensional, lo cual genera un alto impacto en un equilibrio financiero del sistema general de pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para tales fines.

Por otro lado, aduce de declararse la ineficacia del traslado se debe reintegrar la totalidad de la cotización, es decir los recursos de la cuenta individual de ahorro, las cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, rendimientos, bonos pensionales, porcentajes destinados del pago de seguros previsionales y gastos de administración, solicitando se condene a la AFP que incumplió su deber legal de información a la afiliada, pague los perjuicios económicos que ello genera a su representada, en atención a que en virtud a la teoría del daño del derecho civil, quien causa el daño es quien debe repararlo, no un tercero en el acto jurídico, como lo es COLPENSIONES. *(Audiencia virtual, récord 25:34, CD folio 170, acta a folio 176)*[1]*.*

[1] "Gracias su señoría, estando dentro del término legal presentar recurso de apelación para ante el Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral, en contra de la sentencia proferida por el juzgado 14. Recurso que sustento en los siguientes términos.

Solicito a los Honorables magistrados de la Sala Laboral Tribunal Superior de Bogotá, se revoque la sentencia proferida por el juez de primera instancia en su totalidad, toda vez que la a quo al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que COLPENSIONES es un

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 99 y 100),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*folios 96 a 99),* aspirando principalmente se declare la nulidad de la afiliación realizada a Colfondos a partir del 1° de febrero del 2000, en consecuencia se condene a este fondo trasladar a Colpensiones el capital y los

---

tercero ajeno a los actos ajenos celebrados entre la demandante y COLFONDOS, y en razón que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo cual independientemente de la decisión adoptada por el juez en razón de la declaratoria o no de la ineficacia del traslado, mi representada no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma, pues como se ha manifestado COLPENSIONES nada tuvo que ver con la decisión tomada por la actora.

Por lo que solicito Honorable Tribunal Sala Laboral que no se condene a mi representada a recibir a la actora como afiliada de nuevo al RPM, pues con esta decisión consecuencial a la declaratoria de inexistencia se estaría afectando el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política y adiciona por el artículo 1 del Acto legislativo 01 del 2005, pues en caso de esta condena debe tenerse en cuenta el impacto en la reserva pensional que día tras día se ha evidenciado que se ha afectado de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos. Le solicito a la Sala que estudie de manera juiciosa este escenario en el cual la AFP que faltó a su deber legal de información no acarrea graves consecuencias con la posible declaratoria de inexistencia pero COLPENSIONES mi representada, como ya se dijo es un tercero que no tuvo injerencia en la celebración del acto jurídico, si las acarreará, pues con el regreso de la actora al régimen del RPM, existe una alta posibilidad de un futuro reconocimiento de derecho pensionales, lo cual genera como ya se dijo un alto impacto en un equilibrio financiero del sistema general de pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para tales fines.

Ahora bien, conforme a lo estipulado en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modifico el literal e del artículo 13 de la ley 100 del 93, se señala que después de un año de vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaré 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez y que según esto la demandante ya se encontraba inmersa en la prohibición para trasladarse de régimen pensional.

Que por otro lado al declarase la nulidad o ineficacia del traslado según se advierte en la sentencia CSJ del 8 de septiembre de 2008, radicado 2889, CJS 7595 del 2017, CSJ 4189 del 2018, CJS 17595 DEL 2017, CSJ 4189 de 2018 y CJS 1421 de 2019, radicado 56164 hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantía minina, rendimientos, bonos pensionales, porcentajes destinados del pago de seguros previsionales y gastos de administración, que en ultimas si se determina que no hay otra posibilidad que el retorno de la demandante al RMP, le solicito al Tribunal condene a la AFP que incumplió su deber legal de información a la afiliada, pague los perjuicios económicos que ello genera a mi representada, lo anterior en atención a que en virtud a la teoría del daño del derecho civil, quien causa el daño es quien debe repáralo, no un tercero en el acto jurídico, como lo es COLPENSIONES. De esta manera, dejo sustentado el recurso presentado reiterando al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, que revoque el fallo proferido por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar absuelva a mi poderdante de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el escrito introductorio."

rendimientos financieros acumulados, a COLPENSIONES a recibir dicho capital en forma de semanas cotizadas y se contabilicen válidamente dentro de su historia laboral, igualmente solicita que luego del retorno al RPM se le reconozca y pague una pensión de vejez en los términos de los artículos 9 y 10 de la Ley 797 del 2003 una vez acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicha norma, derechos *ultra y extra petita,* y costas procesales. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante a COLFONDOS, ordenando a esta AFP como actual administradora de pensiones, transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros sin descostar suma alguna por concepto de gastos de administración. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la AFP demandada no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Frente a la pretensión de reconocimiento pensional la Juez de primer grado no hizo pronunciamiento alguno, sin que la parte actora elevara reparo alguno frente a ello (Art. 287 del C.G.P.)

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

[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".*

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 7 de mayo de 1963 (*folio 6*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES 25 de julio del 2019 (fls. 49 y 50) y ante COLFONDOS el 1° de agosto del 2019 (fls. 51 y 52)*,* esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional –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 apenas con 252.72 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 4 años, 10 años y 29 días *(Historia laboral expedida por el Colpensiones, Cd fl. 139),* 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 **11 de noviembre de 1999 con fecha de efectividad 1° de enero del 2000** *(Cd fl. 134, páginas 22 y 23),* por afiliación que hiciera a COLFONDOS, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

necesariamente el 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** de la actora al fondo accionado COLFONDOS.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[4], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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.

> *mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante[5] no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor le dijo sobre los beneficios de la AFP y de la inminente liquidación del ISS con lo cual podría poner en riesgo las cotizaciones efectuadas al régimen de prima media, pero de manera alguna le indicaron sobre la existencia de una cuenta de ahorro individual, la generación de rendimientos y su impacto en el derecho pensional, la posibilidad de heredar los recursos ahorrados, entre otros aspectos.

Tampoco luce acreditado con el interrogatorio del representante legal de la demandada COLFONDOS[6], pues es claro que esa sociedad administradora de fondos de pensiones se limitó a indicar que la única prueba de la asesoría brindada lo es el formulario de afiliación.

[5] Cd folio 168, audiencia del 28 de octubre de 2021, récord 9:04.
[6] Cd folio 168, audiencia del 28 de octubre de 2021, récord 4:54

En esta dirección, 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 *(Cd fl. 134, página 22),* 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 COLFONDOS proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –COLFONDOS- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

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

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

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
> *...*
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.*

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1999, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP 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 **(11 de noviembre 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.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración 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.

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

Advirtiéndose a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera, objeto de apelación, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan "*el principio de sostenibilidad fiscal del*

sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas." (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de COLPENSIONES, relacionados con los gastos de administración, baste con señalar en el numeral segundo de la parte resolutiva del fallo se dispuso por la falladora de primer grado su devolución por lo que no hay lugar a adicionar la sentencia, en este sentido.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES –entidad a favor de quien se surte la consulta-[7] (*Cd fl. 139, páginas 21 y 22)* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

[7] Se tuvo por contestada la demanda por parte de COLPENSIONES mediante auto del 25 de julio del 2021 (folio 141).

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce (14) 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 CELMIRA NOPE MARTÍNEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. y como vinculada PROTECCIÓN S.A.[1] (RAD. 15 2019 00126 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA en su calidad de apoderada conforme escritura pública N° 120 del 1 de febrero de 2021. (fls. 215)

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante y COLPENSIONES (fls. 211 a 221), 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 la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por

[1] Mediante auto proferido en audiencia celebrada el 23 de septiembre del 2020 se dispuso su vinculación (Acta fls. 167 y 168, Cd fl. 169).

el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá DC, el pasado 1° de diciembre de 2021 *(Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, récord 1:30:05, CD folio 207, acta folios 204 a 206),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante CELMIRA NOPE MARTINEZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP COLMENA hoy representada por PROTECCIÓN, como consecuencia de lo anterior entonces **ORDENAR** al fondo COLFONDOS donde actualmente se encuentra afiliada la señora demandante, traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual, a la administradora del régimen de prima media COLPENSIONES, a ésta que reciba dichos recursos 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 la consecuencia natural de dicha ineficacia. Todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas y **SIN COSTAS** a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva.*
>
> ***TERCERO:** Si la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES, se remitirán las diligencias al superior para que el Honorable magistrado a quien corresponda por reparto, si lo considera procedente las revise y estudie en el grado jurisdiccional de consulta."*

Inconforme con la decisión el apoderado de COLPENSIONES apeló la decisión manifestando que a la demandante si se le brindó información al momento del traslado a COLMENA y la misma tenía conocimiento de las características del régimen escogido, tanto que se traslada horizontalmente entre fondos del mismo régimen y que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sentencia SL 3752 ello es considerado como actos de relacionamiento que no pueden pasarse por alto al momento de declárese las ineficacias del traslado.

Por otro lado, y frente a los gastos de administración de los cuales no se ordenó su traslado, manifiesta el efecto de la declaratoria del traslado de régimen es retrotraer las cosas al estado que estarían si no hubiese existido el acto declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deben hacer los contratantes y que debe decretar el juez lo que da lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir, los recursos de la cuenta individual, cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado a pagos de seguro previsionales y gastos de administración.

Razones por las cuales señala, la sentencia que se dicta tiene efectos retroactivos y en virtud de ella cada una de las partes debe devolver a la otra lo

que le recibió con ocasión al negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos sobre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió la sentencia que declara la ineficacia del traslado, por ende, el restablecimiento debe ser pleno o completo.

Conforme a lo anterior solicita, se absuelva a su representada de cada una de las pretensiones de la demanda o en caso de que se confirme la ineficacia declarada se ordene la devolución total, incluyendo gastos de administración a su representada. *(Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, récord 1:31:57, CD folio 207, acta folios 204 a 206)*[2].

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

CONSIDERACIONES

[2] "Gracias su señoría, de acuerdo con las instrucciones de mi representada y siendo la etapa procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, de la siguiente manera.

De acuerdo a los hechos y pruebas del presente proceso, no puede concluirse que al acceder a la pretensión de declarar una ineficacia del traslado de la demandante ya que se puedo establecer que si se le brindó información al momento del traslado a COLMENA y que la misma si tenía conocimiento de las características del régimen escogido, tal en es así que se traslada horizontalmente entre fondos del mismo régimen y que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sentencia SL 3752 son considerados como actos de relacionamiento que no pueden pasarse por alto al momento de declárese las ineficacias del traslado. De la misma manera, de acuerdo a lo dicho en el interrogatorio de parte no debe ser tenido en cuenta para determinar una ineficacia ya que una decisión libre y voluntaria la cual no cumple con sus expectativas económicas no concluye una falta de información, causal invocada en las pretensiones de la demanda.

Por otro lado, de acuerdo con los gastos de administración que no se ordenó su traslado, hay que indicar que la Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como SL 1491 de 2019, SL 242877 2020, ha determinado al respecto que el efecto de la declaratoria del traslado de régimen es retrotraer las cosas al estado que estarían si no hubiese existido el acto declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que debe hacer los contratantes y que debe decretar el juez y que debe dar lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir, recursos de la cuenta individual, cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado a pagos de seguro previsionales y gastos de administración. En estos términos la sentencia que se dicta en tal sentido tiene efectos retroactivos y en virtud de ella cada una de las partes debe devolver a la otra lo que le recibió con ocasión al negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos sobre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió la sentencia que declara la ineficacia del traslado. Entonces, el restablecimiento debe ser pleno o completo.

Por lo antes expuesto solicito al 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 o en caso que se considere que se declara la ineficacia declarad en primera instancia se ordene la devolución total, incluyendo gastos de administración a mi representada, en tal sentido dejo sentado mi recurso de apelación. Muchas gracias."

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*folios 5 y 6),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*folios 6 a 8),* aspirando principalmente se declare la nulidad de la afiliación realizada a Colfondos en diciembre de 1999 y por ende se declare tiene derecho al regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en consecuencia se condene a Colfondos a trasladar los rendimientos causados en su cuenta de ahorro individual a Colpensiones a que proceda a recibir dichos dineros, la afilie nuevamente al RPM y proceda actualizar su historia laboral, se ordene la indexación, intereses corrientes, intereses moratorios y reajustes de ley, condenas *ultra y extra petita,* costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante a COLMENA hoy PROTECCIÓN, ordenando a COLFONDOS como actual administradora de pensiones, transferir a COLPENSIONES los recursos o sumas que obren en la cuenta de ahorro individual. También le ordenó a COLPENSIONES recibir la transferencia y contabilizar para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la actora. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, las AFP demandadas no lograron acreditar el cumplimiento del deber de información que les incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Frente a los gastos de administración indicó que, aunque no fue solicitada su devolución tampoco la ordenó por cuanto dichos gastos están legalmente constituidos a favor de las administradoras de régimen pensional por la gestión que efectúan, encontrándose por ende legitimados para cobrar tal comisión por su gestión.

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

de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[3].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 13 de agosto de 1964 (*folio 15*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y COLFONDOS el 24 de enero del 2019 (fls. 16, 17, 37 y 38)*,* esto es, cuando le faltaban menos de 10 años 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 351 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 6 años, 9 años y 27 días *(Historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, folio 139),* 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 **20 de febrero de 1995 con fecha de efectividad 1° de marzo de 1995** *(folios 137 y 193 vto.),* por afiliación que hiciera a COLMENA (hoy PROTECCION), específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Aclarando en este punto la Sala, aun cuando en la demanda se solicitó la nulidad de la afiliación efectuada en diciembre de 1999 con COLFONDOS *(ver fl. 5 pretensión declarativa 1)*, el Juez de primer grado en la etapa de

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

saneamiento del litigio (*Audiencia del 1° de diciembre del 2021 Cd fl. 207*) señaló que conforme a la prueba documental aportada por dicha AFP el estudio del presente litigio giraría en torno al traslado efectuado por la actora a COLMENA en el año 1995.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

> *anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

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

> *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 S.A.

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

---

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

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una

densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma

diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[6], no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues ni tan siquiera recuerda haber recibido información por parte de algún asesor de COLMENA, mencionando creer que fue la oficina de afiliaciones de la entidad donde laboraba que le paso el formulario y le dijo que debía afiliarse ante la liquidación del ISS y el riesgo inminente de perder sus cotizaciones y en ese orden para la Sala los argumentos de la accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP PROTECCIÓN antes COLMENA de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad a la demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA (hoy PROTECCIÓN S.A) *(folio 193 vto.),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa *(folios 190 y 191)* 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 COLMENA hoy PROTECCIÓN proporcionara a la afiliada una

[6] Audiencia del 1° de diciembre de 2021, CD folio 207, récord. 18:50.

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

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

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

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

forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

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

…

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN–antes COLMENA-, omitió en el momento del traslado de régimen **(20 de febrero de 1995),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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 *(fl. 137)* como lo sostiene COLPENSIONES en su apelación, 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 señalados por COLPENSIONES en su apelación, como indiciarios de la ratificación de la voluntad a la que se ha hecho referencia, entre otras, en las sentencias SL3752 de 2020 y SL2440-2021 emanadas de las Salas de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, vale la pena señalar que la Sala Penal de la Corte como juez constitucional, al resolver una acción de tutela presentada por esta última decisión, estableció que esa Corporación desconoció el precedente consolidado por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esa Corte frente al deber de información, el cual debe mirarse al momento del acto jurídico de traslado, sin que resulte relevante las actuaciones efectuadas con posterioridad al mismo.

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

"7.1. Al confrontar los fundamentos de la decisión cuestionada con los anteriores desarrollos jurisprudenciales, se advierte que la Sala de Descongestión No.4 se distancia de manera abierta de los precedentes que en la materia ha fijado la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte.

*7.1.1. Como se dejó visto, la Sala de Descongestión, al dar por acreditado el cumplimiento del deber información por parte de la administradora, tomó en cuenta actos posteriores -aportes adicionales y traslado entre fondos privados-, desconociendo que "ello no contrarresta el incumplimiento del deber de información exigible a la administradora privada de pensiones, el cual como ya se advirtió, **debe ser oportuno e integral al momento del traslado."** (CSJ, SL3611, 11 agosto de 2021, Rad. 88467).*

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

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

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

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

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

(…)

7.2.4. Es claro, entonces, que las Salas creadas en el marco del programa de descongestión no tienen competencia para modificar la jurisprudencia de la Sala permanente, ni para crear nuevas líneas interpretativas, y que cuando por mayoría

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

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (*folio 137*), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de COLPENSIONES, relacionados con los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen

generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

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

> *"Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los*

> *rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (…)".*

Bajo ese escenario entonces, como bien lo sostiene COLPENSIONES, le corresponde tanto a PROTECIÓN como a COLFODNOS retornar los gastos de administración descontados durante el tiempo que estuvo vigente la afiliación de la actora con esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

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

Por lo que habrá de adicionarse la sentencia de primer grado, para condenar a estas administradoras a la devolución de dichas sumas de dinero.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES –entidad a favor de quien se surte la consulta-[7] *(folios 80 y 80 vto)* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

[7] Se tuvo por contestada la demanda por parte de COLPENSIONES mediante autos del 23 de septiembre del 2019 (folio 126).

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

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR un ordinal **CUARTO** a la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, para **ORDENAR** a PROTECCIÓN y a COLFONDOS devolver los gastos de administración que fueran descontados de los aportes efectuados por la actora durante el tiempo en que estuvo vigente la afiliación con cada uno de los fondos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 15 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 DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

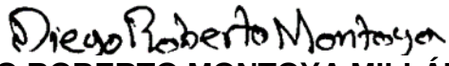
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR DORIS CONSUELO FLAUTERO ROMERO CONTRA ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. Y MEDIMAS EPS S.A.S. (RAD. 15 2019 00441 01).

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada PAOLA ANDREA ORJUELA QUINTERO como apoderada de la demandada MEDIMAS EPS S.A.S, en los términos y para los efectos del poder conferido por HECTOR JAVIER PEÑA VILLAMIL en su calidad de apoderado general de la citada sociedad (folio 198.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por MEDIMAS EPS S.A.S. y la DEMANDANTE (fls. 211 a 213 y 216), 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 interpuestos por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 27 de septiembre del 2021 (Cd a folio 194, récord: 2:13:57, acta a folios 190 a 193), en la que se resolvió:

*"**PRIMERO:** DECLARAR que entre la señora DORIS CONSUELO FLAUTEROROMERO y la sociedad ESIMED S.A existió un contrato de trabajo indefinido por el periodo comprendido entre el 24 de noviembre 2003 y que tuvo su vigencia hasta el 15 de mayo del año 2019, conforme con la parte motiva.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la sociedad ESIMED S.A a pagar las siguientes sumas y por los siguientes aspectos:*

a. *Por conceptos de salarios $4.898.385.*
b. *Por concepto de cesantías $1.216.383*
c. *Por conceptos de interés a las cesantías $119,463*
d. *Por compensación de vacaciones $587.298*
e. *Por prima de servicios $781.657*
f. *Por indemnización por despido $8.819.435*
g. *Por sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 $2.343.726*
h. *por indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del trabajo la suma diaria de $27.603 a partir del 16 de mayo del año 2019, hasta que se efectué el pago de los salarios y prestaciones sociales.*
i. *Al pago debidamente indexados de las sumas que fueron objeto de condena por concepto de compensación de vacaciones de $587.298 y de indemnización por despido $8.819.435, liquidara desde el día 15 de mayo del año 2019 hasta su momento efectivo de pago.*

***TERCERO: CONDENAR** a la demandada ESIMED a realizar los aportes pensionales de la demandante correspondientes a los periodos 1 septiembre del año 2018 al 15 de mayo del año 2019 sobre la base de un salario mínimo de cada anualidad, con los impuestos moratorios establecidos en el artículo 23 de la ley 100 del 93, valores que deberá pagara con destino a la administradora en la cual se encuentre afiliada la señora demandante, conforme se expuso en la parte motiva.*

***CUARTO: ABSOLVER** a ESIMED de las demás pretensiones invocadas en la demanda, específicamente en cuanto a los aportes a la seguridad social en salud y en riesgos profesionales, y conforme se expuso en la parte motiva.*

***QUINTO: ABSOLVER** a la codemandada MEDIMAS EPS S.A.S de todas y cada una de las demandas incoadas en su contra por la demandante, conforme se expuso en la parte motiva. En esos términos declarar probada frente a ella la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido e inexistencia de la solidaridad, conforme a la parte motiva.*

***SEXTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada ESIMED, para efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo 6 SMLMV y a la demandante a favor de MEDIMAS, para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a 1 SMLMV para el año 2021."*

Inconforme con la decisión la parte actora refiere dos puntos específicos de impugnación, el primero de ellos en relación con el salario base que se tomó para determinar todas y cada una de las condenas impuestas, precisando basta con la prueba del otrosí del contrato de trabajo donde se indica que para el año 2008 el salario era de $1.503.200, considerando conforme a ello en manera alguna podía tomarse el salario mínimo para efectos de la liquidación de las

prestaciones por cuanto se está hablando es de un médico nutricionista, es decir, de una profesional especializada que no puede devengar un salario mínimo, aunado a que no puede considerarse que para el año 2008 devengara $1.503.000 y 10 años después pasara a ganar el salario mínimo, situación que en su sentir atenta contra los derechos mínimos del trabajador por cuanto las condiciones laborales no pueden ser desmejoradas, señalando debió tomarse el salario devengado en el 2008.

Así mismo, expresa se debe tener en cuenta la inasistencia de ESIMED a la audiencia obligatoria de conciliación aplicándole las consecuencias de ello, esto es, tener por ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión, donde se encuentra el valor del último salario devengado que corresponde a $2.103.150, liquidando las prestaciones con dicho valor.

El segundo punto de la apelación, hace referencia a la solidaridad que fue negada por el juez de primera instancia entre la empleadora de la demandante ESIMED y la beneficiaria del servicio MEDIMAS, argumentando se encuentra acreditada la relación comercial entre estas dos sociedades ya que incluso en el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de Medimas señaló que sus servicios eran prestados a sus beneficiarios a través de ESIMED.

Indica que la EPS es la encargada de garantizar la prestación del servicio de salud, precisando si bien lo pueden hacer directamente con sus clínicas propias y centros de prestación de servicios, también lo pueden realizar a través de terceros como red prestadora de servicios en donde nace la solidaridad pretendida. Refiere que la demandante cumplía las funciones relacionadas con la prestación de los servicios de salud pues era la médico nutricionista de la CLINICA LLANOS donde se atendían a los usuarios del servicio de salud de la EPS MEDIMAS situación que impide romper la solidaridad bajo el entendido que la EPS simplemente es una entidad administradora del sistema y que la IPS es la que presta el servicio, razón por la cual considera la solidaridad si existe y debe condenarse a MEDIMAS EPS solidariamente con las condenas impuestas. *(Cd a folio 194, récord: 2:17:18, acta a folios 190 a 193)*[1]

[1] "Gracias señor juez respetuosamente me permito presentar recurso interponer recurso de apelación frente a la sentencia que se acaba de dictar el cual procedo argumentar de la siguiente manera: el recurso va dirigido a 2 puntos muy particulares de la sentencia que voy a desarrollar así:

El primero de ellos el salario que se ha tomado como base para efectos de determinar todas y cada una de las condenas impuestas por el despacho, la teoría del despacho es que la carga de la prueba estaba en cabeza de la demandante y que dicha prueba se encuentra huérfana en el expediente haciendo referencia, por supuesto la única prueba obrante en el expediente que es una certificación del año 2008 proferida por la corporación SaludCoop y IPS en su calidad de empleadora, exactamente es el otrosí al contrato de trabajo, donde se habla que el salario para ese momento va a ser de$ 1,503,200.

Lo anterior, para decir que basta esta simple prueba para determinar que de ninguna manera podría considerarse que el salario mínimo a tomar para efectos de la liquidación de las condenas para el resto de periodos contractuales vaya a ser el salario mínimo, por 2 razones fundamentales: la primera porque no estamos ante una mano de obra no calificada, estamos frente a una médico nutricionista, es decir, profesional especializada que por supuesto la condición real de las relaciones laborales no atiende a un salario mínimo y segundo porque hay una prueba material, que en el peor de los casos debió haberse tenido en cuenta porque no puede ser que en el 2008 en el 2008 ganará $1,503,000 y 10 años después pasé a ganar el salario mínimo, eso es inconcebible y atenta contra los derechos mínimos del trabajador, por cuanto las condiciones laborales no pueden ser desmejoradas mucho menos en, este proceso o instancia de una sentencia con base en los argumentos proferidos por el señor juez.

Pero como si eso no fuera suficiente tenemos el artículo 77 el código procesal del trabajo y la Seguridad Social, el cual contiene unas consecuencias procesales por la no contestación de la demanda y no la no asistencia a esta audiencia las cuales no son la discrecionalidad del juez, pues la norma dice lo siguiente artículo 77 inciso 1,2,3,4, inciso 5 excepto en los casos contemplados en los 2 incisos de anteriores si el demandante o demandado no concurre a la audiencia de conciliación, el juez declara clausurada y se producirán las siguientes consecuencias procesales: si se trata del demandante se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en las excepciones de mérito, si se trata del demandado se presumirán ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión, es decir, que aquí hay una consecuencia procesal que es de obligatoria aplicación no está discrecionalidad del señor juez, sino que se debe aplicar a consecuencia procesal de la no asistencia a esta audiencia, de la no contestación de la demanda pese a que se encuentra debidamente notificada la sociedad demanda y representada además como bien se hizo que tampoco asistió la curadora ad litem para esta audiencia, lo que quiere decir que ha tomado una posición negligente y se deben aplicar esas consecuencias procesales, si ello es así la mayor consecuencia procesal es que los hechos sociales de confesión se encuentra el valor del salario o último salario devengado el cual manifestaba en los hechos de la demanda por parte de la demandante se dijo que era el valor de los 2 millones, discúlpeme, toma nota exacto del valor que se dijo en la demanda $ 2,103,150 último salario hecho número 13 de la demanda, lo que es un hecho susceptible de confesión por el representante legal de la sociedad demanda por cuánto se debería aplicar esto y todas las condenas que se han preferido en esta sentencia deberían darse entonces con el valor del salario manifestado por la demandante cuya consecuencia procesal es tenerse por cierto. Esa es la primera parte de mi apelación espero que son argumentos suficientes para que el Tribunal pueda corregir o revocar lo que tiene que ver con el salario propuesto.

La segunda parte, hace referencia a la solidaridad negada por el despacho, la solidaridad entre la entidad demandada empleadora directa que quedó comprobado en este proceso ESIMED, Y la llamada beneficiaria del servicio para este caso MEDIMÁS, considera el señor juez que hay 2 argumentos centrales que impiden que se dé la solidaridad decretada en el artículo 34 del código del trabajo. El primer argumento es que no existe prueba de que haya una relación comercial entre ESIMAD, disculpen, ESIMED y MEDIMÁS, si esto no es cierto contrario a lo manifestado por el despacho en el interrogatorio de parte del representante legal de MEDIMÁS quedó clarísimo que ellos prestaban los servicios de salud a sus beneficiarios a través de subred prestadora de servicios y que indiscutiblemente ESIMED hacía parte de esa red prestadora de servicios, así lo manifestó cuando puntualmente este profesional del derecho le preguntó si se prestaban servicios a los usuarios de MEDIMÁS en la clínica Llanos , atendida por ESIMED, a lo que dijo que efectivamente sí que por eso era codemandada ESIMED, por lo tanto, este argumento no serviría de base para edificar la sentencia como la profirió el despacho.

El segundo, el segundo argumento hace referencia al objeto social o algo que desarrolla y dice oiga una cosa son las EPS, argumento que también trajo a la luz el apoderado de la entidad demandada entendido, decir oiga yo soy el EPS no prestamos servicios de salud lo hacemos a través de las IPS porque por disposición legal así funcionamos, eso tampoco es cierto eso tampoco es cierto porque es que la EPS que es la entidad prestadora de servicios de salud tiene su definición legal en el artículo 177 de la ley 100 del 93, y allí dice lo siguiente: las entidades promotoras de salud son las entidades responsables de la afiliación y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones por delegación del fondo de solidaridad y garantía, su función básica será organizar y garantizar directa o indirectamente la prestación del plan 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 DORIS CONSUELO FLAUTERO ROMERO, las pretensiones visibles a folios 3 y 4, las cuales se fundan en los hechos relatados a folios 2 a 3, aspirando se declare que entre ella y ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS ESIMED S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido del 24 de noviembre del 2003 al 15 de mayo del 2019 con un salario de $2.103.150, el cual termino de manera unilateral y sin justa causa por parte de su empleador. Además, se declare que MEDIMAS EPS S.A. es responsable solidaria de las obligaciones contraídas por ESIMED S.A.

---

salud obligatorio a los afiliados. Continúa con la definición del artículo 178 ya habla de las funciones de las entidades promotoras de salud y una de las funciones es pues podemos leer en el numeral tercer, organizar la forma y mecanismos a través de los cuales afiliados y sus familias pueden acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. El artículo 179 en la misma legislación ley 100 del 93, por su parte indica campo de aplicación de las entidades promotoras de salud, para garantizar el plan de salud obligatorio de sus afiliados las entidades promotoras de salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales.

De estos 3 artículos entonces emana la disposición legal directa donde dice ojo las EPS son encargadas de garantizar la prestación del servicio de salud, que es lo que se está discutiendo aquí a que se dedica a la EPS y a qué se dedica la IPS, por supuesto que la EPS lo puede hacer directamente, con sus clínicas propias y sus centros propios de prestación de servicios de salud, o a través de terceros que es la red prestadora de servicios y quedó demostrado y uno de los argumentos que le dio el señor juez muy acertado por demás, es que si se hace directamente o se subcontrata, se tercerizar nace esa solidaridad; entonces aquí yo creo que ahí es una discusión de si la EPS presta directamente la consulta médica o no, como en el caso lo hacía la nutricionista que hoy demanda, eso no es una discusión que tengamos que dar en este estado según mi criterio, por supuesto, respetando el criterio del despacho pero lo que es clarísimo es que tanto la EPS como la IPS deben garantizar la prestación del servicio de salud a sus afiliados, además porque es el objeto de la ley no puede haber una EPS que funcionen legalmente si no tiene una IPS, es que la institución prestadora del servicio de salud, ya sea directa o ya sea tercerizada, subcontratada prestador ajena de terceros o propias, pero el fin principal de una de EPS es garantizar la prestación de servicios de salud.

Y la hoy demandante hacía o cumplía funciones de garantizar la presencia servicios de salud porque quedó demostrado en los testimonios en la misma declaración de parte demandante que era la médico nutricionista de la clínica Llanos, la cual se atendían los usuarios del servicio de salud de la EPS MEDIMÁS, entonces no se puede romper la solidaridad bajo el efecto o el entendido de que la EPS simplemente una entidad administradora del sistema y la IPS es la que presta el servicio no señor me disculpan y no quiero ser grosero ni irrespetuoso, pero no se puede bajo ese entendido entonces ir a desmejorar o a defraudar los derechos laborales del trabajador, cuando yo EPS tengo la forma de tener IPS o su contrato terceros y entonces la IPS es se líquida, se acaba y entonces el pobre trabajador que no le liquidaron, no le dijeron nada, es más es tan grosera la presentación de ESIMED que ni siquiera aquí 2 testigos dijeron nosotros simplemente nos dijeron vaya para la casa pero esta es la hora que nos han dicho si tenemos contrato, si no tenemos contrato o sea son completamente indolentes con el operario y eso no puede ser permitido y mucho menos, discúlpeme avalado por la autoridad judicial.

En este orden de ideas entonces creo que los argumentos para la solidaridad realmente existen y en ese sentido debería condenarse a la entidad llamada el juicio MEDIMÁS como el EPS solidariamente a las condenas impuestas en esta sentencia, en esos términos señor juez dejó expuesto los argumentos principales de mi recurso de apelación en cuanto al salario y la solidaridad gracias señor juez."

En consecuencia, se condene a las demandadas a pagar a su favor los salarios adeudados del 15 de noviembre del 2018 al 15 de mayo del 2019, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones del 2018 y 2019, la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T, indemnización moratoria, indemnización por no consignación de cesantías, aportes a seguridad social de septiembre a diciembre del 2018 y enero a mayo del 2019, indexación de las sumas adeudadas, condenas *ultra y extra petita,* costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primer grado parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y ESIMED S.A. 24 de noviembre del 2003 al 15 de mayo del 2019 el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador, condenando a ESIMED a pagar a favor de los salarios adeudados, cesantías, intereses, compensación de vacaciones, prima de servicios, indemnización por despido, sanción moratoria, indemnización por no consignación de las cesantías, la indexación de las sumas adeudadas por compensación de vacaciones e indemnización por despido, aportes a pensión por los periodos del 1° septiembre del año 2018 al 15 de mayo del año 2019 sobre la base de un salario mínimo, absolviendo de las demás pretensiones incoadas como también de la solidaridad pretendida con MEDIMAS EPS. Lo anterior tras considerar que no existía discusión alguna frente a la prestación personal del servicio y encontrarse acreditado la modalidad del contrato y los extremos temporales. Frente al salario, estimó, que al no existir prueba del mismo durante todo el periodo de la relación laboral se tomaría el mínimo mensual legal vigente de cada anualidad con el fin de liquidar las acreencias reclamadas, por lo que, aunque se planteó en la demandada que la trabajadora devengaba $2.103.150, no era posible llegar a tal conclusión.

Con relación a la indemnización moratoria y por no consignación de cesantías, señaló no haberse acreditado una razón valedera en la omisión del empleador para el pago de los derechos laborales de la demandante.

Respecto a la solidaridad, consideró que no se configuraban los supuestos del artículo 34 del C.S.T., en tanto no se aportó el contrato comercial suscrito entre ESIMED y MEDIMAS EPS, y además por considerar que las EPS no podían subcontratar servicios ante ESIMED.

Pues bien, se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la 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 apellatum).

Así, considerando los términos en que fue presentada la alzada, no es motivo de controversia en esta instancia que entre la demandante y la sociedad ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS – ESIMED S.A., existió un contrato de trabajo, en virtud del cual la actora, en calidad de trabajadora, se desempeñó en el cargo de MEDICO NUTRICIONISTA en la CLINICA LLANOS de la ciudad de VILLAVICIENCIO, el cual inició el 24 de noviembre de 2003 y finalizó el 15 de mayo del 2019 por decisión unilateral de la demandante en virtud de los incumplimientos de su empleadora, hechos que fueron determinados por el *a quo* sin que fueran objeto de apelación.

En ese sentido, la discusión propuesta ante esta Corporación versa sobre los siguientes aspectos: i) el salario devengado por la trabajadora, y la consecuente liquidación de prestaciones y iii) la procedencia de la declaratoria de solidaridad con MEDIMAS EPS.

Bajo tal estructura, en lo que respecta a la **remuneración de la actora**, quien considera encontrarse acreditado que la última retribución recibida ascendía a $2.103.150 mensual (hecho No. 13 fl. 2 vto), revisadas las pruebas acopiadas al dossier en su integridad, no encuentra la Sala que lo aseverado por la convocante del juicio, esto es, que su salario mensual ascendía a tal valor, trascendiera al plano probatorio pues ni un solo medio de convicción existe del que si quiera se pueda inferir o deducir que esa fue su remuneración.

De hecho, los únicos documentos indiciarios del salario de la trabajadora, son el contrato de trabajo a término indefinido suscrito el 24 de noviembre del 2003 donde se estableció un salario de $1.066.000 (ver fl. 7) y el otrosí No. Uno a dicho contrato, en donde se modificó la asignación salarial a la suma de $1.503.200, éste último de fecha 1° de septiembre del 2008, precisando ésta Corporación la accionante no desplegó actividad probatoria alguna tendiente a

demostrar en el juicio que dicho valor, en efecto le fue cancelado desde esa data y hasta la finalización de la relación laboral, en aras de tenerlo en cuenta para la liquidación de las acreencias laborales como se solicita en la alzada, sin que pueda esta Corporación proferir condena solamente atendiendo las afirmaciones de la parte actora que en realidad se convierten en meras suposiciones.

Debe precisarse al apelante, en los términos del artículo 167 del C.G.P., incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, y en este caso era una carga en cabeza de la demandante la demostración del monto de su salario en suma de $2.103.150, pues se insiste, en el expediente no obra ni un solo elemento de juicio que dé cuenta que alguna vez tal cifra le fue pagada a la trabajadora, sin que para el caso pueda entenderse, como se sugiere por este extremo procesal en la alzada, que ante la falta de objeción por la demandada, debía tenerse por acreditada dicha circunstancia, pues en realidad, si bien las convocadas no negaron el hecho, tampoco lo aceptaron, porque para MEDIMAS EPS, nunca existió vínculo laboral alguno con la demandante y ESIMED estuvo representada en juicio por curador ad litem.

Sobre esto, además, teniendo en cuenta lo alegado en la apelación por la accionante, se recuerda, para que se configure la confesión ficta o presunta como consecuencia de la inasistencia de la parte a absolver el interrogatorio, el juez de primera instancia debe identificar, individualizar y especificar los hechos sobre los cuales recae dicha sanción, los cuales deben ser en realidad susceptibles de ser confesados. De no hacerse ello así, como en efecto aquí ocurrió *(Etapa Conciliación record: 5:04 a 6:02 Cd. fl. 194*), es el interesado quien debe exhibir su inconformidad en ese mismo momento, no siendo por tanto esta la oportunidad para que esta Colegiatura de aplicación a las consecuencias consagradas en las normas procesales pues ello es competencia exclusiva del sentenciador de primer grado[2].

En todo caso téngase en cuenta que la confesión ficta puede ser infirmada o desvirtuada con los demás medios probatorios que lleven al convencimiento de

[2] Al tema pueden consultarse las sentencias SL751 de 2021, SL667 de 2021, SL3395 de 2020.

los hechos, reiterando dentro del presente litigio ninguna prueba se adoso en relación con el salario alegado por la promotora de la Litis.

Frente a este punto, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral- en sentencia SL2774 del 21 de julio de 2020 señaló:

> *"Frente al indicio grave alegado por los censores, en los términos establecidos del parágrafo 2º del artículo 31 del CPTSS, siendo procedente aplicar la contumacia, regulada en el artículo 30 del mismo ordenamiento, modificado por el artículo 17 de la Ley 712 de 2001, la Sala aclara que los indicios no son prueba calificada en casación, como se ha enseñado en sentencia CSJ SL17830-2016.*
>
> ***En esa dirección, la jurisprudencia de la Corporación de manera pacífica y reiterada ha establecido que la prueba de confesión ficta, configurada debidamente, conforme a los requisitos legales, puede ser infirmada o desvirtuada a partir de la valoración de otros medios de convicción (CSJ SL28398-2007, CSJ SL39357-2013, CSJ SL9156-2015 y CSJ SL3865-2017) y también que aquella no opera respecto de terceros no vinculados al proceso (CSJ SL4679-2017).***
>
> *Se indicó en sentencia CSJ SL3865-2017 que:*
>
> > *"De otra parte, a la luz del artículo 201 ibídem, toda confesión puede ser infirmada a partir de la valoración de otras pruebas (CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 39357 y CSJ SL, 9156-2015), ya que el juez del trabajo está protegido por el principio de libertad probatoria y no está sometido a una tarifa legal de pruebas, de manera que puede otorgarle mayor valor a unas en perjuicio de otras (CSJ SL, 25 may. 2010, rad. 36845) y, en esa medida, la prueba de confesión ficta no impide, de manera definitiva, llegar a otras conclusiones fácticas (CSJ SL, 6 mar. 2007, rad. 28398).*
> >
> > *Específicamente, en torno a la confesión ficta prevista en el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Corte ha precisado que:*
> >
> > *No necesariamente la consecuencia adversa que ha de sufrir la parte incumplida en la audiencia de conciliación, esto es sufrir los efectos de la confesión ficta, ha de determinar la convicción del juzgador sobre los hechos objeto del litigio, puesto que es bien sabido que el juzgador de instancia, de acuerdo con el artículo 61 del CPT, puede formar libremente su convencimiento de la verdad real "inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal de las partes".*

Atendiendo tales consideraciones, para la Sala no hay lugar a modificar el salario determinado en la sentencia apelada, esto el mínimo de los años 2018 y 2019, dada la ausencia de prueba sobre el particular.

Por último, frente a la **responsabilidad solidaria** de MEDIMAS EPS, invocada por el actor en la alzada resulta pertinente señalar esta figura jurídica -solidaridad del dueño o beneficiario de la obra- se encuentra prevista en nuestro

ordenamiento sustantivo laboral en el artículo 34, que en su tenor literal preceptúa:

> "*"1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero* ***el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.***
>
> ***2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas."*** (Negrillas de la Sala)

Frente a la misma, la Corte Suprema de Justicia ha precisado en múltiples pronunciamientos que esta solidaridad *"fue instituida en la normatividad sustantiva laboral, con el fin de garantizar el pago de las acreencias laborales de los trabajadores cuando se presenta la contratación de trabajos u obras por parte de empresas a través de contratistas, siendo beneficiarias o dueñas de la obra las primeras"*[3]. Puntualmente, en sentencia SL3111 de 2021 -reiterada en la SL4322 de 2021-, explicó:

> *"(...)*
>
> *Fuera de lo observado, en sentencia CSJ SL 4430 -2018, sobre el propósito de la institución jurídica de la solidaridad en la responsabilidad del beneficiario del trabajo, apuntaló la Sala:*
>
> > *«No debe perderse de vista que la razón histórica que inspiró la consagración normativa de la solidaridad que hoy ocupa la atención de la Sala, fue evitar que los derechos de los trabajadores fueran burlados cuando los grandes empresarios* ***contrataran*** *la ejecución de una o más obras y los contratistas o subcontratistas no tuvieren la solvencia económica para responder por las acreencias laborales causadas, de tal manera que pudiera acudirse a obligar al beneficiario de ella a satisfacerlas, facultándole a su vez la acción de repetición por lo pagado».*
>
> *También, ha sido enfática esta corporación en considerar que dicha solidaridad es aplicable, salvo que los servicios o la obra contratada traten actividades extrañas a las que normalmente desarrolla la empresa contratante, y además que, la*

[3] SL4322 de 2021.

*pluricitada figura no guarda relación alguna con la vinculación del trabajador, **pues es diáfano que se pregona únicamente respecto al contratista independiente**, lo que deriva, sencillamente, en que el deudor solidario, en calidad de contratante, tan solo sea un garante de las obligaciones laborales adeudadas por el empleador.*

Vale la pena, entonces, traer a colación lo expuesto en la sentencia CSJ SL3718-2020, en la que se discurrió:

La jurisprudencia ha considerado que la solidaridad legal prevista en el art. 34 del CST entre el beneficiario o dueño de la obra y el contratista independiente tiene como objetivo central garantizar la protección de los trabajadores en lo que respecta al reconocimiento y pago efectivo de las acreencias laborales, producto de la contratación que efectúe el beneficiario o dueño de la obra con un contratista independiente para la realización o prestación de una obra o servicio determinado, salvo que se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de aquel. Así lo ha dicho esta Corporación en sentencias CSJ SL, 26 sept. 2000, rad. 14038, 1 marzo 2010, rad. 35864 y SL217-2018, entre otras, donde ha sostenido:

[…] el legislador, con el sentido proteccionista que corresponde al derecho laboral, previendo la posibilidad de que el contrato por las grandes empresas, como vehículo que les sirva para evadir las obligaciones sociales, y dada la frecuencia con que los pequeños contratistas independientes caen en la insolvencia o carecen de la responsabilidad necesaria, sin desconocer el principio de que el beneficiario de la obra no es en caso alguno el sujeto patronal, estableció expresamente, a favor exclusivo de los trabajadores, la responsabilidad solidaria del contratista y del beneficiario por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que puedan tener derecho, sin perjuicio de que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o repita con él lo pagado a esos trabajadores.

Para la Corte,

*[…] **esta figura jurídica [refiriéndose a la solidaridad] no puede asimilarse ni confundirse con la vinculación laboral…, pues tiene cada una alcances y consecuencias distintas. Es claro que la vinculación de carácter laboral es con el contratista independiente y que el obligado solidario no es más que un garante para el pago de sus acreencias, de quien, además, el trabajador puede también exigir el pago total de la obligación demandada, en atención al establecimiento legal de esa especie de garantía. […]***

De esta manera lo ha dicho esta Corporación:

*'La fuente de la solidaridad, en el caso de la norma, no es el contrato de trabajo ni el de obra, aisladamente considerados, o ambos en conjunto, sino la ley: esta es su causa eficiente y las dos convenciones su causa mediata, o en otros términos: **los dos contratos integran el supuesto de hecho o hipótesis legal. Ellos y la relación de causalidad entre las dos figuras jurídicas, son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada (Sent., 23 de septiembre 1960**, "G.J.", XCIII, 915).'…" Sentencia CSJ SL de 26 de sept. de 2000, n.° 14038."*

Con relación a la hermenéutica de dicha disposición ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, la misma contiene dos requisitos para su procedencia, a saber: i) ser beneficiario de la obra o del servicio contratado y, ii) que las

actividades ejecutadas por la contratista a favor de la contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que sean afines[4].

Conforme tal reseña jurisprudencial, para que opere esta solidaridad se requiere que se verifique, preliminarmente, tanto la existencia del contrato de trabajo como del vínculo jurídico que liga al beneficiario de la obra con el contratista independiente, pues ellos y su relación de causalidad, en palabras de la Corte "***son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada"***[5].

Adicionalmente, es necesario que las actividades contratadas sean afines con las labores propias y ordinarias de la parte contratante, tal como lo adoctrinó el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia de radicación No. 28438 de 20 de febrero de 2007[6], donde concluyó que el dueño de la obra debe responder

---

[4] Sentencia CSJ SL5053-2019, reiterada en SL1863 de 2020.

[5] Sent., 23 de septiembre 1960, "G.J.", XCIII, 915).'…" Sentencia CSJ SL de 26 de sept. de 2000, n.° 14038

[6] *"…**En este caso ocurre, que el Instituto Nacional de Vías fue el dueño de la obra contratada por el contratista empleador incumplido, como lo estableció probatoriamente el Tribunal. Por ello, si bien el numeral 2º del artículo 134B de la Ley 446 de 1998 denunciado por falta de aplicación, da a los jueces administrativos la competencia para conocer de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho originados en una relación laboral de carácter legal y reglamentaria, es innegable que los derechos del demandante se invocaron con fundamento en la vinculación laboral con el contratista y la solidaridad del ente estatal, para efectos de la satisfacción de las deudas provenientes de ella, sin que se discutiera la naturaleza del carácter laboral del contrato que unió al servidor acá demandante, orientándose ésta a la imposición de la condena solidaria.***

Respecto de ello de manera reiterada esta Sala de Casación ha sostenido, que:

"(…)el obligado solidario no es más que un garante para el pago de sus acreencias, de quien, además, el trabajador puede también exigir el pago total de la obligación demandada, en atención al establecimiento legal de esa especie de garantía. Y no por ello puede decirse que se le esté haciendo extensiva la culpa patronal al Municipio demandado. No, la culpa es del empleador, pero los derechos respecto de los salarios, las prestaciones e indemnizaciones (como lo enuncia el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo) que de ella emanan son exigibles a aquel en virtud, como atrás se anotó, de haberse erigido legalmente la solidaridad que estableció el estatuto sustantivo laboral, en procura de proteger los derechos de los asalariados o sus causahabientes".

"'(…)La fuente de la solidaridad, en el caso de la norma, no es el contrato de trabajo ni el de obra, aisladamente considerados, o ambos en conjunto, sino la ley: esta es su causa eficiente y las dos convenciones su causa mediata, o en otros términos: los dos contratos integran el supuesto de hecho o hipótesis legal. Ellos y la relación de causalidad entre las dos figuras jurídicas, son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada"' (Sent., 23 de septiembre 1960, "G.J.", XCIII, 915).

solidariamente por las obligaciones generadas por el empleador o contratista incumplido, **desde luego, si la actividad del beneficiario de la obra, es similar a la del contratista**, postura reiterada, entre otras en sentencias con radicación No. 35864 de 1º de marzo de 2010, SL11655 del 2 de septiembre de 2015, SL3718 de 2020 y en la SL640 de 2022 al expresar: "*para que se presente la solidaridad alegada es preciso que exista una relación directa entre el giro ordinario de los negocios del obligado solidario y la actividad que realizaba el trabajador".*

En similares términos, en sentencia SL 7789-2016, esa Corporación sostuvo:

> *"Como lo destaca el recurrente, la disposición legal que concibe la solidaridad entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra por el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores del primero,* ***exige que las actividades que desplieguen uno y otro tengan el mismo giro ordinario o normal, vale decir tengan correspondencia en su objeto social.***
>
> *No se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del C.S.T. es* ***preciso que las tareas coincidan en el fin o propósito que buscan empresario y contratista; en otras palabras, que sean afines."*** (Negrilla y Subrayas de la Sala),

En sentido contrario, la Corte ha enseñado que, si las labores contratadas son ajenas al objeto ordinario de la contratante, no surge la solidaridad contemplada en el artículo 34 del CST. Así, en sentencia con radicación 39648 del 25 de septiembre de 2009, precisó:

> *"(…) esta Corte reitera una vez más que la solidaridad establecida en el artículo 34 del CST es una garantía del pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tiene*

"No debe perderse de vista que la razón histórica que inspiró la consagración normativa de la solidaridad que hoy ocupa la atención de la Sala, fue evitar que los derechos de los trabajadores fueran burlados cuando los grandes empresarios contrataran la ejecución de una o más obras y los contratistas o subcontratistas no tuvieren la solvencia económica para responder por las acreencias laborales causadas, de tal manera que pudiera acudirse a obligar al beneficiario de ella a satisfacerlas, facultándole a su vez la acción de repetición por lo pagado"(sentencia del 26 de septiembre de 2000, Rad. 14038).

Tal y como lo diferencia la sentencia, la solidaridad proviene de la ley y se constituye en parte del efecto de la responsabilidad, trayendo al responsable solidario como un garante de las obligaciones que emanan del empleador; siendo esa la vinculación entre el trabajador su empleador y el dueño o beneficiario de la obra, mas no el contrato de trabajo, que como se dijo no se alegó respecto de la entidad estatal demandada.

> *derecho el trabajador, e, igualmente, precisa que dicha garantía se activa a cargo del beneficiario o dueño de la obra en virtud del convenio celebrado entre este y el empleador, salvo que lo contratado se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de aquel."*

Precisado lo anterior, con relación al primero de los presupuestos, esto es, que el contratante sea beneficiario de la obra o servicio contratado, destaca la Sala, los testigos JAIME EDUARDO CRUZ RIAÑO[7] y YURLEY GUERRA VELASQUEZ[8], compañeros de trabajo de la demandante, el primero de ellos desde el año 2013 y la segunda desde el 2003, fueron consistentes en señalar que la actora estuvo vinculada a ESIMED, desempeñando el cargo nutricionista al servicio de la CLINICA LLANOS donde se atendían a todos los pacientes de la EPS MEDIMAS, manifestando era la accionante la encargada de dar todos los planes de alimentación a los pacientes que tal EPS en todas las áreas de la clínica, resultando claro que esta última fue beneficiaria de los servicios prestados por la trabajadora, por lo que acreditado se encuentra el primero de los supuestos a que se refiere el artículo 34 del C.S.T.

Con relación al segundo presupuesto, esto es, "*que las actividades ejecutadas por la contratista a favor de la contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que sean afines"*, necesario resulta traer a colación el objeto social de las citadas sociedades inicialmente el de ESIMED S.A., el cual se encuentra dirigido entre otras a lo siguiente (folio 24 vuelto):

> *"Objeto Social: La sociedad tiene como objeto social, la administración directa de Servicios de Salud I. P.S. el diseño y ejecución de programas de prevención y promoción de la salud, la comercialización y distribución de equipos para la prestación de servicios de salud, la importación, comercialización y distribución de equipos para la prestación de servicios de salud, la conformación centro de acondicionamiento y control físico, la aplicación de programas de auditoria en las áreas de la salud, la asesoría a otras organizaciones de objeto similar. En desarrollo de ese objeto social, la empresa podrá celebrar toda ciase de contratos y actos tanto civiles como mercantiles, que guarden relación directa con el objeto social de la empresa, asociarse para la conformación y prestación con cualquier persona natural o jurídica, privada o pública, invertir en sociedades que tengan fines conexos similares o complementarios, adquirir inmuebles o muebles para fines conexos similares o complementarios, adquirir inmuebles o muebles para el desarrollo del objeto, invertir sus excedentes de tesorería en títulos valores y acciones, papeles oficiales y otros. En todos los casos, la sociedad tendrá la más amplia capacidad para ejercer sus obligaciones legales contractuales."*

[7] Cd folio 194, récord 16:57
[8] Cd folio 194, récord 33:18

Por su parte el objeto social de MEDIMAS EPS S.A.S. (fl. 128) se basa en:

> *"Objeto social: La sociedad tendrá como objeto actuar como entidad promotora de salud de los regímenes contributivo y subsidiado dentro del sistema de seguridad social en salud de la república de Colombia, incluyendo la promoción de la afiliación a éste en su ámbito geográfico, la organización y garantía de las prestación de los servicios de salud previstos en el plan de beneficios vigente, directamente o a través de terceros, efectuar el recaudo de las cotizaciones, administrar el riesgo en salud de sus afiliados y en general actuar como titular del aseguramiento en los términos de la Ley 100 de 1993, la Ley 1122 de 2007, la Ley 1438 de 2011, la Ley estatutaria 1751 de 2015, la Ley 1753 de 2015 (...)"*

Adicionalmente, contrario a lo referido por el Juez de primer grado, MEDIMAS EPS en la contestación de la demanda aceptó haber contratado a ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A. (ESIMED) "*por ser un profesional en la prestación de los servicios de salud",* refiriendo (Ver fl. 105):

> *"2. En ejercicio de su objeto social,* ***MEDIMAS E.P.S. S.A.S. y ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A. (ESIMED)****, celebraron contratos comerciales para la prestación directa, oportuna y continúa por parte del* ***PRESTADOR*** *de los servicios de salud a los afiliados que se encuentren relacionados en la Base de Datos Única de Afiliados a* ***MEDIMAS EPS****, mediante la modalidad de capitación, dentro del modelo de atención a los departamentos"*

Igualmente, aun cuando no aporta el contrato comercial celebrado con ESIMED si anota que su objeto social fue (fl. 105):

> ***CLÁUSULA PRIMERA. -OBJETO****: El objeto del presente Contrato es la prestación directa, oportuna y continua por parte del* ***PRESTADOR*** *de los servicios de salud a los afiliados que se encuentren relacionados en la Base de Datos Única de Afiliados de* ***MEDIMAS EPS****, mediante la modalidad de capitación, dentro del modelo de atención en los departamentos*

En tal sentido, en los términos del artículo 34 del C.S.T. conforme a los objetos sociales atrás descritos de cada una de las demandadas, se tiene que los mismos están relacionados o conexos con la administración y prestación de servicios en el sector salud, razón por la cual resulta claro para esta Sala de decisión que las actividades realizadas por ESIMED S.A., no son extrañas entre sí, aunado a ello, la señora DORIS CONSUELO FLAUTERO ROMERO fue contratada a efectos de realizar actividades propias para el cumplimiento del contrato suscrito entre el ESIMED y MEDIMAS EPS, en el cargo de NUTRICIONISTA, circunstancia ésta última que se extrae de las manifestaciones expuestas por los testigos decretados

en este proceso, y en ese orden resulta claro para la Sala que la actora prestó los servicios de salud a los afiliados de MEDIMAS EPS*,* evidenciándose con claridad el nexo de causalidad entre las funciones desarrolladas por la actora como médico nutricionista y el objeto del contrato a desarrollar por ESIMED a favor de MEDIMAS EPS.

Lo indicado en precedencia permite inferir a la Sala que, además de ser dueña de la obra contratada, la demandada MEDIMAS EPS era beneficiaria de los servicios prestados por la trabajadora como *nutricionista,* por lo que deberá responder solidariamente por las condenas impuestas a cargo del empleador.

Téngase en cuenta y en punto a los alegatos de conclusión presentados por ésta demandada, la figura de la solidaridad no guarda relación alguna con la vinculación de la trabajadora, pues ello se pregona únicamente respecto al contratista independiente, lo que deriva, entonces en que el deudor solidario, en calidad de contratante, tan solo sea un garante de las obligaciones laborales adeudadas por el empleador, así se indicó en reciente sentencia SL 640 del 2022 Rad. 86690 del 21 de febrero del 2022, de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en los siguientes términos:

> *"…es preciso recordar que, en la solidaridad en materia laboral lo que sucede es que para salvaguardar los derechos de los trabajadores se hacen extensivas al obligado solidario como beneficiario de la labor contratada las deudas laborales que se encuentran en cabeza del contratista como empleador,* ***pero ello no ocurre, porque le asista responsabilidad en el pago de las acreencias surgidas con ocasión de la relación de trabajo sino en virtud de la solidaridad que opera por ministerio de ley*** *le son extensivas las acreencias del empleador."* (Negrillas fuera de texto).

Razones por las cuales se ha de revocar en este punto la sentencia apelada, para en su lugar establecer que la sociedad MEDIMAS EPS deberá ser condenada solidariamente al pago de las acreencias de la accionante, ya determinadas por el Juez de primer grado.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la revocatoria del numeral QUINTO de la sentencia proferida pro el *a quo*, según las disquisiciones hechas por la Sala.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

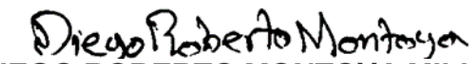
R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el numeral QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto a que se **DECLARA** que MEDIMAS EPS. S.A.S. es solidariamente responsable de las condenas impuestas a ESIMED S.A., en su calidad de beneficiaria de la obra, de acuerdo a lo considerado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, 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 GLORIA MERY DUARTE CARREÑO CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP – y la vinculada como litisconsorcio necesario la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-[1] (RAD. 15 2019 00701 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de apoderada principal de la entidad, conforme escritura pública No. 120 de 1° de febrero de 2021 (fl.72 vto).

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante, UGPP y COLPENSIONES (folios 68, 69, 71, 72 y 77) 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,

[1] Por auto del 29 de enero del 2021, se dispuso su vinculación (fl. 39).

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por la demandante y por la UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de noviembre del 2021 (Cd. fl. 63, record 51:08), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: CONDENAR** a la demandada UNIDAD GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP- al reconocimiento y pago a favor de la señora demandante GLORIA MARY DUARTE CARREÑO, la pensión sanción establecida en el artículo 8 de la ley 171 de 1991, que se hace exigible a partir del día 5 mayo del año 2018, en un valor para ese momento de $911.741 valor este que se deberá reajustar año a año conforme los incrementos que ha dispuesto el gobierno nacional año a año hasta su inclusión en nómina con el valor que corresponda al momento de la inclusión, estableciendo entonces como mayor valor a cargo de la UGP (sic) únicamente lo correspondiente a la mesada 14 para cada año, es decir, se pagará en cada año únicamente una mesada pensional al año lo referente a la mesada 14. Estas mesadas 14 correspondiente a los años 2018, 2019, 2021, se pagarán debidamente indexadas hasta su momento efectivo de pago, inclusión en nómina con este valor que corresponde al momento de inclusión.*
>
> ***SEGUNDO: AUTORIZAR** a la UGP (sic) para que dicha mesada pensional 14 que se pagará año a año a la señora demandante, la única oportunidad a la misma, se descuente lo correspondiente y el retroactivo se descuenten los correspondientes aportes a la salud, como lo prevé el artículo 140 de la ley 100 de 1993.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR** no demostradas las excepciones de prescripción propuestas por la parte demandada UGP (sic), y demostradas las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación propuestas por COLPENSIONES, y **ABSOLVER** a esta de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la presente acción.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada UGP (sic), para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a medio salario mínimo legal vigente para el año 2021, sin costas a cargo de COLPENSIONES.*
>
> ***QUINTO:** Si la presente providencia no fuera impugnada ligada la naturaleza jurídica de UGPP, se remitirán las diligencias al superior para efectos que la revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta."*

Contra lo así decidido, el apoderado de la parte demandante solicita se modifique parcialmente la sentencia proferida en relación con el promedio utilizado para hacer la liquidación de la primera mesada pensional, solicitando se tome el valor de $188.688 el cual debidamente indexado arroja el valor de $2.390.269,32 y aplicando la correspondiente tasa de reemplazo se obtiene como primera mesada

pensional de la demandante a partir del 5 de mayo de 2018 un valor de $1.691.364,53. (Cd fl. 63, record: 53:55)[2]

Por su parte la UGPP en su alzada sostiene no ser cierto que la edad para este tipo de pensiones sea un requisito de exigibilidad y no de causación, porque se debe tener en cuenta la perdida de vigencia del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 el cual tuvo vigencia hasta el 31 de marzo de 1994 fecha en la que entró a regir el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, por lo que expresa quedo derogado, por ende asegura no puede afirmarse que la edad sea simplemente un medio de exigibilidad mas no de causación, precisando la Ley 100 de 1993 no contempla las pensiones por retiro voluntario y en esa medida la demandante al 1° de abril de 1994 no había cumplido los 60 años de edad, además de no haber demostrado el despido sin justa causa como lo exige el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

Por otro lado, manifiesta como quiera que a la demandante mediante la resolución GNR 2427 de fecha de 30 de junio de 2014, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES le reconoció una pensión vejez, no se le puede reconocer la prestación aquí solicitada por cuanto seria contrario a lo estipulado en el artículo 128 de la Constitución Política.

Expresa se debe tener en cuenta que al 15 de noviembre de 1991 la demandante solamente contaba con una mera expectativa más no con un derecho adquirido, ya que el derecho fue adquirido hasta que cumplió la edad de los 60 años, fecha para la cual ya había perdido vigencia el artículo 8 de la ley 171 de 1961.

Por último, en cuanto a la condena en costas señala que de conformidad con los artículos 365 y 366 del CGP, es necesario que aparezca probado en el expediente que se causaron y al momento de fijarse el monto deberán analizarse las

[2] "Gracias su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial sala laboral, para que en efecto modifique parcialmente la sentencia proferida por el despacho en los siguientes términos.

En relación al valor, permítame un segundo, al último salario promedio utilizado para hacer la liquidación de la primera mesada pensional de la señora, en lo referente a que se tome el valor de $188.688 pesos, el cual debe ser multiplicado por el IPC final por el IPC inicial, para que nos dé un valor de $2.390.269. 32 al cual se le aplica una tasa de reemplazo del 75% para que nos dé como la primera mesada pensional de la señora a partir del 5 de mayo de 2018 un valor de $1.691.364, 53, teniendo en cuenta el valor del IBL en proporción a los 18 años, 10 meses y 12 días de trabajo. Es usted muy amable su señoría dejo sustentado mi recurso de apelación."

circunstancias de cada caso, precisando la determinación de las costas no es una consecuencia automática dentro del proceso, pues para imponerlas el señor juez debe analizar la conducta asumida por las partes y determinar si estas se probaron y por lo tanto se causaron, solicitando sea revocada la condena en costas, toda vez que su representada ha actuado de buena fe. (Cd fl. 63, record: 55:07)[3]

[3] "Gracias señor juez, me permito también pues estando dentro del término que me concede el señor juez, interpongo recurso de apelación, el cual me permito sustentar de la siguiente manera. Me permito solicitar de manera respetuosa al Honorable Tribunal que conozca el presente recurso se sirva de revocar la sentencia en su totalidad, y si bien pues respeto la decisión a la cual llega el señor juez no puedo compartirla por lo siguiente.

El señor juez dentro de la decisión que acaba de proferir señala que la edad que es un, se tiene como exigibilidad más no como causación, lo cual no es cierto se debe tener en cuenta lo contemplado o lo señalado, o se tiene en cuenta la perdida de vigencia del artículo 171 del 61, lo cual me permito solicitar al Honorable Tribunal sea tenido en cuenta, esto por lo siguiente. Debo mencionar que dentro del presente asunto se solicita una pensión restringida de jubilación teniendo en cuenta lo contemplado en el artículo 8 de la ley 171 del 61, sin embargo, si uno analiza o si uno verifica el artículo, este artículo tuvo vigencia hasta el 31 de marzo de 1994, fecha a la cual empezó a regir el artículo 143 de la ley 100 de 1993, por tanto quedo derogado o perdió vigencia el artículo 8 de la ley 171 del 61, en ese sentido no es cierto que la edad sea simplemente sea un medio de exigibilidad más no de causación, toda vez que si era un medio de causación y si se debía tener en cuenta y si se tiene en cuenta que la edad la cumplió con posterioridad a la ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta también que existió una pérdida de vigencia del artículo 8 y debo señalar que esta disposición del artículo 143 de la ley 100 de 1993 no contempla las pensiones por retiro voluntario, en consecuencia la demandante al 01 de abril de 1994 no había cumplido las condiciones de 60 años de edad y no demostró por tanto, el despido sin justa causa como lo requiere el artículo 143 de la ley 100 de 1993.

De otra parte me permito solicitar sea tenida en cuenta la sentencia de la Corte Constitucional C664 del 96 y C372 del 98 que contempla que la pensión sanción tiene como carácter prestacional y es subsidiaria e incompatible con otra pensión del sistema general de pensiones, puesto que su carácter es residual para garantizar el acceso a la protección de la tercera edad de las personas que no puedan acceder a una pensión y en caso que ya tenga pensión vejez este objetivo no, ya no se puede cumplir y resultaría incompatible con la prestación ya reconocida. Entonces, teniendo en cuenta lo que aquí se contempló y lo que el señor juez señaló en la sentencia mediante la resolución número GNR 2427 de fecha de 30 de junio de 2014, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES reconoció una pensión vejez a la parte demandante, entonces se puede observar y como también lo observó el señor juez y así lo allegó mediante proyecto pensión enviada a mi representada UGPP por parte de COLPENSIONES, y la cuarta parte es solicita por esta entidad, cuota parte que también debo señalar lo advirtió el señor juez en su decisión los tiempos del 03 de enero del 73 al 15 de noviembre de 1991 ya fueron tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión vejez, razón por la cual se contraria lo estipulado en el artículo 128 de la Constitución Política y no podría en ese sentido tampoco reconocerse la pensión solicitada.

Así las cosas, pues no es posible reconocerse la pensión restringida de jubilación que hoy se reconoció, por tanto, me permito solicitar nuevamente al Honorable Tribunal que conozca del presente recurso, se sirva revocar la decisión.

Ahora bien, también me permito solicitar sea analizada la mera expectativa, los derechos adquiridos esto por cuanto si bien es cierto al 15 de noviembre de 1991 la demandante solamente contaba con una mera expectativa más no con un derecho adquirido, ya que adquirió el derecho fue hasta él, hasta que cumplió la edad de los 60 años, esto quiere decir que si uno analiza y uno tiene en cuenta de nuevo al cumplir la edad que es cuando ya tendría que tener el derecho, se debe analizar el cumplimiento de ese requisito junto con los demás requisitos y al analizar esa norma nuevamente se puede observar que ya perdía la vigencia el artículo 8 o la ley 171 del 61.

Por último, me permito solicitar en cuanto a la condena en costas también sea analizada los artículos 365 y 366 del Código general del proceso por remisión expresa del Código Procesal del Trabajo y la seguridad social, regulan específicamente la condena en costas y en el numeral 8 del artículo 361 dispone que significa

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 GLORIA MERY DUARTE CARREÑO en éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 3 y 4 del expediente, **las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos relatados a folio 2,** aspirando principalmente se declare estuvo vinculada a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero mediante contrato de trabajo escrito de duración indefinida desde el 3 de enero de 1973 al 15 de noviembre de 1991; que en audiencia especial de conciliación, dieron por terminado el contrato de trabajo a término indefinido por mutuo consentimiento a partir del 16 de noviembre de 1991, por ende tiene derecho a la pensión de jubilación proporcional de que trata el artículo 8 de la Ley 171 de 1961; en consecuencia solicita se condene a la demandada a reconocer y ordenar el pago de la pensión legal proporcional a partir del 5 de mayo del 2018, fecha en que cumplió los 60 años de edad, incluyendo las mesadas de junio y diciembre, actualizando el último salario promedio mensual de $188.686 devengado con el IPC desde la fecha de desvinculación hasta el día en que cumplió los 60 años; se ordene el pago de las mesadas causadas a futuro, con los respectivos aumentos legales y la indexación hasta que se efectúe el pago, costas, agencias en derecho y los derechos *ultra* y *extra petita*; **obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, en donde si bien se accedió al reconocimiento pensional a partir del día 5 de mayo del 2018 en cuantía inicial de $911.741, tras considerar que si bien la demandante cumplió con los requisitos establecidos en la Ley para adquirir el derecho a la pensión restringida de jubilación, aclarando que la edad es un requisito de exigibilidad mas no de causación, dispuso que la UGPP solo debía cancelar como mayor valor a su cargo la mesada 14, como quiera que operó el fenómeno de la

---

que para que proceda la condena en costas es necesario que aparezca probado en el expediente que se causaron y además el señor juez al momento de fijar el monto deberá analizar las circunstancias de cada, de cada caso. En ese sentido, la determinación de las costas no es una consecuencia automática dentro del proceso, para imponerlas el señor juez debe analizar la conducta asumida por las partes y determinar si estas se probaron y por lo tanto se causaron, en el presente asunto me permito solicitar que también sea revocada la condena en costas, toda vez que mi representada ha actuado de buena fe, si mi representada negó la prestación, es porque contemplo la perdida de la vigencia de la normatividad por la cual se solicitaba y por lo tanto, no podía ser condenada en costas, entonces también me permito solicitar que sea analizada esta parte, también por el Honorable Tribunal que conozca del presente recurso. Dejo así presentado, sustentado mi recurso, muchas gracias señor juez."

compartibilidad con la pensión de vejez reconocida por Colpensiones, cuya mesada fue superior a la establecida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, ordenando el pago indexado de tales mesadas, autorizando a la UGPP realizar los correspondientes descuentos en salud del retroactivo adeudado, declarando no probada la excepción de prescripción.

Previo a abordar el estudio del asunto que nos ocupa por vía de apelación de las partes y consulta en favor de la UGPP, es menester precisar, conforme puede verificarse en la copia de la certificación laboral expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (obrante a folio 21), la demandante se vinculó a la liquidada Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero S.A. el 3 de enero de 1973 y se desvinculó el 15 de noviembre de 1991, año en que la accionante y la Caja Agraria resolvieron libre y voluntariamente dar por terminado el contrato de trabajo por mutuo consentimiento, a partir del 16 de noviembre de 1991 en audiencia especial de conciliación, llevada a cabo el 15 de noviembre de 1991 ante la Inspección Nacional de Trabajo y Seguridad Social de Tunja (folios 22 a 25).

De tal manera, inicialmente habrá de recordarse, el contenido del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en lo que aquí interesa:

> *"El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos ($800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de esa ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.*
>
> *Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido.* ***Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad".*** *(Subrayado y negrilla de la Sala).*

Así pues, conforme se puede verificar con las copias del registro civil de nacimiento y de la cédula de ciudadanía (páginas 18 y 19), la accionante nació el 5 de mayo de 1958 por lo que cumplió la edad de 60 años el **5 de mayo de 2018**, así como, de conformidad con la certificación atrás referida obrante a folio 21, se

puede corroborar que ésta prestó sus servicios a la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO, por espacio de 18 años, 10 meses y 12 días.

Así las cosas, su vinculación terminó después de 15 años de servicios, de mutuo acuerdo, conforme al acta de conciliación citada de manera precedente, lo cual contrario a lo referido en la apelación por la UGPP equivale al retiro voluntario de la ex trabajadora, conforme así se ha dejado explicado con claridad por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto puede consultarse la Sentencia SL4578 del 9 de abril de 2014[4] y la SL 3443 del 21 de agosto del 2019[5], por lo que sin lugar a dudas, la señora DUARTE CARREÑO reúne los requisitos previstos en la norma citada, para acceder al derecho pensional solicitado, a partir del cumplimiento de la edad de 60 años, esto es, 5 de mayo del 2018, como así se definió en sentencia de primer grado.

Ahora bien, en relación con la vigencia del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 a partir de la entrada en vigor del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, aspecto también apelado por la pasiva, debe precisar la Sala, la Corte Suprema de Justicia ha determinado de manera clara en reiterada jurisprudencia, que la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario consagrada en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, se causa con el retiro voluntario del trabajador después de 15 años de servicios, siendo la edad de 60 años solo un requisito para su exigibilidad, por lo que ese derecho adquirido no se pierde por la aparición de nuevas

---

[4] *"En lo que atañe al argumento de la defensa presentado en la contestación con el fin de oponerse al reconocimiento de la pensión solicitada por el demandante, consistente en que el contrato de trabajo que ligó a las partes terminó por «mutuo acuerdo», en tanto que, en su criterio, el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 tiene previsto este tipo de pensión «…cuando se trata de un retiro voluntario del trabajador o lo que es lo mismo cuando el trabajador renuncia», y, en su entender, «es claro que el mutuo consentimiento y la renuncia no son causales de terminación iguales y por ende no pueden asimilarse» para efectos de la aplicación del precitado artículo 8º, corresponde decir que tal argumento es a todas luces infundado, puesto que el supuesto de hecho que el citado precepto prevé es "el retiro voluntario", el cual está relacionado con la finalización del vínculo por el querer del trabajador, en contraposición de la otra hipótesis también contenida en la misma norma, cual es el caso del despido sin justa causa que equivale a la decisión unilateral de la empresa, en contra de la voluntad del trabajador; por tanto, estima la Sala que la supuesta diferencia aludida por la empresa entre la «renuncia» y «el mutuo acuerdo» es vana, y no es más que una excusa de último momento para eludir el cumplimiento de su obligación una vez esta se hizo exigible, pues no pasa por alto esta Sala que, desde un principio, la empresa tuvo claro que el contrato de trabajo finalizó por voluntad del trabajador, y que junto con el requisito de tener más de 15 años de servicio, solo le quedaba a este esperar a cumplir los 60 años de edad para exigir la pensión, (…)"*

[5] "*Del mismo modo esta Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL, 16 jul. 2001, rad. 15555,* ***precisó que el mutuo acuerdo plasmado en una conciliación con la cual se da por terminado el contrato de trabajo, como en esta ocasión acontece, puede entenderse como un retiro voluntario****, en cuanto hay un acto de voluntad del trabajador tendiente a finalizar el vínculo jurídico laboral, criterio que ha sido reiterado entre otras, en las sentencias CSJ SL, 6 sep. 2011, rad. 45545 y CSJ SL859-2013, 4 dic. 2013, rad. 43701"*

disposiciones en materia de seguridad social, como seria para el caso, la Ley 100 de 1993.

En el *sub examine,* para la fecha en que se produjo el retiro voluntario de la accionante, 15 de noviembre de 1991 (fl. 22), la citada preceptiva no se encontraba derogada, como quiera que para dicha data la Ley 100 de 1993 no existía en el ordenamiento jurídico, por lo que, al regularse el derecho pretendido por la norma vigente al momento de su causación, la Ley 100 de 1993 no es aplicable al caso de autos. Así fue definido por la Corte Suprema de Justicia en un caso similar, tramitado bajo el radicado No. 38885 de 2010[6] y en la SL 5031 del 9 de diciembre del 2020[7].

En la misma dirección, y a efecto de zanjar cualquier duda, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en la Sentencia SL4578 del 9 de abril de 2014, ya citada, reiteró que las pensiones restringidas de jubilación, *"…no fueron derogadas ni remplazadas por la pensión de vejez a cargo de la entidad de seguridad social, de suerte que, su causación se produjo, por lo menos hasta la vigencia de la Ley 100 de 1993, por el mero hecho de cumplir el tiempo mínimo de servicios en ella previsto y producirse el retiro del servicio antes de ésta"*[8], sin que

---

[6] *"Siendo ello así, al tratarse de un derecho adquirido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no puede decirse que dicha prestación fue derogada por el artículo 133 de la misma, pues tal normatividad no estaba vigente para el 15 de noviembre de 1991, cuando terminó la relación laboral entre las partes, ni que la pensión reclamada pueda desconocerse por el hecho de que el demandante hubiese estado afiliado al I.S.S., dado que el precepto legal que contiene los supuestos fácticos de la misma, no consagra como uno de los requisitos para su concesión la omisión de la afiliación a la seguridad social; ni tampoco por la circunstancia de que eventualmente pueda tener derecho a la pensión de vejez contenida en la citada ley".*

[7] "*De otro lado, respecto al segundo problema jurídico a resolver por la Corte, es pertinente poner de presente que la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario con más de 15 años de servicios, que es la solicitada por el aquí demandante, no fue subrogada por el Instituto de Seguros Sociales por el hecho de que el empleador afilió a su trabajador en el año 1969, puesto que las pensiones reconocidas por el ISS no desplazaron, sustituyeron ni mucho menos derogaron aquellas que corrían a cargo exclusivo de los empleadores, al punto que las reguladas en la Ley 171 de 1961 conservaron plena validez, bien hasta la entrada en vigencia del artículo 37 de la Ley 50 de 1990 para el caso de los trabajadores particulares, ora hasta la entrada en vigor del artículo 133 de la Ley 100 de 1993 para los trabajadores oficiales.*
De esta manera lo ha adoctrinado esta corporación, en razón a que dicha prestación tiene un carácter subjetivo, es decir, no fue instituida precisamente para cubrir el riesgo de vejez, sino para garantizar la estabilidad del trabajador o para castigar al empleador que despedía a sus trabajadores después de muchos años de servicio, con cuyo proceder se impedía el nacimiento pleno de sus derechos pensionales."

[8] *"Ciertamente este tema no ha sido pacífico, según se puede apreciar en la motivación de la sentencia el tribunal objeto el presente recurso que se fundó en un precedente de esta Sala, pero se tiene que, a partir de la sentencia CSJ SL818-2013, mediante la cual se resolvió un recurso de casación interpuesto por un empleador que había sido condenado en instancia a reconocer una pensión restringida de jubilación, similar a la que se debate en el presente asunto, esta Sala decidió reiterar el criterio de que las pensiones previstas en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 no fueron derogadas ni remplazadas, de forma inmediata, por la*

tampoco en autos se advierta algún tipo de acuerdo conciliatorio frente a los aspectos debatidos en este ordinario.

Y en cuanto al cumplimiento de la edad como requisito para acceder a la pensión de que se trata en el presente asunto, ha sido pacifica la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en señalar que acreditados el tiempo de servicios y el retiro voluntario del trabajador, el cumplimiento de la edad únicamente determina el momento de exigibilidad y disfrute del derecho, entre otras, pueden consultarse las sentencias proferidas dentro de los procesos con radicación 32378 del 21 de mayo de 2008, 32228 del 17 de junio de 2008[9], 36224

---

pensión de vejez que el ISS asumió conforme a la Ley 90 de 1946, reglamentada mediante el D. 3041 de 1966, lo cual derrumba por su base la sentencia acusada, como se puede deducir de los razonamientos del citado precedente que seguidamente se trascriben:

La controversia planteada en los dos cargos de la demanda de casación consiste en establecer sí, como lo afirmó el Tribunal, para accederse a la pensión proporcional de jubilación prevista en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 bastaba al trabajador con prestar más de 15 años de servicio al mismo empleador y no obtener la pensión de vejez, al margen de que hubiera o no renunciado voluntariamente al trabajo y con independencia de que hubiera sido o no afiliado oportunamente por su empleador al Instituto de Seguros Sociales. O sí, como lo aduce la recurrente, la afiliación oportuna del trabajador al Instituto de Seguros Sociales, cuando quiera que para el momento de la asunción de riesgos por la entidad de seguridad en la particular región aquél contaba con menos de 10 años al servicio del empleador, y su retiro se producía de forma voluntaria, daba lugar a la subrogación del riesgo, por ende, a la desaparición del derecho a la pensión establecida en el citado precepto.

Para resolver tal cuestionamiento basta recordar lo suficientemente explicado por la jurisprudencia de la Corte respecto de la asunción de riesgos por el I.S.S. y su incidencia en la aludida pensión proporcional de jubilación, en el sentido de que las pensiones previstas por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 no fueron derogadas ni remplazadas por la pensión de vejez a cargo de la entidad de seguridad social, de suerte que, su causación se produjo, por lo menos hasta la vigencia de la Ley 100 de 1993, por el mero hecho de cumplir el tiempo mínimo de servicios en ella previsto y producirse el retiro del servicio antes de ésta.

Así, en idéntico asunto al aquí tratado, y seguido contra la recurrente por otro de sus servidores, así se expresó la Corte en sentencia de 9 de octubre de 2001, radicación 16646:
(…)

9 "En cambio, la pensión proporcional por retiro voluntario del trabajador surge al mundo del derecho cuando ocurre la terminación voluntaria del contrato de trabajo por parte del trabajador después de haber servido durante 15 años o más.

Es decir, la terminación voluntaria del contrato de trabajo y la prestación de servicios durante 15 años o más constituyen los dos únicos elementos estructurales del derecho a la pensión restringida de jubilación.

Por consiguiente, una vez reunidos estos dos requisitos (terminación voluntaria del nudo contractual de estirpe laboral y labores durante 15 años o más), la pensión restringida de jubilación en comento abandona su calidad jurídica de mera expectativa y pasa a convertirse en un derecho adquirido del trabajador, esto es, en una situación jurídica concreta, que, como tal, no puede ser modificada por una norma posterior.

***La edad, en consecuencia, no es elemento esencial para el surgimiento del derecho**, sino tan sólo una condición para la exigibilidad del pago. Precisamente por ello, esta Sala de la Corte ha admitido, con reiteración, las condenas de futuro a pensión restringida de jubilación, para cuando el trabajador alcance los 60 años de edad, siempre que hubiese acreditado las dos exigencias de tiempo de servicios y retiro voluntario, desde luego".*

del 31 de marzo de 2009, 37266 del 18 de noviembre de 2009, providencias que exponen el referido criterio, el cual fue corroborado en sentencias con radicación 41998 del 24 de agosto de 2010[10], 45545 del 6 de septiembre de 2011, 38051 del 4 de julio de 2012[11] y más recientemente en la SL839 del 1° de marzo del 2021[12].

En otro giro, en relación con el salario a tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional, esta Sala acoge al criterio expuesto entre otras, en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia SL17066 del 26 de noviembre de 2014 rad. No. 38885[13], SL13192 del 23 de septiembre de 2015 rad. 62723[14] y SL2427

---

[10] *"**2. La edad no es un requisito de causación del derecho a la pensión restringida.** En lo atinente a la edad como requisito de exigibilidad de las pensiones restringidas, ha sido conteste y reiterada la jurisprudencia de la Corte en incontables fallos, hoy muchedumbre, en el sentido de considerar que ella no es un elemento de causación del derecho, sino de su exigibilidad. Así fue concebida desde sus comienzos, dada la caducidad prescrita en la parte final del original artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo…".*

[11] *En efecto, en la sentencia del 6 de septiembre de 2011, radicación 45545, en la se rememoró la del 26 de septiembre de 2007, radicación 30766, entre otras, se dijo: "… "De otro lado, también tiene definido de antaño la Corte, que las aludidas pensiones especiales de jubilación reguladas por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, se causaban o se configuraban desde el momento en que el trabajador era despedido sin justa causa o se retiraba voluntariamente del servicio, siendo la edad apenas un mero requisito de exigibilidad de la pensión.*

*"**En las condiciones anotadas, resultaba evidente que la normatividad aplicable para resolver los conflictos jurídicos que se presentaran, eran las vigentes al momento de la causación del derecho y no las del cumplimiento de la edad del beneficiario"**.*

[12] "*la pensión restringida de jubilación del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, se causa con el cumplimiento del tiempo de servicios y la desvinculación del trabajador por las causales allí previstas, esto es, el despido sin justa causa o el retiro voluntario, siendo la edad un presupuesto de simple exigibilidad."*

[13] *"En sede de casación, la Corte concluyó, que como la pensión restringida de jubilación reconocida al demandante se causó el 15 de noviembre de 1991, ésta debe liquidarse con relación a la que habría correspondido en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena, que para ese momento era la consagrada en la L. 33/1985, la cual dispone en su artículo 1°, que el salario a tener en cuenta es el promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, siendo los factores que lo integran los que se indican en el artículo 3 ibídem, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, esto es, la asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*

Ahora bien, teniendo en cuenta la certificación remitida por la entidad demandada en cumplimiento de lo ordenado por la Sala, en la que se informa que el señor Cesáreo Gálvez Perdomo laboró mediante contrato de trabajo escrito a término indefinido, dentro del período comprendido entre el 9 de enero de 1976 y el 15 de noviembre de 1991 y se detallan las distintas remuneraciones que devengó el demandante en el último año de servicios, se obtiene como salario promedio de ese lapso la suma de $214.599,54 que no es posible tomar en su totalidad como lo hizo el Tribunal, por las razones que se pasan a explicar a continuación.

[14] *"Ahora, como el demandante no se desempeñó como trabajador particular al servicio de ÁLCALIS DE COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN, ALCO, sino como trabajador oficial, la pensión plena de jubilación que le hubiera correspondido de llenar sus exigencias sería la establecida en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, que a la letra reza:*

> *"Artículo 1°.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta*

del 17 de febrero de 2016 radicación No. 52339[15], las cuales indican que la pensión aquí pretendida debe liquidarse conforme a la que habría correspondido en el evento en que la demandante hubiera reunido los exigencias para gozar de la pensión plena, que para ese momento era la consagrada en la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos primero y tercero[16] de dicha disposición.

En este orden de ideas, conforme a los lineamientos jurisprudenciales, 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

---

y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Y su liquidación se hará conforme a lo señalado en el mentado artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año que modificó el 3º de la ley anterior y que así dice:

> *"Artículo 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes"*

En suma, el Fondo demandado deberá liquidar la pensión reconocida en las instancias, desde la fecha de su exigibilidad e indexada, en el 69% establecido por el juzgado, del valor que le hubiera correspondido por la pensión plena de jubilación conforme a las normas indicadas. Por lo reseñado se revocará la sentencia del juzgado en este especial aspecto y se ordenará lo que en su reemplazo corresponde."

[15] *"Por último, no está por demás recordar que el IBL de pensión prevista en el art. 8 de la L. 171/61 no se integra con totalidad de pagos salariales entregados al trabajador, sino exclusivamente con los salarios promedio que sirvieron de base para los aportes, los cuales se encuentran enlistados en el art. 3 de la L.33/1985, modificado por el art. 1 de la L. 62/1985, tal y como lo ha asentado esta Corporación en sentencia CSJ SL, 10 ago. 2010, rad. 38885, reiterada recientemente en providencia CSJ SL13192-2015."*

[16] Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Artículo 3º. Modificado por la Ley 62 de 1985. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio**. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Desarrollo Rural, devengado por el demandante fue de **$131.575** (fl. 20), el cual solo puede incluir los factores salariales reseñados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 percibidos por la actora, esto es, asignación básica ($101.211) y prima de antigüedad técnica, ascensional y de capacitación ($30.364) advirtiendo los demás factores que podían tenerse en cuenta (*gastos de representación, horas extras, bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio*) no fueron devengados por la accionante.

Establecido el salario devengado, se procede entonces a su indexación al año 2018 (fecha del cumplimiento de la edad), conforme a la fórmula prevista por la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicación 29470[17] y 31222[18], valor

---

[17] *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."

[18] *"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

al cual se le aplica el porcentaje proporcional hallado de 70.76% por los 6793 días laborados[19], que corresponde a la proporción señalada en la norma así:
así:

VH	IPC Final Dic/17	IPC Inicial Dic/90	VA	Monto	Valor Primera Mesada Actualizada
$131.575	96.92	7.65	$1.666.960,65	70.76%	**$1.179.541,36**

Toda vez que, conforme a las operaciones aritméticas ya descritas, la Sala obtuvo un valor superior como primera mesada pensional a la cuantía establecida por la Juez de instancia ($911.741**)**, se modificará la decisión en este punto en atención a que el valor establecido por el Juez de primer grado fue objeto de apelación por la parte demandante, razón por la cual establece como valor de mesada pensional la suma de **$1.179.541,36.**

En otro giro, en lo relacionado con la cantidad de mesadas anuales a imponer, estas deben corresponder a **14 mesadas**, pues a pesar de haberse causado la pensión en 1991, antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que en virtud de la expedición de esa ley (art. 142), se accedió a esa prerrogativa sin que para la época del disfrute -5 de mayo de 2018- (cuando la demandante alcanzó los 60 años de edad), tenga incidencia la limitante consagrada en el Acto Legislativo

---

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...

[19] 3/01/1973 al 15/11/91= 6793 días x 75/7200=70,76%

01 de 2005, en virtud de la fecha de causación, por lo que se confirma en este aspecto la sentencia de la *a quo.*

Ahora, y afectos de resolver las inconformidades de la UGPP en cuanto indica no ser posible reconocer la prestación pensional aquí estudiada por estar la demandante percibiendo un pensión de vejez por parte del régimen de prima media, baste con señalar como quiera que la pensión restringida de jubilación fue causada y reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia del Art. 5 del Acuerdo 029 de 1985, se abre paso a la compartibilidad de dicha pensión con la que le fue reconocida por el sistema general de pensiones a la accionante, quedando entonces a cargo de la demandada UGPP solamente el mayor valor, si lo hubiere entre el valor de éstas dos prestaciones, advirtiendo la Sala conforme a la documental obrante en el proceso COLPENSIONES mediante Resolución GNR 242027 del 30 de junio del 2014, reconoció pensión de vejez a la promotora del litigio en cuantía de $734.622 a partir del 1° de junio del 2013 (ver fls. 58 a 60).

Nótese que, si bien COLPENSIONES para el reconocimiento de la prestación pensional tuvo en cuenta el mismo periodo de tiempo con el que se está reconociendo aquí la pensión restringida de jubilación, lo es porque la extinta CAJA DE CREDITO AGRARIO lo que hizo fue subrogar en el otrora ISS el riesgo de vejez de su trabajadora, al realizar la afiliación de la misma en dicho régimen, por ende ese tiempo en el que la demandante laboró con la mencionada caja fue tomado para el otorgamiento de la pensión de vejez, razones por las cuales no puede entenderse que la demandante esté percibiendo dos mesadas pensionales diferentes, sino que se trata es de una sola pensión de vejez, respecto de la cual la UGPP debe asumir un mayor valor en virtud de la figura de la compartibilidad.

En cuanto a la excepción de prescripción, propuesta oportunamente por la demandada (Cd fl. 38 pagina 5 archivo "*contestación de la demanda"*)[20], debe señalarse en éste punto, no está llamada a prosperar, toda vez que la exigibilidad del derecho lo fue a partir del 5 de mayo del 2018 data en la que la demandante cumplió los 60 años de edad (fl. 19); presentando reclamación el 16 de septiembre del 2019 (fls. 25 a 32) y acudiendo entonces a la jurisdicción la accionante el 21 de

[20] Por auto del 29 de enero del 2021, se tuvo por contestada la demanda de la UGPP (fl. 39).

octubre del 2019 (fl. 33), por lo que evidentemente, no transcurrió el termino trienal establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S para la operancia del fenómeno prescriptivo, prohijándose la sentencia consultada también en éste punto.

Así las cosas, procede esta Sala de decisión a concretar el retroactivo pensional causado en favor de la promotora del litigio, en vista de la modificación del valor de la primera mesada obtenida por el Juez de primer grado, precisando deberá la UGPP cancelar el mayor valor que se generó entre el valor de la mesada aquí reconocida y la otorgada por Colpensiones cuyos montos se certifican por dicha a entidad a folios 58 a 60, como también deberá pagar la mesada adicional de junio de manera completa pues ésta se encuentra a su cargo.

Por ende, una vez efectuadas las operaciones aritméticas, de conformidad con lo anteriormente expuesto, las cuales se incorporan como parte integrante de ésta sentencia, se obtiene como valor adeudado por retroactivo de mesadas pensionales y diferencias, del 5 de mayo del 2018 al 31 de marzo del 2022 (fecha en que se profiere ésta sentencia), la suma de **$53.418.240,45,** valor que se seguirá causando hasta el momento de su pago, adicionándose este punto al fallo de primera instancia.

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional								
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Mesada Colpensiones***	***Mesada UGPP***	***Diferencia***	***Mesadas ordinarias***	***Subtotal X pagar***	***Mesada Junio a cargo UGPP***
01/01/13	*31/12/13*	*2,44%*	*$ 734.622,00*	*NO CAUSADAS*				
01/01/14	*31/12/14*	*1,94%*	*$ 748.874,00*					
01/01/15	*31/12/15*	*3,66%*	*$ 776.283,00*					
01/01/16	*31/12/16*	*6,77%*	*$ 828.837,00*					
01/01/17	*31/12/17*	*5,75%*	*$ 876.495,00*					
05/05/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 912.344,00*	*$ 1.179.541*	*$ 267.197,36*	*8,20*	*$ 7.481.221*	*$ 1.179.541*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 941.357,00*	*$ 1.217.051*	*$ 275.693,78*	*13,00*	*$ 12.237.641*	*$ 1.217.051*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 977.129,00*	*$ 1.263.299*	*$ 286.169,70*	*13,00*	*$ 12.702.677*	*$ 1.263.299*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 992.861,00*	*$ 1.283.638*	*$ 290.776,81*	*13,00*	*$ 12.907.193*	*$ 1.283.638*
01/01/22	***31/03/22***	*5,62%*	*$ 1.048.660,00*	*$ 1.355.778*	*$ 307.118,26*	*3,00*	*$ 3.145.980*	*$ 0*
Subtotal retroactivo							***$ 48.474.712***	***$ 4.943.529***
						TOTAL	***$ 53.418.240,45***	

Por otro lado, en lo que tiene que ver con la condena al pago de indexación del retroactivo por mesadas pensiónales, a juicio de la Corporación, 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 pensiónales cuyo pago aquí se impuso, se causaron a partir del 5 de mayo del 2018, 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 recurrida.

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

impuesto y su liquidación deberá discutirse en la etapa procesal correspondiente conforme lo dispone el artículo 366 del C.G.P.

En los términos anteriores, la Sala procede a modificar la sentencia de primera instancia, con el fin de indicar que la pensión restringida de jubilación reconocida al accionante a partir del 13 de noviembre del 2013, deberá ser en cuantía de **$1.179.541,36** así mismo se adicionará el valor del retroactivo al que fue condenada la entidad.

Sin **COSTAS** en el grado jurisdiccional de Consulta. **COSTAS** de la apelación a cargo de la parte demandada.

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

RESUELVE

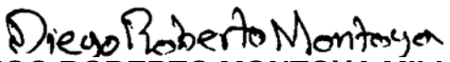
PRIMERO: MODIFICAR y ADICIONAR el ordinal **PRIMERO** de la sentencia proferida en instancia, en el sentido de indicar que la pensión restringida de jubilación, reconocida a la señora **GLORIA MERY DUARTE CARREÑO**, a partir del 5 de mayo del 2018, deberá ser en cuantía de **$1.179.541,36.**

Se establece que el retroactivo pensional causado entre el 5 de mayo del 2018 al 31 de marzo del 2022 asciende a la suma de **$53.418.240,45**, el cual se continuará causando, con los respectivos reajustes legales y deberá ser pagado de manera indexada, asumiendo de manera completa la UGPP el pago de la mesada 14 correspondiente al mes de junio.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en el grado de jurisdicción. **COSTAS** de la apelación a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



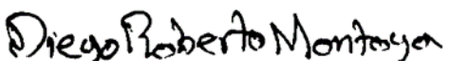
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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 $1.000.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

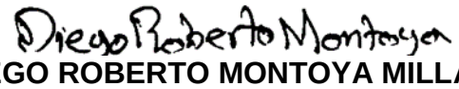
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR WILMER RIOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 12 2020 00213 01).

Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de marzo 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 GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 8 vto).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁ

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el DEMANDANTE y por COLPENSIONES mediante correos electrónicos del 29 de noviembre y 3 de diciembre del 2021 (fls. 3 a 8), 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 parte actora y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de octubre del 2021 (*Audiencia virtual, Archivo 29, record: 58:00*) en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** que le asiste el derecho al señor demandantes (sic) WILMER RIOS a que la prestación pensional reconocida mediante resolución SU 684 del 3 de enero del año 2020 sea reconocida a partir del 1 de abril del año 2019, y no a partir del 1 de enero del año 2020 como lo consideró la parte demandada**,** determinando que para el año 2019 la prestación pensional correspondería a un valor de $9.755.093 y para el año 2020 el valor reconocido $10.125.787 conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al pago del retroactivo pensional comprendido entre el 1 de abril de 2019 al 31 de diciembre del año 2019, que corresponde a un valor de $97.550.930, del cual se autoriza expresamente a que COLPENSIONES descuente lo correspondiente a aportes a la seguridad social en salud del señor demandante y el valor que quede luego de hacer dicho descuento se pagará debidamente indexado a la parte actora desde la fecha de causación de cada mesada hasta cuando se haga efectivo su pago, inclusión en nómina, conforme se expuso en la parte motiva.*
>
> ***TERCERO: ABSOLVER** a la parte demandada COLPENSIONES de la pretensión relacionada con el reconocimiento y pago de interés moratorios. En estos términos declarar las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación respecto de estos intereses moratorios, conforme como se expuso en la parte motiva.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** en costas a COLPENSIONES para efecto se fija como agencias en derecho a su cargo, lo correspondiente a 3 SMLMV para el año 2021.*
>
> ***QUINTO:** Si la presente providencia no fuera impugnada y dado la naturaleza jurídica del resultado desfavorable de COLPENSIONES, se remitirán las diligencias al superior para que la revise en Grado Jurisdiccional de Consulta.**"***

Inconforme con la decisión la parte demandante recurre la decisión únicamente en lo que tiene que ver con la absolución de la condena por intereses moratorios señalando que conforme al artículo 17 de la ley 100 de 1993 la obligación de cotizar cesa al momento de cumplirse los requisitos mínimos para la pensión de vejez y solamente es viable continuar cotizando de forma voluntaria cuando se pretende mejorar el monto de esa pensión, precisando si no existe novedad de retiro le correspondería al actor el retroactivo y reconocimiento de la pensión desde el 1 de abril de 2019, pues de conformidad con la circular interna de Colpensiones 01 de 2012 numeral 1.6.5 subrogada en la Circular 24 de 2018 literal b "*si el afiliado es dependiente y se encuentra retirado después de cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez la prestación se reconocerá a partir del día siguiente de la fecha del retiro, si la novedad de retiro no estuviera acreditada en la historia laboral la prestación se concederá desde el día siguiente al último aporte registrado*", el cual fue para el 31 de marzo del año 2019.

Aunado a lo anterior indica, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 establece la obligación de reconocer los intereses de mora con el simple retardo con el pago de las mesadas pensionales, considerando en este caso hay un retardo evidente y

plenamente demostrado desde el 1° de abril del año 2019. *(Audiencia virtual, Archivo 28, record: 1:00:42)*[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 WILMER RIOS, las pretensiones relacionadas en el Archivo 1 del expediente digital pág. 5, **las cuales encuentran sustento en los hechos relatados en las páginas 6 y 7 del mismo archivo;** solicitando, se reconozca y pague la pensión de vejez en cuantía no inferior a $9.657.010 a partir del 1° de abril del 2019, junto con el retroactivo de mesadas adeudadas desde esa fecha y hasta el 31 de diciembre del 2019, incluyendo la mesada trece a la que legalmente tiene derecho, los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas, derechos *ultra y extra petita,* costas, gastos, agencias procesales y demás sumas de dinero que resulten probadas dentro del proceso. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se condenó al retroactivo solicitado del 1° de abril al 31 de diciembre del 2019 en suma de $97.550.930, precisando el valor de la

[1] "Muchas gracias señor juez, le manifiesto que presento recurso de apelación en contra de la sentencia acaba de proferir, solamente en lo que tiene que ver con la negativa del reconocimiento y pago de los intereses de mora establecidos al artículo 141 de la ley 100 de 1993. Para el efecto debemos tener en cuenta que si existen normas expresas que regulan la materia, según el artículo 17 de la ley 100 del 93 la obligación de cotizar cesa al momento de cumplirse los requisitos mínimos para la pensión de vejez y solamente es viable continuar cotizando de forma voluntaria cuando se pretende mejorar el monto de esa pensión, según lo dispuesto por la misma norma modificado por el artículo 4 de la ley 100 del 93.

Además, si no existe esa novedad de retiro igualmente le correspondería el retroactivo y reconocimiento de la pensión desde esa fecha 1 de abril de 2019. Atendiendo, como bien lo dijo el señor juez en la sentencia la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

Además COLPENSIONES con estas decisiones, en el caso en concreto se ha venido contradiciendo con sus propias circulares internas, así como lo dije en mis alegatos de conclusión, COLPENSIONES según el numeral 1.6.5 de la circular interna 01 de 2012, subrogada con la circular interna 24 de 2018, en el literal b al referirse al disfrute de la pensión de vejez que expresamente dice "si el afiliado es dependiente y se encuentra retirado después de cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez la prestación se reconocerá a partir del día siguiente de la fecha del retiro, si la novedad de retiro no estuviera acreditada en la historia laboral la prestación se concederá desde el día siguiente al último aporte registrado, y como bien quedó demostrado es 31 de marzo del año 2019.

Como lo manifesté también en mis alegatos de conclusión de manera absurda, a pesar de esta circular de fecha del año 2018 y el reconocimiento de la pensión fue de fecha posterior, no se tuvo en cuenta al momento de responder su solicitud prestacional.

Finalmente, el artículo 141 de la ley 100 de 1993 establece la obligación de reconocer los intereses de mora con el simple retardo con el pago de las mesadas pensionales, en este caso hay un retardo que esta evidenciado y está plenamente demostrado desde ese 1 de abril del año 2019, por tanto, hay obligación legal al reconocimiento y pago de estos intereses de mora, que reitero no solamente están reconocidos de manera jurisprudencial sino también de manera legal, es por ello que solicitó a los Honorables Magistrados se acceda al reconocimiento y pago de estos intereses de mora establecidos legalmente. Muchas gracias"

mesada para el año 2019 ascendía a $9.755.093, tras considerar procedente el reconocimiento del derecho pensional a partir del día siguiente a la última cotización que para el Juez *a quo* lo fue el 31 de marzo del 2019, fecha para la cual ya había reunido todos los requisitos para la pensión, y frente a los intereses moratorios indicó no ser procedentes, toda vez que COLPENSIONES actúo apegado a la ley, esto es, que sin existir la novedad de retiro no podía reconocer la prestación desde la fecha solicitada.

Así las cosas, dado que el presente proceso arriba a esta corporación además del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, procederá la Sala con el estudio de las condenas impuestas a la encartada.

De esta manera, se tiene plenamente acreditada la calidad de pensionado que ostenta el demandante, de acuerdo a la Resolución SUB 684 del 3 de enero del 2020 *(Archivo 2, expediente digital, páginas 23 a 45)*, en la que se otorgó el reconocimiento del derecho a la luz de lo dispuesto por el Decreto 2090 de 2003 por ser una pensión especial de vejez por alto riesgo teniendo en cuenta para ello las 1513 semanas cotizadas, calculando la mesada pensional con un I.B.L. de $15.575.752 al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 62.10% para una primera mesada de $9.672.542 a partir del 1° de enero del 2020, prestación que sin embargo fue objeto de reliquidación así *(Archivo 2, expediente digital, páginas 50 a 77)*:

- SUB 76247 del 18 de marzo del 2020 IBL $16.167.631 tasa del 62.29% mesada de $10.070.817 a partir del 1° de enero del 2020.

- DEP 8984 del 24 de junio del 2020 IBL $16.167.631 tasa del 62.63% mesada de $10.125.787 a partir del 1° de enero del 2020.

En esa dirección, puede advertirse, del contenido de éstos dos últimos actos administrativos citados, el accionante cumplió el status pensional el 7 de septiembre del 2018 en virtud de los tiempos cotizados con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas de conformidad con lo establecido por el Decreto 2090 de 2003, realizando su última cotización al sistema para el periodo de marzo del 2019 (Historia laboral obrante en expediente administrativo Archivo 16 expediente digital), solicitando el reconocimiento del derecho el 18 de septiembre del 2019 (*Archivo 2 expediente digital, páginas 18 a 22*), no obstante lo

anterior, la encartada reconoció el derecho a corte de nómina (01/01/2020) por no encontrarse registrada la novedad de retiro.

De tal manera, en consideración a que la situación pensional del actor fue definida con fundamento en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003 en concordancia con el Decreto 2090 del 2003 -aspecto no debatido en el trámite procesal-, resulta aplicable en autos el artículo 17 modificado por el 4 de la Ley 797 del 2003 el cual señala que "*La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente."*

En ese orden, se advierte, si bien el retiro del sistema es requisito necesario para el disfrute del derecho pensional, ha sido criterio de la Sala, respaldado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicación 35605, que deben examinarse las circunstancias especiales que rodean cada caso con el fin de establecer la fecha de desafiliación o retiro del afiliado. Tal posición fue reiterada en sentencia SL 5603 del 6 de abril de 2016, proferida dentro de la Radicación No.47236[2].

---

[2] *"El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.*

Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente, no implica una transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales.

Así pues, de acuerdo al consolidado de semanas de cotización se tiene que el demandante efectuó cotizaciones en calidad de trabajador dependiente hasta el mes de marzo del 2019, procediendo a solicitar el reconocimiento pensional en data posterior, esto es, en el mes de septiembre de ese año, por lo que a juicio de la Sala, en armonía con la jurisprudencia citada, al margen de que se encuentre o no la novedad de retiro, dado que para la fecha en que se solicitó el reconocimiento pensional el promotor del litigio ya reunía los requisitos necesarios para acceder al derecho, el reconocimiento de la pensión del señor WILMER RIOS procedía a partir del día siguiente a su última cotización –marzo del 2019- atendiendo que para tal calenda ya había cumplido la edad de 55 años requerida por el artículo 4[3] del Decreto 2090 de 2003 para acceder a una pensión de vejez especial por alto riesgo (nació el 7 de septiembre de 1964 Archivo 2 expediente digital, página 1) y había dejado de cotizar desde ese año, acreditando para ese

---

En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es «clara» y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias.

Así las cosas, en el sub examine, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en un todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala «si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario» (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

Ahora bien, en lo relacionado concretamente con la interpretación a la que se adscribió el ad quem y que denominó «teoría de la desafiliación tácita del sistema», cumple agregar que su denominación no es la más afortunada, pues más que un acto tácito de desafiliación, corresponde a la verificación de la voluntad del afiliado de no seguir vinculado con el régimen de pensiones. Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a ***los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales, dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.***

El anterior razonamiento a juicio de esta Sala, tiene cabida en el marco de lo previsto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, pues estas disposiciones admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión. *(Negrilla y subrayado fuera de texto)".*

[3] **Artículo 4º. Condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez**. La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido 55 años de edad.
2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797de 2003.

La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

momento 1543,57 semanas, esto es, superaba las 1300 requeridas por la Ley 100 de 1993 con su modificación.

Razones por las cuales el reconocimiento de la pensión del promotor del litigio debió ser a partir del **1° de abril del 2019**, día siguiente al de la última cotización efectuada, pues fue desde ese instante que se evidenció la voluntad del demandante de no continuar afiliado al sistema, voluntad manifestada mediante actos externos como el no seguir efectuando aportes y solicitar el reconocimiento de su prestación pensional (sept/2019) 6 meses después de su ultimo aporte (marzo/2019), parámetros válidos para esta Sala de decisión en torno a establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión, confirmándose en este punto la decisión del fallador de primera instancia.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Máxima Corporación en las sentencias SL 3249 Rad. 53903 del 9 agosto del 2018[4], SL 4104 Rad. 66214 del 15 agosto del 2018[5] y SL 3657 Rad. 51196 del 29 agosto del 2018[6].

---

[4] *Precisado lo anterior, la Sala advierte que la consideración jurídica del ad quem en cuanto a que es posible derivar el retiro del sistema, de algunos actos exteriorizados por el demandante que den cuenta que su verdadera voluntad es acceder al status pensional (retiro tácito), resulta acertada y se ajusta al criterio actual de esta Corporación, en torno a la determinación excepcional de la fecha de disfrute de la pensión a la luz del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.*

En efecto, por regla general, para poder disfrutar de la prestación por vejez, en necesario que se acredite la novedad de retiro del sistema. Sin embargo, este criterio se ha morigerado en algunos casos en los que, por sus particularidades, ha ameritado una solución diferente. Por ejemplo, cuando el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión que ha sido solicitada en tiempo; o también, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema o la intención inequívoca de retirarse del mismo, así formalmente no exista novedad de desafiliación (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, CSJ SL5603-2016 CSJ SL 415-2018).

[5] *En punto al tema de la desafiliación al sistema, para el goce y disfrute de la pensión de vejez, previsto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala de Casación Laboral, tiene adoctrinado (CSJ SL, 1 feb. 2011, rad. 38776, reiterada en la SL8497-2014), que la circunstancia de no continuar cotizando al sistema, no cancelar los respectivos aportes o solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para acceder a dicha prestación, es una conducta del afiliado que reflejan su intención de cesar su vinculación al sistema en procura de obtener el derecho pensional.*

[6] *En cuanto a la desafiliación al sistema, se tiene que, aunque no obra en el proceso demostración de desafiliación al sistema, este requerimiento se desprende de la clara intención del accionante de desvincularse de su vida laboral, al haber elevado su petición de reconocimiento pensional al instituto demandado una vez consideró cumplir con las exigencias que ordena la ley.*

Frente a esta exigencia de la desafiliación al sistema, la Corte ha enseñado que es deber del juzgador interpretar las circunstancias particulares en cada caso, como lo es en el presente asunto cuando se le informa a través del acto administrativo que le faltan más semanas de cotización. La sentencia CSJ SL5603-2016 adoctrinó lo siguiente al respecto:

Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

Establecido lo anterior, dado que en primera instancia, se concretó la condena por el retroactivo , procede la Sala a efectuar la liquidación correspondiente y una vez realizados los cálculos aritméticos deflactando al 2019 el valor de la mesada otorgada en la Resolución DPE 8984 del 24 de junio del 2020 de $10.125.787 (Archivo 2 expediente digital, páginas 71 y 75), se obtiene por valor del retroactivo de las mesadas causadas entre el 1° de abril y el 31 de diciembre del 2019 la suma de **$97.550.930**[7], mismo ordenado por el Juez a quo. Se confirma.

En cuanto a la condena por intereses moratorios punto de apelación de la parte demandante, es menester precisar, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales sin tener el cuenta su fuente legal, pudiendo colegirse, el pago tardío de las mismas, debe ser sancionado en los términos del dicha norma, advirtiéndose contrario a lo referido por el Juez *a quo* en el presente asunto no se evidencia razón que justifique[8] el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía al demandante desde la fecha en que realizo su última cotización (marzo del 2019), precisándose como ya se explicó cuando se solicitó la prestación pensional el actor ya contaba con los requisitos para su reconocimiento.

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

[7]

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	**Fecha final**	**Incremento %**	**Valor mesada calculada**	**Nº. Mesadas**	**Subtotal**
01/04/19	**31/12/19**	3,18%	$ 9.755.093	10,00	$ 97.550.930
01/01/20	31/12/20	3,80%	$ 10.125.787	0,00	$ 0
Total retroactivo				**$ 97.550.930**	

[8] *Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.*

De esta suerte, se revocará la decisión de primera instancia y se condenará a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios los cuales deben ser impuestos a partir del **19 de enero del 2020** (4 meses siguientes a la reclamación del derecho 18/09/2019 Archivo 2 expediente digital página 21) y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo del retroactivo pensional generado por las mesadas causadas del 1° de abril al 31 de diciembre del 2019**.**

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta en oportunidad por la demandada Colpensiones[9], como ya se ha venido señalando, se tiene que el derecho pensional a favor de la demandante se reconoció mediante Resolución SUB 684 del 3 de enero del 2020 solicitando el reconocimiento del retroactivo pensional el 20 de enero del 2020[10] a través del recurso de apelación interpuesto contra el acto reconocedor del derecho, el cual fue resuelto de manera definitiva con la resolución DEP 8984 del 24 de junio del 2020 notificada el 8 de julio del 2020 (Archivo 2 expediente digital páginas 60 a 70) y acudiendo a la jurisdicción el 21 de julio del 2020 (Archivo 4 expediente digital), es decir, no transcurrió el término trienal legalmente establecido para la operancia del fenómeno prescriptivo.

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

En los términos anteriores, la Sala procede a la revocatoria parcial y adición de la sentencia de primer grado en los puntos anteriormente expuestos, confirmándose en lo demás.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

---

[9] Desde la contestación de la demanda Archivo 17 expediente digital, pagina 5, la cual se admitió por el Juzgado mediante auto del 20 de agosto del 2021 (Archivo 18)

[10] Como se extrae del contenido de la Resolución DEP 3755 del 30 de mayo del 2019 (fl. 23 y 23 vto)

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: REVOCAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida por el Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar los INTERESES MORATORIOS a partir del **19 de enero del 2020** y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo del retroactivo pensional generado por las mesadas causadas del 1° de abril al 31 de diciembre del 2019**.**

SEGUNDO: ADICIONAR el fallo de primera instancia, en cuanto a que se dispone **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a realizar los correspondientes descuentos por concepto de aportes a seguridad social en SALUD, del retroactivo adeudado al demandante.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

CUARTO: 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 SONIA ESTHER RUBIO HERNÁNDEZ CONTRA ROMUALDO MEDINA MAHECHA (RAD. 18 2019 00034 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte DEMANDANTE *(folio 149)*, 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 demandante, quien actúa en causa propia, contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de noviembre de 2021 (cd. folio 142), en la que se resolvió *(Record: 34:48)*:

> ***"PRIMERO: ACCEDER** a la regulación de honorarios propuesta por la Doctora SONIA ESTHER RUBIO HERNANDEZ.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** al señor ROMUALDO MEDINA MAHECHA a pagar a favor de la abogada Doctora SONIA ESTHER RUBIO HERNANDEZ la suma de $6.309.504 pesos, a título de honorarios, conforme lo razonado en la parte motiva del presente proveído.*
>
> ***TERCERO: ABSOLVER** al demandado de las demás pretensiones formuladas en su contra.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada, señálense como agencias en derecho la suma de $1.000.000 de pesos.*
>
> ***QUINTO:** Contra la presente decisión procede el recurso de apelación**".***

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante la apeló; refirió los salarios y prestaciones adeudados al señor Romualdo Mahecha ascendían a la suma de $71’197.890,oo y la indemnización moratoria del artículo 65 C.S.T ascendía a $321’469.664,oo y si bien el citado señor desistió de las pretensiones de la demanda, lo cierto es que era una suma considerable de casi $400.000.000,oo.

La recurrente no cree que el demandante hubiera desistido de la demanda por una suma tan pequeña (31’547.520,oo) correspondientes a la graduación de créditos por parte de la Superintendencia de Sociedades, toda vez que la empresa sabía cuál era el monto que le debía pagar; cree que la empresa le debió reconcer al señor Mahecha casi cuatrocientos millones de pesos.

Solicita se tenga en cuenta en la alzada, todo su trabajo y se reconsidere el valor reconocido por la juez de primer grado, que su labor duró alrededor de 3 años, en los cuales se presentó la demanda, la subsanó, e hizo seguimiento al proceso durante todo ese tiempo y cuando se señaló fecha para la audiencia del artículo 77 CPTSS, el señor Mahecha actuando de mala fe, desistió de la demanda por el pago total del obligación[1].

---

[1]**Demandante (36:59):** Gracias su señoría siendo el momento procesal. Si gracias su señoría siendo el momento procesal interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho, toda vez que como se demostró a lo largo del proceso si bien es cierto, le parecen a esta profesional que los (inaudible), los salarios y vacaciones adeudados al señor Romualdo Mahecha ascendían a la suma de $71.197.890 pesos moneda corriente. Y por otro lado, la sanción moratoria de las pretensiones condenatorias de la demandada conforme a lo establecido en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo asciende a la suma de $321.469.664 pesos, si bien es cierto el señor Romualdo Medina desistió a las pretensiones de la demanda, lo cierto es que era una suma considerable que aproximadamente eran $400.000.000. Por lo anterior su señoría creo que se ha tenido en cuenta únicamente lo de la tabla de abogados pero no se ha tenido en cuenta realmente que él al desistir, no creo que haya desistido por una suma tan pequeña, toda vez pues que la empresa había y conocía el monto que tenía que cancelarle a él.

Por otro lado su señoría también se demostró en el proceso que la Superintendencia de Sociedades se le asignó un rubro y manifiesta que la acreencia era una graduación que le dieron por $31.547.520 pesos, entonces su señoría yo creo que al desistir el señor al proceso ordinario, no solamente fue por el pago que se le dio de los $31.000.000, sino que se debió reconocer sobre los casi $400.000.000 otra suma de dinero, entonces esta suscrita si solicita que los Honorables Magistrados de la Sala Laboral de Bogotá del Tribunal tengan en cuenta toda vez no fue un proceso que duró muy poco tiempo, que como bien se manifestó el proceso se radico en el año 2015, el trabajo se hizo desde el año 2015, si podemos ver fue una labora que duró aproximadamente 3 años, como lo explicó la señora juez, la presentación de la demanda, una inadmisión, una subsanación, hubo un seguimiento durante todo este tiempo y es más al momento del juzgado de fijar la fecha de audiencia del artículo 77, es cuando se acerca el señor Romualdo Den una forma de mala fe, y presenta un desistimiento por el pago total de la obligación. Entonces Honorables Magistrados en este sentido yo si solicitó que por favor se tenga en cuenta todo el trabajo realizado y se reconsidere las pretensiones totales de la

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, SONIA ESTHER RUBIO HERNÁNDEZ, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (fls. 3 y 4 expediente físico), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 1 a 3 ibídem, encaminadas a que se declare, prestó sus servicios de abogada al señor Romualdo Medina Mahecha, quien no le pagó el porcentaje acordado como cuota Litis por sus servicios profesionales; se condene al demandado a pagar a su favor el 30% sobre la totalidad de las pretensiones de la demanda, de conformidad con el pago total de la obligación efectuado por parte de la sociedad SLS ENERGY S.A.S. EN REORGANIZACIÓN, al pago de la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso. En forma subsidiaria solicitó se condene al señor Romualdo Medina Mahecha a pagar los honorarios profesionales que sean regulados por el juzgado, teniendo en cuenta la cantidad, calidad, idoneidad y eficacia de los servicios profesionales prestados, a indexar las sumas reconocidas a su favor y pagar las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto, se accedió a la regulación de honorarios propuesta y se condenó al señor Romualdo Medina Mahecha a pagar a favor de la abogada demandante, la suma de $6’309.504,oo a título de honorarios y las costas del proceso. Para arribar a esa decisión, encontró acreditado que las partes celebraron un contrato de prestación de servicios profesionales donde se pactó un pago de honorarios a cuota Litis; advirtió que el señor Medina Mahecha le otorgó a la aquí demandante poder para actuar, quien en tal virtud, presentó la demanda, que por ser objeto de inadmisión, procedió a subsanar y que fue admitida; igualmente llevó a cabo los trámites de notificación a las entidades demandadas; así mismo encontró

---

presente demanda. Muchas gracias su señoría, así dejo sustentado mi recurso de apelación muchas gracias.

acreditada la labor profesional de la aquí demandante en el trámite administrativo ante la Superintendencia de Sociedades donde presentó una objeción a la graduación de créditos a favor de su prohijado, que fue resuelta a su favor; sin embargo, en forma conjunta el señor Romualdo Medina y una de las sociedades demandadas presentaron desistimiento de la demanda "por pago de la obligación". Concluyó que la labor profesional de la aquí demandante fue adecuada y ajustada a la legalidad, sin embargo, como lo pactado consistía en el pago del 30% de lo que se llegare a reconocer a instancias del proceso ordinario laboral y el proceso terminó por desistimiento de las pretensiones y no existe prueba respecto a algún pago a favor del aquí demandado concluyó la improcedencia de las pretensiones principales de la demanda. Acorde con las pretensiones subsidiarias, estimó procedente regular los honorarios de la profesional del derecho teniendo en cuenta la duración y calidad de su gestión a instancias del proceso judicial como ante la Superintendencia de Sociedades, para lo cual tuvo en cuenta las tarifas establecidas por CONALBOS para los años 2020-2021.

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

De esta manera en primer término la Sala precisa, no se discute la existencia entre las partes de un contrato de prestación de servicios profesionales de abogado, suscrito el 18 de agosto de 2015 (fl. 7) y que en sus cláusulas primera y segunda, las partes acordaron lo siguiente:

> *"PRIMERA: OBJETO- EL ABOGADO, de manera independiente, es decir sin que exista subordinación jurídica, utilizando sus propios medios, para que mediante CONCILIACIÓN o PROCESO ORDINARIO LABORAL, se obtenga el pago de las acreencias laborales que adeuda a la fecha la empresa SLS ENERGY S.A.S. EN REORGANIZACIÓN con Nit 830.141.138-3, representada legalmente por el señor HENRY ONEL CABALLERO PLAZAS; y solidariamente en contra de PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP o PACIFIC STRATUS ENERGU COLOMBIA CORP SUCURSAL COLOMBIA, con Nit No. 800.128.549-4, representada legalmente por el señor LUCIANO BIONDI GOLINUCCI en forma extrajudicial o judicial.*
>
> *SEGUNDA: HONORARIOS- La suma de dinero correspondiente a Doscientos Mil Pesos moneda corriente ($200.000.oo) los cuales deberán pagarse a la suscripción del presente documento. Más el treinta por ciento (30%) del valor*

> *total que se llegara a reconocer ante la jurisdicción ordinaria laboral. Las costas y agencias que se llegaren a reconocer serán del abogado."*

Como quiera que en el presente caso, se trata de la prestación de servicios profesionales de abogado, mediante la celebración de un contrato de mandato, es imperioso tener en cuenta lo descrito por el artículo 2412 del C.C, el cual prevé:

> *"El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.*
>
> *"La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario."*

Y el artículo 2143 del C.C. tiene establecido que:

> *"El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez".*

A partir de lo anterior, es claro que cuando un profesional busca el reconocimiento y pago de los honorarios generados con ocasión de un contrato de mandato para representación judicial, le corresponde al profesional del derecho, conforme las reglas de la carga de la prueba, no solo acreditar que le fue conferido poder para actuar, sino además, la gestión desarrollada con fundamento en el mismo.

Para resolver el asunto sometido a consideración, encuentra la Sala, que por poder que le fue conferido (fl.21), la aquí demandante presentó demanda ordinaria laboral de Romualdo Medina Mahecha contra SLS ENERGY S.A.S. en reorganización y PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP (fls. 8 a 20), que correspondió al juzgado 36 laboral del circuito de Bogotá (fl. 42). Juzgado que mediante auto de 25 de enero de 2016 (fl. 43) inadmitió la demanda; misma que fue subsanada por la abogada Sonia Rubio Hernández (fls. 44 a 58) y admitida mediante providencia de 10 de agosto de 2016 (fl. 59). También adelantó el trámite de notificación de las sociedades demandadas a instancias del mentado proceso (fl. 60). Consta igualmente, ante el liquidador de una de las enjuiciadas, presentó objeciones contra los proyectos de graduación y calificación de acreencias (fls. 62 y 63) y la Superintendencia de Sociedades estimó la objeción propuesta y ordenó incluir en los proyectos de calificación y graduación de créditos, las acreencias a favor de Romualdo Medina Mahecha por valor de $31'547.520 (fl. 65). Finalmente, consta

que el demandante y el representante legal de la sociedad SLS ENERGY S.A.S en reorganización de consuno, solicitaron la terminación del proceso por *"pago total de la obligación"*, ante el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá (fl. 111).

Ahora bien, afirmó la recurrente, las pretensiones de la demanda que presentó a favor del señor Medina Mahecha ascendían a $321'469.664 y no cree que el demandante hubiera desistido de la demanda tan solo por $31'547.520,oo, suma correspondiente a la graduación de su crédito por parte de la Superintendencia de Sociedades, por lo que solicita se tengan en cuenta el total de las pretensiones así como todo su trabajo durante más de tres años de gestión.

En esa dirección, no se desconoce que las pretensiones de la demanda ascendían a una suma mayor a la determinada por la Superintendencia de Sociedades como graduación del crédito a favor de Romualdo Medina; sin embargo, no existe en el plenario ningún medio de prueba que acredite cual fue el monto que Romualdo Medina Mahecha recibió por parte de SLS ENERGY S.A.S. y la afirmación de pago total de la obligación consignada en el memorial presentado por las partes ante el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá (fl. 111), en manera alguna puede ser entendida como el reconocimiento y pago de todas y cada una de las pretensiones de la demanda presentada por la aquí recurrente, razón por la que carecen de todo soporte las suposiciones de la censora relativas al pago de *"casi $400'000.000"* a su poderdante, soporte de su recurso, y sin que ahora pueda la Sala apoyarse en meras suposiciones o creencias de la recurrente en torno a lo efectivamente recibid por el señor Romualdo Medina Mahecha, pecando en cuanto a la carga probatoria que le correspondía.

En otro giro, solicitó se tenga en cuenta toda su gestión judicial, que duró alrededor de tres años y se reconsidere la regulación de los honorarios efectuada por la juez a quo. En este sentido es claro, el proceso que cursó en el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, terminó por mutuo acuerdo entre las partes, es decir, no hubo una terminación normal del proceso, pues no culminó con una sentencia judicial y fue por ello, que la juez a quo analizó factores como la duración, intensidad, calidad, eficiencia de la gestión adelantada por la profesional del derecho y adoptó su decisión conforme criterios razonables de compensación, a la luz de las tarifas de honorarios fijada por CONALBOS y reguló este concepto a favor de la demandante en la suma de $6'309.504,oo tasación que acoge esta Sala de decisión, por resultar acorde a la gestión profesional adelantada por la demandante.

Por lo anteriormente expuesto, la decisión de primer grado será confirmada en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia.

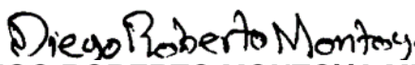
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

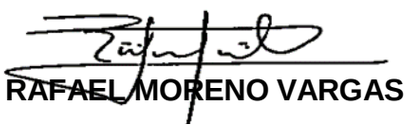
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

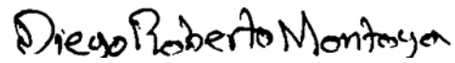
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ERNESTO CONDIA GARZÓN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 18 2019 00445 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado MAURICIO ALEJANDRO CAPERA BERMUDEZ como apoderado sustituto de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por la Dra. MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO en su calidad de representante legal de la firma Mejía y Asociados Abogados Especializados S.A.S (fl.121).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de PROTECCIÓN S.A. (fls. 117 y 118) y COLPENSIONES (fls 121 vuelto a 123), 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 PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta, contra la sentencia proferida por la Juez Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 26 de

noviembre de 2021 (*Audiencia art. 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, cd. folio 110,* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de la afiliación del señor ERNESTO CONDIA GARZÓN identificado con C.C 17.155.405 a sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, suscrita el 22 de noviembre de 1999 y efectuada el 1° de enero de 2000, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** que todas y para todos los efectos legales el señor ERNESTO CONDIA GARZÓN identificado con C.C 17.155.405, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de ERNESTO CONDIA GARZÓN identificado con C.C 17.155.405, cotizaciones, bonos pensionales, todos sus frutos e intereses como dispone el artículo 1746 del código civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado, es decir, lo que tenga la demandante en su actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento en que se realice el traslado de los aportes, sin efectuar deducción alguna, así como las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos o cuotas de administración en que hubiere incurrido, desde el momento en que se surtió la afiliación a dicho fondo, hasta que se realice el traslado de los aportes aquí dispuesto.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES reactivar la afiliación de ERNESTO CONDIA GARZÓN identificado con C.C 17.155.405, y corregir su historia laboral una vez recibido estos dineros de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A*
>
> ***QUINTO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción.*
>
> ***SEXTO: COSTAS** de esta instancia a cargo de la parte demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A y en favor de la parte demandante en la suma de $3.000.000 pesos.*
>
> ***SÉPTIMO: SIN CONDENA** en costas para COLPENSIONES.*
>
> ***OCTAVO:** En caso de no apelarse la presente sentencia, concédase el Grado Jurisdiccional de Consulta, conforme a lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social".*

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de COLPENSIONES la apeló y solicitó se revoque argumentando, quien afirma la ocurrencia de un hecho es quien debe soportar la carga de la prueba; no obstante la carga dinámica exige la igualdad de las partes dentro de los parámetros de la buena fe y lealtad procesal; explicó, hasta el año 2016 los fondos contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para demostrar en conocimiento y consentimiento del afiliado frente al traslado, por lo que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época en que se efectuó el traslado del

demandante constituye una situación de carácter imposible y si existió algún vicio en la voluntad del traslado, ello debe ser demostrado por la parte demandante.

Consideró que no siempre los afiliados son una parte débil e indefensa; la ley previó unos deberes en cabeza de ellos para que por su propia cuenta se asesoren de mejor manera, las características de cada régimen se encuentran consignadas en la ley 100 de 1993, norma de alcance nacional que impone su conocimiento a todos los ciudadanos, por lo que no es aceptable alegar la ignorancia de la ley como excusa para atribuir a los fondos del RAIS su responsabilidad frente a la información.

Finalmente recabó en el gran problema que puede generar para la sostenibilidad financiera del sistema, el traslado indiscriminado de afiliados, bajo la excusa de faltas al deber de información[1] *(cd. folio 110 record 48:24).*

---

[1] **Apoderado COLPENSIONES (48:24):** Gracias su señoría me permito presentar mi recurso de apelación para que los Honorables magistrados revoquen dicha decisión, conforme lo siguiente: inicialmente hay que indicar que la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada de forma genérica sin ninguna ponderación, y desigualdad de las partes involucradas en un proceso, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 167 de la ley 1564 de 2012, es evidente que quien afirma la ocurrencia de un hecho es quien debe soportar la carga de la prueba, sin ello genera que de tal forma que la regla general que corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo a las situaciones particulares del caso. No obstante, lo anterior el señor juez puede invertir la carga de la prueba, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias. La carga dinámica e inversión de la prueba al interior de un proceso judicial exige la igualdad dentro de las partes con parámetros de buena fe y lealtad procesal bajo las circunstancias del principio de quien alega debe probar, cede su lugar de quien puede debe probar, para ello determinar quién es el que puede probar dentro de un proceso judicial la Corte Constitucional ha señalado que depende de cada situación en particular como la sentencia C086 del 2016, analizó la constitucional del artículo 167 del Código General del Proceso, donde indico que lo concerniente a la configuración de la carga dinámica de la prueba debe decidirse quien atiende su inspiración teórica fundada en los pilares de la solidaridad, equidad, igualdad real entre las partes, lealtad y buena fe entre las partes.

También indicó su señoría que para el caso que nos ocupa es válido indicar que hasta el año 2016 los fondos cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación, donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, imponer cargas adicionales a las previstas en la ley de la época, se constituye en una situación de carácter imposible. Igualmente, si existe una intervención de asesoría de la administradora de pensiones que podría generar un vicio en la voluntad del traslado, ello debe mostrarle, pues de lo contrario predomina las conjeturas y las suposiciones y no los hechos debidamente demostrados en el proceso, en lo que intervino directamente el demandante conforme al interrogatorio realizado por parte de esta representad y las demás partes.

También su señoría no puede considerarse que todos los afiliados son una parte débil e indefensa, la misma ley previo diferentes deberes en cabeza de los mismos, con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera. Adicionalmente, no puede desconocerse las situaciones que rodean cada caso, de alguna manera le permitían al demandante obtener información mínima durante el paso del

A su turno, el apoderado de PROTECCIÓN S.A. solicitó se revoque la condena impuesta a su representada por concepto de gastos de administración, con fundamento en el artículo 1746 C.C. respecto a las restituciones mutuas y en que no se puede desconocer la administración adelantada por este fondo de pensiones que generó rendimiento financieros a favor del demandante.

Solicitó se revoque la condena en costas que se impuso a esa entidad, en atención a que por su naturaleza este tipo de procesos no implica una carga excesiva para los despachos judiciales[2].

---

tiempo. También no se puede considerar que la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria, y considerar los aspectos particulares de cada caso, debidamente individualizado. Por lo cual, no es dable la ignorancia de la ley, justificar como una decisión tomada pertenecer al régimen de ahorro individual por más de 20 años, observando que el demandante manifiesta que la falta de información también radica que no le explicaron las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual, debe precisarse que las características, condiciones y modalidades pensionales propias de este régimen están consignadas en el artículo 59 y subsiguientes 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 en los términos del artículo 11 del Código civil, por tanto no es dable alegar la ignorancia como excusa a voces de lo que prevé el artículo 9 de la codificación antes citadas para atribuir que los fondos de pensión de ahorro individual la responsabilidad de haber omitido información al respecto, ya que este señalamiento lo hace la ley, máximo cuando el demandante lo hace manera voluntaria suscribir su formulario de afiliación al RAIS.

De otro lado, se concluye que le asiste razón al demandante y ordenar al respectivo traslado de régimen, debe decidirse que para el respectivo traslado de aportes se debe cumplir con lo normado en el artículo 113 de la ley 100 de 1993, donde establece que si el traslado se produce del régimen de ahorro individual, de prestación definida de ahorro individual con solidaridad habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales en los términos previstos, así como el traslado que se produce de ahorro individual al régimen de prima media, se trasferirá este último el saldo de la cuenta individual.

En consecuencia, con lo expuesto solicito muy respetosamente a los Honorables magistrados desestimar que estas pretensiones, y revocar dicha decisión, absolviendo a mi representada de todas las pretensiones. También su señoría, finalmente no puede desconocerse el gran problema que puede generar el traslado indiscriminado de los afiliados, excusándose en presuntas faltas al deber de información de las administradoras de pensiones, pues pretender acceder a una prestación en el régimen de prima media con prestación cuando no han guardado fidelidad al sistema, es importante tener en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, decisión que ha sido, hecho que ha sido también analizado por la Corte Constitucional. Así las cosas, dejo sustentado mi recurso de apelación contra la decisión para que los honorables magistrados revoquen dicha decisión. Es todo su señoria.

[2] **Apoderado PROTECCIÓN (54:36):** Gracias su señoría, estando en la oportunidad procesal me permito interponer recurso de apelación frente a la decisión emanada en su despacho, solicitándole respetuosamente a los Honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su especialidad Laboral, se permitan revocar de manera parcial la decisión de la juzgadora de primera instancia en lo que tiene que ver con la condena o la imposición a mi representada de efectuar el reconocimiento o devolución a favor de COLPENSIONES de los dineros que en su momento se descontaron por concepto de gastos de administración de la cuenta, de los aportes a pensión obligatoria del demandante, esto advirtiendo para no hacer extensivas estas alegaciones su señoría, fundamentado en lo que ha establecido el artículo 1746 respecto de las restituciones mutuas, en primer momento

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 (fls. 20 y 21) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(fls. 21 a 23, ibídem),* aspirando se declare la nulidad de la afiliación efectuada por el demandante a la AFP PROTECCION S.A., por existir engaño para que se cambiara de régimen; como consecuencia se condene a COLPENSIONES a recibir nuevamente al actor en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiera afiliado al RAIS; se condene a las demandadas a pagar intereses por la demora injustificada en la autorización del traslado al demandante, desde el mes de enero de 2000 y hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen; la actualización de las sumas adeudadas, 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 PROTECCIÓN S.A. y ordenando a dicha administradora a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubieran recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieran causado, así como las sumas correspondientes a gastos o cuotas de administración, desde el momento en que se surtió la afiliación a la AFP y hasta

---

respecto a los efectos taxativos a la decretoria de nulidad o ineficacia y en segundo momento respeto a las restituciones mutuas y como pues a través de estas declaratorias no se puede desconocer en todo caso la administración efectuada por estos fondos privados de pensiones, la generación de rendimientos financieros, con condenas que a todas luces van en contravía del ordenamiento jurídico que hoy por hoy esta establecido como un mandato legal y constitucional y pues en la administración del servicio público general de pensiones.

En igual sentido se quiere en su momento traer a colación respecto a la imposición de la condena en costas, por cuanto pues por la naturaleza del proceso y atendiendo pues que este tipo de procesos no tiene ningún tipo de implicación excesiva o carga excesiva para los despachos judiciales, pues a todas luces, la condena efectuada por la juzgadora de primera instancia pues es excesiva respecto a la naturaleza del proceso. De manera que se hace la claridad atendiendo a la oportunidad procesal que el Tribunal ha dispuesto a efectos de ampliar este tipo de recurso, por cuenta del Decreto 806 se advierte que en efecto se utilizará esta oportunidad procesal, para ampliar de manera escritural este recurso y no hacerlo excesivo en esta instancia ante el juzgado de primera instancia. Muchas gracias.

cuando se realice el traslado de los aportes ordenado. 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 2002[3].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 24 de julio de 1946 (cd. folio 93), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2008, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 5 de marzo de 2019 (folio 39***)***, y ante PROTECCIÓN S.A. el día 28 de octubre de 2019 (fls. 44 A y 45), esto es, cuando ya había cumplido la edad para alcanzar el derecho pensional, y de otra parte, no aparece ninguna cotización anterior a la vigencia del sistema general de pensiones, que permitiera aplicar algún régimen anterior en virtud del beneficio de la transición, artículo 36 de la ley 100 de 1993 (expediente administrativo cd. flo. 93*),* 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

---

[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".*

Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 22 **de noviembre de 1999** con fecha de efectividad a partir del **01 de enero de 2000** (cd. folio 104 contestación demanda PROTECCIÓN S.A. págs. 18 y 62***)***, por afiliación que hiciera a COLMENA AFP, hoy PROTECCION S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y el formulario de afiliación suscrito con COLMENA AFP.

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

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

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

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

decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

"(...)

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

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

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

de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".*

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

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

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

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

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

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

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

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*
>
> *(…).*

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

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

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

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

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

> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante[6] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que cuando trabajaba en el centro comercial Unicentro fue requerido por el área de recursos humanos, donde lo abordaron dos asesores de Protección, quienes le manifestaron que el ISS se iba a acabar y que a partir de entonces ellos asumirían su pensión; no fue informado de ningún beneficio; confió en lo que le dijeron los asesores por ser una empresa seria y firmó el formulario de afiliación.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA, hoy PROTECCION S.A. (cd. folio 104 contestación demanda PROTECCIÓN S.A. págs. 18 y 62) ,este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la

[6] Audiencia virtual 11 de noviembre de 2021, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams (cd. fl. 107) récord 15:25

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 (cd. folio 104 contestación demanda PROTECCIÓN S.A. págs. 71 a 73***),*** 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 – COLMENA, hoy PROTECCIÓN 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 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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por*

capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN S.A., antes COLMENA omitió en el momento del traslado de régimen **(22 de**

noviembre de 1999, efectivo el 01 de enero de 2000), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia 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, modificándose así el numeral primero de la sentencia bajo estudio.

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

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

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

Asimismo, advierte la Sala, 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 del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a COLPENSIONES (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, 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 propuesta por COLPENSIONES (folio 91*),*[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

[7] Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 1° de octubre de 2020, folios 98 y 99).

deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

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

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

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión de primer grado respecto a la declaratoria de ineficacia del traslado y se confirmará 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,

R E S U E L V E

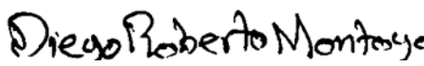
PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por la Juez 18 Laboral del Circuito de Bogotá para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino únicamente en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo

señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014, de conformidad con las motivaciones precedentes.

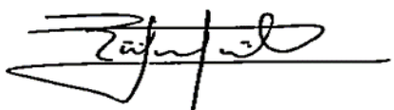
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada por las razones expuestas por esta Sala de decisión.

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 DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR AURA MARÍA ACUÑA BEJARANO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A. (RAD. 20 2019 00038 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado GUSTAVO ENRIQUE MARTÍNEZ GONZÁLEZ como apoderado de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. (fl.15).

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 7) y COLPENSIONES (fls. 9 y 10), 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 PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 30 de septiembre de 2021 (*Audiencia virtual, realizada a través*

de la plataforma Microsoft Teams, archivo Audiencia artículos 77 y 80, expediente digital, récord 1:42:38), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual, efectuado por la señora AURA MARIA ACUÑA BEJARANO, el 14 de septiembre de 1994, a HORIZONTE, hoy PORVENIR, y su posterior traslado horizontal a PROTECCION., el 20 de diciembre de 2001., conforme a lo considerado ampliamente en la parte motiva de la presente decisión.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** como aseguradora de la señora demandante AURA MARIA ACUÑA BEJARANO para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a PROTECCION S.A., y a PORVENIR S.A si tuviese aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones de pensiones obligatorias de AURA MARIA ACUÑA BEJARANO., junto con los rendimientos financieros causados, devolverlos con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** en costas a COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCION, y a favor de la parte actora. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a 3 SMMLV, pagaderos a cuota parte.*
>
> ***QUINTO:** Sea o no apelada la presente decisión deberá ser consultada o remitasé al Tribunal Superior de Bogotá para que sea revisada íntegramente a través del Grado Jurisdiccional de Consulta, teniendo en cuenta que la misma fue adversa a COLPENSIONES entidad y régimen general de pensiones de la cual es garante la Nación".*

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

COLPENSIONES apeló la decisión afirmando, no se acreditó la presencia de vicios en el consentimiento, existió un error frente a un punto de derecho, que no repercute en la eficacia del acto jurídico celebrado entre la demandante y las AFPS demandadas. Frente a la carga de la prueba aseguró, la parte demandante estaba en el deber de acreditar los supuestos fácticos en que fundó sus aspiraciones. Solicitó se tenga en cuenta que con la decisión de traslado se descapitaliza el régimen de prima media[1].

[1] "**Apoderada COLPENSIONES (1:45:42):** Gracias señor juez encontrándome en la oportunidad procesal oportuna para actuar, me permito presentar el recurso de apelación ante el despacho, para que teniendo en cuenta los fundamentos fácticos y jurídicos que a continuación se relacionan se absuelva a mi representada de la totalidad de las pretensiones solicitadas por el demandante, teniendo en cuenta lo siguiente:

A su turno el apoderado de PORVENIR afirmó estar en desacuerdo con la obligación probatoria que le fue trasladada, de acreditar el suministro de información clara y suficiente a la actora, frente a las características del RAIS y los efectos del cambio de régimen; dijo, no se valoró el consentimiento informado incorporado con la firma del formulario de afiliación.

Agregó, Porvenir S.A. siempre ha garantizado el derecho de retracto, lo que se demuestra con las publicaciones de prensa de 14 de enero de 2004, sin que la actora ejerciera ese derecho. Finalmente estimó la improcedencia de la condena por gastos de administración en atención a que el régimen de prima media también se destina un porcentaje para esa concepto; dichos gastos no son parte integrante de la pensión de vejez y comportan un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones[2].

En primer lugar, no se logra acreditar los vicios de consentimiento por lo que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se este en presencia de un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil. Ahora bien, nos encontramos frente a un erro sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante, PORVENIR y PROTECCIÓN por no tratarse de un error dirimente o un error de nulidad.

Tenemos que frente a la carga de la prueba el artículo 167 reza del siguiente tenor "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.", en ese sentido el Honorable Tribunal en varios pronunciamientos a puesto de presente este artículo, como la sentencia con magistrado ponente Carlos Andrés Vargas del 10 de octubre del año 2017, en el proceso 19 2015 0915, frente a la carga de la prueba que en este tipo de procesos se manifestó, los vicios de error, fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que los alegan y de manera alguna pueden trasladarse a la entidad la carga de demostrar que no actuó con dolo, lo anterior de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, las partes tienen la obligación de probar los supuestos facticos en que fundan sus alegaciones según el extremo que ocupan.

Téngase en cuenta también la afectación sobre la descapitalización del sistema, la sentencia C1024 del año 2004, la SU 062 del año 2010 y la SU 130 del 2013 de la Corte Constitucional que trata más de material del traslado, y manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario y de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

Conforme a la jurisprudencia transitada le corresponde a la aquí demandante demostrar en los vicios del consentimiento alegados, no bastando para ello la simple afirmación de la demandante, en conformidad con lo expuesto en el artículo 1516 del Código Civil y el 165 del CGP, le correspondería la carga de probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia en el presente caso.
Por lo anterior, le solicito a los Honorables magistrados de la Sala Laboral de Bogotá se revoque la sentencia y se absuelva a mi representada de cada uno de los numerales incoados en su contra. Muchas gracias.

[2] "**Apoderado PORVENIR (1:48:36):** Gracias su señoría, de manera muy respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho, teniendo en cuenta los siguientes aspectos a valorar.

En primer lugar, para declarar la ineficacia del traslado por parte del fallador de primera instancia pues acontecieron respecto al deber de información como una obligación de ser probada por parte de mi representada, pues el deber de suministrar una información clara y suficientes sobre los efectos que acarrea el cambio de régimen pensional, por lo anterior no se valoró el consentimiento informado para su libre escogencia se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación o formulario de afiliación que no fue tachado de falso y es documento público, el cual expresaba que pues la actora hacia constar que realizaba de forma libre, espontanea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorada sobre los aspectos de este, entre otros conceptos conforme lo exigía el artículo 114 de la ley 100 del 93, es decir, que no se trata de una simple declaración vacía incluida en un formato de afiliación, sino 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 en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(páginas 4 y 5, archivo 01 Demanda anexos y contestaciones, expediente digital)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(página 5 y 6 ibídem)*, aspirando se declare la nulidad del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad; se declare que para todos los efectos, la demandante se encuentra válidamente vinculada a COLPENSIONES y nunca dejó de pertenecer al RPM. Como consecuencia de estas declaraciones, se ordene a la AFP al traslado de los aportes de la demandante a COLPENSIONES; se ordene a COLPENSIONES aceptar dicho traslado y los aportes que le sean devueltos, las costas del proceso y lo ultra y extra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de la demandante al

---

un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante y se presume como una persona capaz para obligarse.

Adicionalmente, no se puede desconocer que PORVENIR siempre le garantizo el debido derecho al retracto, conducta que se probó con la publicación que realizó en el diario El Tiempo, el día 14 de enero del año 2004, como lo dispuso inicialmente el artículo 3 del decreto 1161 del año 1994, sin que pues la actora ejerciera dicha facultad, se valoró como una negligencia de su parte. Pero además, con la declaratoria de esta ineficacia entre regímenes pues se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada con la que contaba la demandante definida en jurisprudencia constitucional en sentencia C341 del año 2006, como el poder de las personas reconocida por el ordenamiento positivo para disponer con efectos 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 de lo anterior, tampoco procede la condena por los gastos de administración, pues de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2 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 forman parte integral de la pensión de vejez, y por eso están sujetos al fenómeno de la prescripción. De igual manera, el heche que al ordenar estos se trasladen a COLP0ENSIONES, se configura un enriquecimiento ilícito a favor de la demandada, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución, pues de forma clara y sin lugar a interpretaciones pues diferentes, el artículo 113 literal b de la ley 100 del 93 menciona cuales son los dineros que deben ser trasladados cuando existe un cambio de régimen pensional, esto es el saldo de la cuenta individual, junto a sus rendimientos, lo que evidencia que no estas destinados a financiar la prestación de afiliado y por ende, pues no pertenecen a ella, sino al fondo privado como contraprestación por la gestión de incrementar el capital existente de la cuenta de ahorro individual del afiliado. En consecuencia, no procede esta pretensión ya que deberá condenarse igualmente a la parte demandante a restituir los frutos e intereses que le fueron consignados a su cuenta de ahorro individual, ya que así lo tiene decantado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en tratándose de las restituciones mutuas, uno de los efectos jurídicos previstos en el artículo 1746 del Código Civil en cuanto a la nulidad de un acto jurídico, en cuanto que la parte que recibió frutos de la relación contractual declarado nula está en la obligación de restituirlo, pues de lo contario se etaria generando un enriquecimiento sin causa".

RAIS efectuado el 14 de septiembre de 1994 a PORVENIR, disponiéndose en consecuencia que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media, ordenando a PROTECCIÓN y a PORVENIR devolver a COLPENSIONES todas las cotizaciones de la demandante junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A., antes HORIZONTE S.A, con quien se efectuó el traslado de régimen pensional, no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 17 de septiembre de 1961 (*página 20, archivo 1 expediente digital)* por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 18 de enero del 2018 (*páginas 39 y 40 archivo 1 expediente digital)* y ante PROTECCIÓN el 19 de enero del 2018 *(páginas 40 y 45 archivo 1 expediente digital)*, esto es, cuando le faltaban menos de diez años para alcanzar la edad para pensionarse 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

[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".*

a los autos, contaba con 550,86 semanas cotizadas a Colpensiones, equivalentes a 10 años, 8 meses y 16 días (*ver páginas 108 y 156, archivo 1 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **14 de septiembre de 1994** con fecha de efectividad 1° de octubre de 1994 *(páginas 23 y 183, archivo 1 expediente digital),* por afiliación que hiciera a HORIZONTE hoy PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y el registro SIAFF.

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

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

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

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

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

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

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

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

relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una

información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

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

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

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

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

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

"(...).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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*

---

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 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 demandante[6], no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 1994, fue visitada por un asesor de Horizonte, quien le manifestó que en ese fondo iba a tener rendimientos financieros y podría pensionarse con anticipación, cosa que no ocurría en el ISS, pero no le informó las características, ventajas y desventajas del RAIS.

Respecto al comunicado de prensa *(páginas 87 a 89 archivo 6, 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

[6] Audiencia del 30 de septiembre de 2021, récord 0:16:45

tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, la administradora PORVENIR S.A. antes HORIZONTE 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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1997, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP 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**,** efectuado el **14 de septiembre de 1994** (página 64 Archivo 6 expediente digital) 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 (*ver historial vinculaciones pagina 183 Archivo 1 expediente digita*l) 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 PROTECCION, 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.

Advierte la Sala, la demandada PORVENIR interpuso recurso de apelación en contra de la condena impuesta por concepto de devolución de gastos de administración. Sin embargo, el juez a quo no adelantó el estudio de dicha temática, ni tampoco emitió condena por este concepto, razón por la que no es posible abordar su estudio en esta instancia, además porque la parte demandante tampoco presentó algún reparo al respecto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[7], 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.

[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 7 de mayo de 2019 (*página 144 archivo "01 DEMANDA ANEXOS Y CONTESTACIONES.pdf" expediente digital*).

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

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

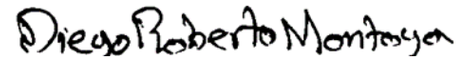
En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

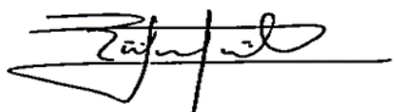
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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 MATILDE MARÍA DAZA DE OROZCO CONTRA ESTRUCTURAS DE HORMIGÓN LTDA Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES (RAD. 21 2019 00565 01)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada JENNIFER XIMENA LUGO ROJAS 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. (fls. 252 a 254)

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES (folios 248 a 250), 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 grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de

septiembre de 2021 (Cd. fl. 238 record 38;13, acta a folio 239), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que entre la señora MARIA MATILDE DAZA DE OROZCO (inaudible) existió un contrato de trabajo desde el 06 de septiembre de 1993 hasta el 19 de noviembre de 1995.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a corregir el cálculo actuarial solicitado y pagado por el señor HORACIO OSPINA REYES identificado con cédula de ciudadanía 19.292.927 como persona natural en calidad de empleador para en su lugar reemplazarlo por la empresa ESTRUCTURAS DE HORMIGON LTDA, identificada con NIT 800116742-8 como empleador de la señora MATILDE MARIA DAZA OROZCA.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES realizar nuevamente el cálculo actuarial de los aportes a pensión entre el 09 de septiembre de 1993 y el 14 de septiembre de 1993, y del 17 al 19 de noviembre de 1995 teniendo en cuenta que el salario devengado para el periodo a calcular fue de $400.000 para el periodo de 1993 y $600.000 para el periodo de noviembre de 1995, precisando que el salario al finalizar la relación laboral fue de $600.000,oo.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES liquidar como aportes en mora los periodos comprendidos entre el 1° de enero de 1995 y el 30 de mayo de 1995 y entre el 17 de septiembre hasta el 17 de noviembre de 1995 con un IBC para ese año de $600.000 pesos a nombre única y exclusivamente de la empresa ESTRUCTURAS DE HORMIGON LTDA. en calidad de empleador de la afiliada MATILDE MARIA DAZA OROZCO en calidad de trabajadora de dicha empresa.*
>
> ***QUINTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que una vez realizado el cálculo actuarial y la liquidación de los aportes en mora, realice un cruce de cuentas con los dineros ya consignados por concepto de cálculo actuarial y pagado por el señor HORACIO OSPINA REYES identificado con cédula 19.292.927 como persona natural en calidad de empleador el cual equivale a $14.785.736, en caso de quedar un excedente a favor de EMPRESAS ESTRCUTURA DE HORMIGON LTDA este le sea devuelto a esta entidad, pero si el cálculo de los aportes en mora y el cálculo actuarial es superior a lo ya cancelado, la empresa ESTRUCTURAS DE HORMIGON LTDA. deberá cubrir la diferencia en el término máximo de 1 mes a partir de notificado el valor a consignar por parte de COLPENSIONES.*
>
> ***SEXTO: ORDENAR** la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES actualizar la historia laboral de la demandante registrando las semanas y el IBC cotizados a favor de la demandante MATILDE MARÍA DAZA DE OROZCO, con el empleador ESTRUCTURAS DE HORMIGÓN LTDA., una vez se realice el respectivo cruce de cuentas.*

> ***SÉPTIMO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones de prescripción, falta de causa y cobro de lo no debido por parte demandante, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo del demandado y buena fe, propuestas por ESTRUCTURAS DE HORMIGÓN e INEXISTENCIA DEL DERECHO propuesta por COLPENSIONES.*
>
> ***OCTAVO: CONDENAR*** *en costas a la demandada ESTRUCTURA DE HORMIGON LTDA. Liquídense con la suma de $300.000 como agencias en derecho. Sin costas frente a COLPENSIONES.*
>
> ***NOVENO: CONSÚLTESE*** *con el Superior esta decisión a favor de COLPENSIONES en virtud de lo establecido en el artículo 69 del Código Procesal de trabajo y de la seguridad social".*

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 MATILDE MARIA DAZA DE OROZCO en este ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 4 del expediente, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados (fls. 4 y 5 ibídem), solicitando se declare que entre la demandante y la sociedad ESTRUCTURAS DE HORMIGÓN LTDA. existió un contrato de trabajo entre el 6 de septiembre de 1993 y el 19 de noviembre de 1995; se condene a la citada sociedad a pagar a COLPENSIONES el valor del cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 6 de septiembre y el 14 de septiembre de 1993 a favor de la demandante; a pagar a COLPENSIONES el valor de los aportes en mora a favor de la demandante correspondientes al periodo comprendido entre el 1° de enero y el 30 de mayo de 1995 y entre el 17 de septiembre y el 19 de noviembre de 1995. Se condene a COLPENSIONES a incluir estos periodos en la historia laboral de la demandante, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia favorable a sus aspiraciones por cuanto se declaró que entre la demandante y ESTRUCTURAS DE HORMIGON LTDA. existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 6 de septiembre de 1993 y el 19 de noviembre de 1995; se ordenó a COLPENSIONES corregir el cálculo actuarial solicitado y pagado por el señor Horacio Ospina Reyes y tener en cuenta como empleador a la sociedad ESTRUCTURAS DE HORMIGÓN LTDA.,

se ordenó a COLPENSIONES efectuar nuevamente cálculo actuarial de los aportes a pensión a favor de la demandante entre el 9 de septiembre y el 14 de septiembre de 1993 y entre el 17 y 19 de noviembre de 1995, liquidar como aportes en mora los periodos comprendidos entre el 1° de enero y el 30 de mayo de 1995 y entre el 17 de septiembre y el 17 de noviembre de 1995 y una vez efectuado el nuevo cálculo actuarial y la liquidación de aportes en mora realice un cruce de cuentas con los dineros ya consignados a título de cálculo actuarial por Horacio Ospina Reyes. Lo anterior tras considerar el juez de primer grado que, como quiera que no existía discusión frente a la existencia del contrato, al no evidenciarse prueba de los pagos al sistema general de pensiones, por los periodos echados de menos por la convocante, lo pertinente era disponer la cancelación de estos mediante cálculo actuarial.

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de controversia en esta instancia que entre las partes existió un contrato de trabajo que se extendió entre el 6 de septiembre de 1993 y el 19 de noviembre de 1995, hecho que fue aceptado desde la contestación de la demanda y además se acredita con las certificaciones laborales aportadas (flo. 15, 22). Igualmente se tiene en cuenta que en la contestación de la demanda se aceptó que el salario de la demandante para cada anualidad fue así: para 1993 $400.000,oo; para 1994 $500.000,oo y para 1995 $600.000,oo.

Así pues, memórese, conforme lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 el empleador debe ser el responsable del pago de su aporte y de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

Adicionalmente, téngase en cuenta, conforme el contenido del artículo 9° literal d) y parágrafo de la Ley 797 de 2003 y del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 y lo reiterado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entre otras,

en sentencias con radicación 32096 del 2 de septiembre de 2008[1] y 32179 del 27 de enero de 2009[2], es evidente que el tiempo dejado de cotizar durante la vinculación laboral tiene la virtud de perjudicar la eventual expectativa pensional del demandante.

En este orden de ideas, se tiene que de conformidad con el reporte de semanas cotizadas en pensiones de la demandante (fls. 28 a 31) se verifican cotizaciones a favor de la demandante por parte del empleador desde el 15 de septiembre de 1993; quedando así acreditado, que la demandada Estructuras de Hormigón Ltda., no efectuó la afiliación de la demandante desde la fecha en que empezó la relación laboral entre las partes y en consecuencia, no se avizora el pago de aportes a favor de la demandante para los períodos comprendidos entre el 9 y el 14 de septiembre de 1993 (fl. 185), a los que hizo alusión la juez a quo en su decisión, aspecto que no fue motivo de discordia en la alzada.

Igual sucede con los días 18 y 19 de noviembre de 1995, como quiera que en el reporte de Colpensiones consta que para el ciclo de noviembre de 1995 se pagaron tan solo 17 días y además figura novedad de retiro, pese a que el contrato se extendió hasta el 19 del mes (fl. 186 vuelto).

---

[1] *"De acuerdo con lo anterior, la forma para poder contabilizar el tiempo laborado por la actora y en el que no estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales, a fin de ser tenido en cuenta en el cómputo de semanas cotizadas, es mediante el traslado de la suma de dinero dejada de cotizar y obtenida a través de un cálculo actuarial, con lo cual no se vería afectada la trabajadora por esa omisión en que incurrió su empleador, acorde con el contenido de las normas señaladas".*

[2] *En el sub judice, cuando la demandante ingresó al servicio de la Corporación demandada, ya existía la obligación legal de afiliación de los trabajadores al régimen de seguridad social en pensiones, que para ese entonces era administrada por el Instituto de Seguros Sociales. No obstante existir dicho imperativo, en el caso analizado, el empleador dejó desprotegida a la actora por espacio de casi 18 años (16 de mayo de 1978 al 11 de marzo de 1996), porque durante los 25 años y 1 mes que estuvo prestando servicios, sólo fue afiliada a pensiones los últimos 7 años, bajo el régimen de ahorro individual administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.*

El inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, prevé la solución frente a la eventualidad referida, al establecer que " ... En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994".(El subrayado es de la Sala).

De lo anterior puede concluirse sin lugar a equívocos, los periodos que no aparecen reportados corresponden a lapsos en los cuales el empleador se sustrajo de las obligaciones de afiliación y pago de aportes, pues se tiene certeza del vínculo laboral que la demandante mantenía con dicho empleador, y con lo cual se causó la obligación de realizar los respectivos aportes, por ende es claro que las cotizaciones se causaron y el empleador era quien debía realizarlas, sin que la ex trabajadora pueda ver truncado su derecho pensional por el hecho del impago de las mismas, ello por cuanto tal situación en manera alguna puede acarrear consecuencias negativas para el afiliado.

Ahora, aunque la pasiva asevera haber efectuado el pago de dichos aportes, mediante el pago de cálculo actuarial por valor de $14.785.736, de la respuesta a oficio proveniente de COLPENSIONES (fls. 211 a 213), se establece dicho cálculo fue efectuado con base en un salario de $400.000, que difiere del ultimo devengado por la demandante ($600.000,oo) y adicionalmente figura como empleador HORACIO OSPINA REYES, quien funge como representante legal de la sociedad Estructuras de Hormigón y no como empleador persona natural.

En ese orden, como bien lo señalo la juez a quo, lo procedente es que COLPENSIONES vuelva a efectuar el cálculo actuarial, teniendo en cuenta para el efecto el verdadero salario devengado por la aquí demandante para los años 1993 y 1995, tenga en cuenta que el verdadero empleador es la sociedad Estructuras de Hormigón Ltda. y efectúe un cruce de cuentas con el cálculo pagado por valor de $14’785.736,oo.

En ese orden, claro resulta que la situación enunciada no puede ser enmendada simplemente con el pago de los aportes en tiempo posterior por cuanto, la forma legal para imputar válidamente los pagos de los aportes a pensión cuando existe **omisión en la afiliación** por parte del empleador, es a través del pago del cálculo actuarial respectivo.

Sobre este punto, recuérdese que los **periodos en que no hubo afiliación NO** pueden ser asimilados a aquellos en que si hay afiliación pero existe mora o pago tardío de los aportes, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que

por ello conllevan también consecuencias diferentes para el empleador y para la entidad de pensiones.

En los que se presenta mora patronal, los periodos pueden ser incluidos en la historia laboral del trabajador efectuando el pago de la cotización con los respectivos intereses moratorios, pero, **cuando no hay afiliación,** caso que se presenta en autos, **el empleador se ve compelido a trasladar el valor del cálculo actuarial a entera satisfacción de la entidad pensional** (literal d, parágrafo 1º, artículo 33 de la Ley 100 de 1993). Al tema, puede consultarse la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182[3].

Frente a la mora en el pago de aportes, de los periodos comprendidos entre el 1° de enero de 1995 y el 30 de mayo de 1995, como se colige del reporte de semanas cotizadas (fl. 185) no figura ningún reporte efectuado por esos ciclos; en este sentido, junto con la contestación de la demanda se aportó la Resolución 077 de 10 de diciembre de 2001 expedida por Colpensiones (fls. 56 a 58), acto administrativo mediante el que se aceptó el pago de aportes patrono-laborales en mora y/o extemporáneos e intereses liquidados a julio de 2000; sin embargo, tal como lo señaló la juez a quo, de dicha resolución no se acredita que con las sumas recibidas por el Instituto de Seguros Sociales por concepto de periodos en mora, se encuentren incluidos los aportes de la demandante que se echan

---

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

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

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

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social." (Subrayas fuera de texto)

de menos, que corresponden a los periodos comprendidos entre el 1 de enero al 30 de mayo de 1995; por lo que la Sala acoge la decisión de primer grado de ordenar a COLPENSIONES, liquidar estos periodos como aportes en mora, teniendo en cuenta el último salario devengado por la demandante ($600.000,oo).

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 integralmente la sentencia de primer grado

SIN COSTAS en esta instancia.

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 en la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno 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

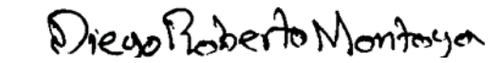
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA ISLENA BELTRÁN SALAZAR CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A, SKANDÍA S.A y llamada en garantía MAPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A (RAD. 21 2019 00767 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada CINDY JULIETH VILLA NAVARRO 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 representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S (fl. 209)



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fls. 226 a 229), COLPENSIONES (fls. 203 a 205), PROTECCIÓN (fls. 210 a 212), SKANDIA (fls. 213 a 215), PORVENIR (fls. 222 a 225) y MAPRE (fls. 230 a 233), 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 las demandadas PROTECCIÓN S.A,

PORVENIR S.A, SKANDIA S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 18 de enero de 2022 *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:53:17,CD folio 196, expediente físico),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARIA ISLENA BELTRAN SALAZAR al régimen de ahorro individual el 22 de noviembre de 1995, con fecha de efectividad a partir del 1° de diciembre del mismo año por intermedio de COLMENA hoy PROTECCIÓN, quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a PORVENIR, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A e ING hoy PROTECCIÓN S.A, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES, perdón, (sic) a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexadas desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARIA ISLENA BELTRAN SALAZAR, para ello se concede el término de un mes al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminadas con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*
>
> ***TECERO: CONDENAR** a SKANDIA y a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados para la señora MARIA ISLENA BELLTRAN SALAZAR por motivo gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros provisionales y lo descontado por concepto de traslado debidamente indexados con cargo a sus propios recursos y utilidades.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a **COLPENSIONES** a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES y a actualizar su historia laboral.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por PORVENIR, SKANDIA, COLPENSIONES y MAPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, esto frente a la demanda principal, conforme a lo motivado.*
>
> ***SEXTO: ABSOLVER** al llamado en garantía MAPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.*
>
> ***SÉPTIMO: DECLARAR PROBADAS** las excepciones respecto del llamamiento en garantía, propuestas por MAPRE COLOMBIA VUDA SEGUROS S.A relacionadas en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***OCTAVO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones de esta demanda.*

> ***NOVENO: COSTAS*** *en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN, liquídense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de $1.700.000.* ***SIN COSTAS*** *en contra de COLPENSIONES, SKANDIA y PORVENIR frente a la demandante.*
>
> ***DÉCIMO: COSTAS*** *a cargo de SKANDIA en virtud del llamamiento en garantía efectuado a favor de MAPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, liquídense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de $900.000.*
>
> ***DÉCIMO PRIMERO: CONSULTE*** *esta decisión con el superior, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES. ‘‘*

Inconforme con la decisión las apoderadas judiciales de PROTECCIÓN, PORVENIR, SKANDIA y COLPENSIONES la apelaron.

En primer lugar, PROTECCIÓN S.A, interpuso recurso de apelación respecto a la condena de trasladar los dineros correspondientes a las cuotas de administración y seguros provisionales, toda vez que estos son descuentos legales, exequibles y vigentes que se realizan en ambos regímenes, resalta que esos dineros tienen una destinación especifica, determinada por la ley, y que por tanto, se depositan en cuentas diferentes y que en ningún momento llegan a determinar la pensión de la demandante. Así mismo, dichos dineros se encuentran plenamente sustentados en los rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual, durante la vinculación con la AFP.

Advierte, que, si la actora nunca estuvo vinculada con la AFP, alude que la consecuencia lógica sería ordenar solamente el traslado de los dineros correspondientes a los aportes, más los rendimientos que hubiesen generado en el régimen de prima media, ya que con la presente condena COLPENSIONES están incurriendo en un enriquecimiento sin causa, porque está recibiendo los rendimientos que son el fruto de una gestión que realizó la administradora y adicional las cuotas de administración, las cuales son una contraprestación por la gestión realizada.

Por último, solicitó se aplique la prescripción respecto de las cuotas de administración, toda vez que son una obligación de tracto sucesivo, que estos dineros no tienen vocación de financiar la mesada pensional, por lo que el concepto le es plenamente aplicable y ha transcurrido el tiempo suficiente para que se

configure la misma. [1] *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:55:12, CD folio 196, expediente físico)*

PORVENIR también apeló la condena de la devolución de los gastos de administración. Resalta, esta condena a los fondos es contradictoria por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional y por lo tanto, se perdieron sus efectos por lo que no habría lugar a retornar tampoco los rendimientos que se generaron. Además, en su sentir se esta frente a un trato diferenciado.

Manifiesta que la entidad realizó deducciones por los anteriores conceptos durante la vinculación de la demandante, amparada en la ley, cumpliendo los presupuestos legales para la época. Efectuó una correcta administración de los recursos, que se vio reflejada en los rendimientos que se generaron.

Finalmente, referente a los seguros de invalidez y sobrevivencia, aduce que la demandante tuvo la cobertura durante su vinculación con la AFP, por lo que no deben retornar sumas por este concepto al régimen de prima media. En sustento de ello, expone que no existe cobertura de manera retroactiva y esos conceptos no están destinados al financiamiento de la pensión. [2] *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T*

---

[1] "*Muchas gracias su señoría, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación de manare parcial respecto a la condena a mi representada a trasladar los dineros correspondientes a las cuotas de administración y seguros provisionales, toda vez que estos son descuentos legales, exequibles y vigentes que se realizan en ambos regímenes, es decir, que si la demandante hubiese seguido afiliada al régimen de prima media con prestación definida, estos descuentos igualmente se hubieran efectuado exactamente en los mismo porcentajes, debemos recordar que esto dineros tienen una destinación especifica, determinada por la ley, y que por tanto, se depositan en cuentas diferentes y que en ningún momento llegan a determinar la pensión de la demandante. Así mismo, estos dineros se encuentran plenamente sustentados en los rendimientos que genero la cuenta de ahorro individual de la señora MARIA ISLENA durante el tiempo que estuvo vinculada con mi representada, que al día de hoy son cercanos al 110% respecto de los dineros por ella aportados.*
Ahora bien, si se tiene que la consecuencia de la ineficacia es entender que la demandante nunca estuvo vinculada con mi representada, la consecuencia lógica sería ordenar solamente el traslado de los dineros correspondientes a los aportes, más los rendimientos que hubiesen generado en el régimen de prima media, ya que con la presente condena COLPENSIONES están incurriendo en un enriquecimiento sin causa, porque está recibiendo los rendimientos que son el fruto de una gestión que realizó mi representada y adicionalmente las cuotas de administración que son la contraprestación por una gestión que realizó mi representada.
Finalmente, solicito de manera respetuosa al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, que se aplique la prescripción a estos dineros correspondientes a las cuotas de administración, toda vez que son una obligación de tracto sucesivo, que estos dineros como ya se dijo no tienen vocación de financiar la mesada pensional, por lo que el concepto le es plenamente aplicable y ha transcurrido el tiempo suficiente para que se configure la misma. Dejo así sentando mi recurso. Muchas gracias".

[2] "*Gracias su señoría en este momento procesal interpongo recurso de apelación de manera parcial ante el numeral 3 de la sentencia, en el sentido de devolver gastos de administración, suma de la aseguradora, suma de la garantía de la pensión mínima por parte de mi representada durante el tiempo que estuvo vinculada la actora con PORVENIR, y es que considera mi representada que es claro que en virtud de estas restituciones mutuas, este tipo de condenas a los fondos, bueno a mi representada, es contradictoria por cuanto ella declaro la ineficacia de este traslado de régimen pensional y por lo tanto, se perdieron los efectos de este traslado y de*

y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:55:12, CD folio 196, expediente físico)

SKANDIA interpuso recurso de apelación a la devolución de los gastos de administración; refirió la existencia de una norma que de manera taxativa indica cuales son los conceptos y factores, que deben devolverse en el momento de un traslado de recursos entre regímenes de pensiones, dentro de los que no están los gastos de administración; recordó un un porcentaje de estos gastos está destinado a sufragar los gastos por una posible contingencia de invalidez o muerte, y en ese orden de ideas SKANDIA cumplió a cabalidad esa orden impartida.

Solicitó se revoque la condena por los gastos de administración de manera indexada, toda vez que constituiría un doble pago por el mismo hecho. En caso de ser confirmada la sentencia de primer grado, solicitó se declare probada la excepción de prescripción frente a los gastos de administración dado que los gastos de administración tienen su fuente en el contrato de seguro previsional.

Finalmente, respecto al llamamiento en garantía solicita se revoque su absolución. Como sustento menciona que si bien es cierto las pólizas que se allegaron a este proceso acreditan una posible contingencia de invalidez o muerte, lo cierto es que existe una obligación legal y también contractual entre SKANDIA y la aseguradora MAPFRE, que obliga a esta última a devolver los gastos de administración, dado

---

los demás que surgieron, y por esa situación pues se condenó a devolverse, pues se condenó a devolver los gastos de administración, sumas de seguros y porcentaje de pensión mínima. Sin embargo, considera PORVENIR pues si fuera a dejar sin efectos este acto jurídico, pues claramente la actora pues no tendría derecho a retornar con los rendimientos que se generaron y como lo estipulo en el numeral anterior, por lo tanto, consideró que es un trato diferenciado, o es un trato contradictorio e injusto pues es esto que se da a los conceptos del traslado del régimen pensional, es decir, los rendimientos, los gastos, las sumas, los porcentajes para la garantía de pensión mínima, por lo tanto, considera mi representada que si tiene derecho a conservar estos conceptos, y aún más cuando el artículo 20 de la ley 100 de 1993, establece cuales son los aportes y a que están destinado. En ese sentido pues si mi representada hizo alguna deducción por estos conceptos, durante el tiempo de vinculación, es decir, 1999 a 2003 es claro que lo hizo amparado en la ley y cumplió los presupuestos legales en dicha data, y pues hizo esa correcta administración de los recursos en ese momento de la demandante, pues como se vieron reflejados en los rendimientos que se generaron, que posterior fueron trasladados a la diferente administradora del régimen de ahorro individual. Por lo tanto, mi representada considera que si debe conservar estos conceptos, dado que si cumplió con lo dispuesto e hizo una correcta administración.

Ahora bien, frente a esas sumas de seguros de invalidez y sobrevivencia se tiene que, pues el demandante tuvo esa cobertura durante el tiempo de vinculación con mi representada, pues frente a estas contingencias invalidez y sobrevivencia, fueron trasladas a las respectivas aseguradoras en su momento, por lo que no deben retornar en este caso al régimen de prima media. Primero, porque no va haber esta cobertura de manera retroactiva, y pues claro que estos conceptos no están destinados al financiamiento de la pensión en dicho régimen pensional. Por lo tanto, pues PORVENIR considera si debe conservar estos conceptos y solicito entonces revocar este numeral en cuanto a devolver los mismos. Muchas gracias. "

que como se declaró la ineficacia de un contrato principal, que es el contrato de afiliación de la demandante con SKANDIA , se pierde por completo uno de los elementos esenciales del contrato de seguros, esto es el interés asegurable. [3]

[3] *"Gracias doctora de manera muy respetuosa igualmente presento y sustento recurso de apelación parcial contra la sentencia que aquí se acaba de proferir. En el numeral tercero, sexto y decimo.*
Respecto del numeral tercero de la devolución de los gastos de administración fundo la inconformidad con fundamento con los parámetros legales establecidos en el Decreto 3995 del 2008, artículo 7, que de manera muy concreta señala y taxativamente indica cuales son los conceptos, factores, que deben trasladarse en el momento que valga la redundancia opere el traslado de recursos entre regímenes de pensiones, encontrando que dicha normatividad nada indica respecto de los gastos de administración, por el contrario, opera otros conceptos, como el caso en particular que opero específicamente por mi representada el 24 de noviembre, perdón, el 17 de junio de 2008, que constituye a la devolución a los aportes y las cotizaciones realizadas por la aquí demandante, dichos valores como lo señala la norma en cita, son de obligatorio cumplimiento trasladar, en su caso particular opero dicho traslado por mi representada, pero no indica dicha norma que opera sobre los gastos de administración , al no operar sobre esos gastos de administración con fundamento en la ley, en ese orden de ideas solicito al Honorable Tribunal que revoque parcialemnte esta orden impartida en primera instancia, teniendo en cuenta los postulados de orden legal como lo son el Decreto 39 de 2008, todo ello guardando una relación coherente con la ley 100 del año 1993, dado que específicamente dicha norma no regula que deban trasladarse los gastos de administración, porque la ley 100 señala que un porcentaje de estos gastos de administración están destinados para sufragar los gastos por una posible contingencia de invalidez o muerte, y en ese orden de ideas SKANDIA cumplió a cabalidad esa orden impartida trasladando dicho aportes, por ende desde el año 2003 hasta el año 2008, no ha contado con estos rubros, dado que al cumplimiento de la ley 100 se han trasladado a la aseguradora respectiva.
Ahora bien, debe considerarse Honorables magistrados que la sentencia igualmente ordena que dicho rubros dichos conceptos de gastos de administración deban retornarse hacia COLPENSIONES de manera indexadas, tal y como quedo plasmado en el numeral tercero de la sentencia y en la parte motiva de la misma, encontrando dicha inconformidad basados en la sentencias señaladas Honorables magistrados, por el Tribunal de la ciudad de Cali, como es la sentencia del 30 de junio de 2021, dentro del proceso bajo el radicado 2019 476 que revoco la sentencia proferida por el juzgado 18 laboral de Cali, en la cual se indicó y se sustentó que como en el caso particular se ordena a trasladar también además de lo ya indicado, los rendimientos y en ese orden de ideas debe considerarse que se compensa del poder adquisitivo de la moneda, que pueda (inaudible). En ese orden de ideas, le solicito a los honorables magistrados que se revoque la orden proferida a la indexación igualmente, dado que constituiría un doble pago por el mismo hecho y en ese orden de ideas Honorables magistrados solicito con fundamento y de manera muy respetuosa los fundamentos que esbozo en su oportunidad en su momento el Tribunal de la Ciudad de Cali, para revocar la indexación de estos valores que se están ordenando en este tipo de juicio.
Ahora bien, seguidamente y de manera eficaz si el Tribunal confirma la sentencia que se acaba de proferir, solicito que se dé por probada la excepción formulada oportunamente de la prescripción y opera específicamente frente al porcentaje de gastos de administración, si bien es cierto que mis precedentes codemandadas han ampliado este concepto y han ratificado y solicitado su revocatoria, adiciono a lo ya alegado por las apoderadas de PROTECCIÓN y de PORVENIR, que debe considerarse Honorable magistrado que la figura de la prescripción opera perfectamente frente a los gastos de administración, teniendo en consideración que existen dos tipos de relaciones contractuales, que son simultaneas pero totalmente diferentes, dado que los gastos de administración tienen su fuente o su matriz en el contrato de seguros previsional, dicho contrato de seguros previsional está regulado por los postulados del código de comercio, código de comercio normatividad que reseña en su artículo 1081 que la prescripción de las acciones que se derivan de los contratos de seguros, prescriben en dos años y en ese orden de ideas todo lo que aquí se está presentando inconformidad que son los gastos de adminsitracion, que es una acción que se deriva del contrato de seguro prescribe y opera perfectamente la figura de la prescripción.
Ahora bien, teniendo en consideración que la aquí demandante tuvo su última afiliación al 2008 y a la fecha ha operado perfectamente los 2 años que nos señala el artículo 1081 del código de comercio, por ende, es perfectamente aplicable esta figura y por lo tanto, solicito de manera respetuosa al Tribunal si confirma la orden de tomar los gastos de administración que se de por probada la figura de la prescripción frente a los gastos de administración como ya se ha denotado.
Finalmente, el llamamiento en garantía en el numeral sexto y decimo fue despacho desfavorablemente hacia SKANDIA, solicito al Tribunal que se revoque el numeral sexto y decimo de la sentencia, teniendo en consideración honorables magistrados precisó, ratificó, indicó, insisto que en el presente proceso, pese a lo indicado por la juez de primera instancia en la parte motiva de la sentencia, en lo referente a la materia que aquí se trata, debe tenerse en consideración que si bien es cierto las pólizas que se allegaron a este proceso en este tipo de juicio sirven de base para acreditar una posible contingencia de invalidez o muerte, no debe

(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 2:00:48, CD folio 196, expediente físico)

Por último, COLPENSIONES, señaló que la demandante realizó múltiples traslados horizontales dentro del RAIS, por lo que se realizaron comportamientos propios de actos de relacionamiento, concluyendo que la actora deseaba continuar en el régimen, que conoce el funcionamiento de esté y se encontraba en disposición de recibir su asesoría y sus servicios, aun cuando tuvo la oportunidad de regresar al régimen de prima media.

De otra parte, respecto de la carga de la prueba resulta desproporcionado imponerla a las AFP, y particularmente en COLPENSIONES, teniendo en cuenta que es la más afectada en lo ateniente a la sostenibilidad del sistema pensional. Resaltó para el año 1995 no era obligatorio dejar un registro documental de la asesoría prestada, deber que solo se materializó a través a través de la ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015, por lo que los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e informado.

---

perderse de juicio Honorables magistrados que en el presente proceso existen unos efectos jurisprudenciales que le están dando a este tipo de juicios que se materializaron en esa sentencia ordenando los gastos de administración, y en ese orden de ideas se encuentra la suscrita que existe o guarda una relación explicita frente a los hechos y las peticiones contenidas en la demanda, si se declarar la ineficacia como aquí se declaró ya en los numerales primero y segundo de esta sentencia, traen una consecuencia o unos efectos jurisprudenciales para aquí nadie desconocidos, que es precisamente la devolución de estos gastos. En este orden de ideas, debe tenerse en consideración que en cumplimiento del artículo 64 del Código general del proceso existe una obligación legal y también contractual también entre las partes, esto es entre SKANDIA y la aseguradora MAPRE que la obliga a esta última a restituir, a devolver los respectivos gastos de administración, dado que como ya se materializo en este caso , se declaró una ineficacia de un contrato principal, que es un contrato de afiliación del aquí demandante con SKANDIA y en ese orden de ideas, se pierde por completo uno de los elementos esenciales del contrato de seguros, esto es el interés asegurable, y al perderse por completo como consecuencia de una ineficacia que aquí se acaba de declarar, se pierde por completo el interés asegurable, que el mismo artículo 1647 señala, es decir el contrato no produciría efecto alguno, cual contrato, el contrato de seguros previsional que existió entre la aseguradora MAPRE y SKANDIA, y en ese orden de ideas la misma norma señala en su inciso final que la aseguradora está obligado a restituir las primas percibidas.

En ese orden de ideas, insisto de manera muy respetuosa honorable magistrados se acceda al llamamiento en garantía que oportunamente se formuló en esta demanda y encontrando fundamentos legales que respaldan esta solicitud que sea la aseguradora MAPRE en su oportunidad deba restituir, pagar y sufragar todos los conceptos de gastos de administración, primas y todos los conceptos que aquí se han solicitado en el escrito de llamamiento de garantía.

En ese orden de ideas, igualmente como consecuencia se revoque el numeral decimo, es decir, la condena en costas a la que fue sometida SKANDIA por no salir a su favor el llamamiento en garantía, y en ese orden de ideas solicito entonces su señoria la revocatoria de los numerales tercero, sexto y decimo de la sentencia que se acaba de proferir. Muchas gracias."

De manera subsidiaria, solicitó se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES, previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes de la cuenta de ahorro de la demandante, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración y a los demás a lo que hubiera lugar debidamente indexados por el periodo en el que permaneció afiliada la demandante a los fondos privado. Finalmente, solicito no sea condenada en costas, toda vez que no participó en el acto que se presume ineficaz y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre dos partes ajenas a COLPENSIONES.[4] *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 2:00:48, CD folio 196, expediente físico)*

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

CONSIDERACIONES

[4] *"Gracias su señoría, muy respetuosamente me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Sala laboral de Bogotá que revoque en totalidad la sentencia acabad de proferir, si es que bien es cierto la señora demandante realizó traslado al RAIS de manera libre y voluntaria y de conformidad con lo que establece el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su literal b.*
Por otra parte, con sus múltiples traslados horizontales que realizó dentro del RAIS, la demandante pues realizó comportamientos propios de actos de relacionamiento, por lo que es claro que ella desea continuar en el régimen al que pertenece, conoce su funcionamiento de este y se encuentra en disposición de recibir su asesoría y sus servicios, aun cuando tuvo la oportunidad de regresar al régimen de prima media.
En otra parte, en cuanto a la carga de la prueba resulta desproporcional colocar la carga de la prueba en la AFP y en el caso en particular en COLPENSIONES, teniendo en cuenta que es la más afectada en lo ateniente a la sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación, la primera afiliación primigenia se dio para el año 1995, queriendo decir esto que han trascurrido aproximadamente más de dos décadas a la fecha, configurándose pues un imposible probar las circunstancias de la suscripción del traslado, fecha para cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma y es que aunque de presente la Corte utiliza como norma para la aplicación el deber de información que es el Decreto 663 de 1993, es de manifestar que este deber solo se materializó a través de la ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015, pues los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para poder probar el concomimiento libre, voluntario y sin presiones e informado, por cuanto la ley surgieron entre el año 1993 y el 2014, no exigían nada diferente al documento de afiliación, donde constaba la plena intención de querer pertenecer al régimen de ahorro individual, siendo pues este el caso de la señora demandante, la cual suscribió el formulario y realizó el respectivo traslado para el año 1995 con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN.
En últimos y de manera subsidiaria y en caso de no acogerse a los argumentos expuesto por mi representada y en consecuencia la sala confirme al providencia objeto de alzada, solicito se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES, previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes de la cuenta de ahorro de la demandante, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración y a los demás a lo que hubiera lugar debidamente indexados por el periodo en el que permaneció afiliada la demandante a los fondos privados, como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento hasta tanto la AFP no reintegre los recursos. En igual sentido solicito a los Honorables magistrados no se condene en costas a mi representada, toda vez que no participo en el acto que se presume ineficaz y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre dos partes ajenas a COLPENSIONES. Entonces en ese sentido muy respetuosamente solicito a los Honorable magistrados se absuelva a COLPENSIONES de todas y cada una de las condenas interpuestas en su contra. Gracias"

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (fl. 1, expediente físico*),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*fls. 1 y 2, ibídem),* aspirando se declare la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante del régimen de prima media al de ahorro individual, en consecuencia, se declare para todos los efectos legales siempre se ha encontrado afiliada al RPM. Se ordene el traslado de los aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con sus rendimientos y frutos obtenidos. Finalmente, se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS el 22 de noviembre de 1995, efectivo el 01 de diciembre del mismo año, con COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A, quedando afectados por ineficacia los demás traslados. Condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales y los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados. De otro lado, condenó a SKANDIA y a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados de la actora, por concepto de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros provisionales debidamente indexados con cargo a sus propios recursos y utilidades. Finalmente, condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral. 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 2002[5].

Así las cosas, en el acápite de hechos (*fl. 1, hecho número 1, expediente físico)* se registra como fecha de nacimiento el 03 de diciembre de 1956**,** hecho que se corrobora en el formulario de afiliación a COLMENA (fl. 51) y que fue aceptado por Colpensiones en la contestación al hecho primero de la demanda (fl 3 archivo contestación demanda Colpensiones (cd. folio 110) y por PROTECCION S.A. en su contestación de la demanda (cd. folio 112), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2013, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 01 de junio de 2017 (*fls. 55 a 57, expediente físico)* y ante PROTECCIÓN el 01 de marzo de 2019 (*fls. 40 a 42, expediente digital*)*,* esto es, cuando ya contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional – tenía 61 y 63 años-. por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1 de abril de 1994 -, contaba con 37 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 **22 de noviembre de 1995** con fecha de efectividad el **01 de abril de 1995** *(CD fl. 112, página 95, expediente físico)* por afiliación que hiciera a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A y que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba apenas con 625,14 semanas cotizadas que corresponden a 11,98 años *(fl. 54, expediente digital),* 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 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.

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

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 **22 de noviembre de 1995** con fecha de efectividad a partir del **01 de abril de 1995** *(fl. 20, y CD fl. 112, página 95, expediente físico),* específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima. Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas*

reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

"(…)

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

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

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban

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

> ***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 a los fondos accionados COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A.

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

---

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

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

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de

$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

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

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

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

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

---

sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

el suministro de información en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[8], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen. Relató en el año 1995 en un auditorio se presentaron unos fondos de pensiones y luego, persona por persona abordaron a los empleados de la clínica. Un asesor llenó el formulario y ella lo firmó. No le explicaron las características del RAIS ni lo que perdía con el traslado.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A *(fl. 51, expediente digital),* este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa *(CD fl 162, páginas 46 a 48, expediente físico)* 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

[8]*Audiencia 18 de enero de 2022, récord 23:10.*

obstante, esa administradora –COLMENA hoy 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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1995, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP 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 COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A omitió en el momento del traslado de régimen **(22 de noviembre de 1995, efectivo el 01 de diciembre 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.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP *(CD fl 112, página 95, expediente físico),* 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 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 PROTECCIÓN, esta como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones) y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A y SKANDIA A.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 (...)".*

Con relación a la orden del juez de primer grado de disponer el pago debidamente indexado de la devolución de dichos gastos de administración, en orden a responder los planteamientos propuestos por la demandada SKANDIA S.A, 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 o la imposición del pago de perjuicios, 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 *(CD fl. 110, expediente físico),* a la que se tuvo por contestada la demanda mediante auto de 31 de agosto de 2021 (fl. 165 a 167*),* entidad a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está

sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

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

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

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

Finalmente, frente a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. que fue absuelta por la juez a quo, en sentir de esta Corporación, en virtud de la póliza No. 920140700002 (*páginas 26 a 35, archivo "23. Contestación de la demanda y llamamiento en garantía MAPFRE".pdf, cd. folio 169*), la aseguradora no está obligada a cubrir ninguna de las eventuales condenas, atendiendo que lo pretendido en autos no es otra cosa que la declaratoria de ineficacia, por falta de consentimiento informado, de la afiliación realizada por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con el consecuente retorno al régimen de prima media con prestación definida y el traslado de las sumas recibidas por concepto aportes, cotizaciones, bonos pensionales, adicionales, rendimientos financieros.

El anterior razonamiento encuentra sustento en lo previsto en el artículo 108[9] de la Ley 100 de 1993, que impone a las administradoras de fondos de pensiones el deber de contratar seguros colectivos previsionales que concurran a la financiación de las pensiones de invalidez y sobrevivientes que deban reconocerse a los afiliados del RAIS, lo cual implica que la garantía contratada solo se activa cuando ocurre el reconocimiento de dichas prestaciones –invalidez y sobrevivientes- y se requiere completar el capital respectivo para su pago al beneficiario, aspectos no comprendidos en la discusión de autos, lo que desde luego conlleva la absolución de la aseguradora convocada al proceso, como lo analizó la juez a quo.

---

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

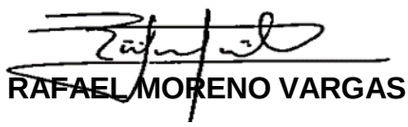
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21) 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 MAGDALENA CARRILLO ARJONA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A (RAD. 23 2020 0097 02)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por Skandia (fls. 4 y 5), Colpensiones (fls. 9 y10) y Porvenir S.A. (fls. 15 a 19), 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 interpuesto por las demandadas PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S,A, SKANDIA S,A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, el pasado 27 de septiembre de 2021 *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:07:26, carpeta "18-AUDIENCIA", archivo "AUDIENCIA EXP. 023-2020-00097-20210927_110525-Grabación de la reunión.mp4", expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de la demandante MAGDALENA CARRILLO ARJONA efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en este caso por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRDORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, y como consecuencia, los traslados entre administradoras, los traslados horizontales realizados al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN y SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a lo considerado.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, a devolver a la ADMINISTRADORA*

COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora demandante entre el 1 de agosto de 1998 al 31 de diciembre de 1999, con todos los intereses y rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, dineros que se ORDENAN devolver debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

PARAGRAFO: A este fondo le autorizamos como único descuento del dinero que transfirió a la AFP PORVENIR con ocasión al traslado solicitado el 1 de enero del año 2000.

***TERCERO: CONDENAR** a SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación entre el 1 de enero de 2008 al 31 de agosto de 2013, con todos los dineros recibidos, con los intereses y los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto, dada las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, dineros que se ordenan devolver de forma indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.*

Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP PORVENIR con ocasión al traslado solicitado el 1 de septiembre de 2013.

***CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de las afiliaciones de la demandante, durante las tres afiliaciones que tuvo, durante las tres afiliaciones que tuvo esta señora demandante devolver todos los dineros recibidos, con ocasión a las afiliaciones, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.*

Como PARAGRAFO a esta AFP le vamos a autorizar igualmente los dineros, descontar los dineros transferidos a la AFP PORVENIR, e igualmente a la AFP SKANDIA con ocasión a los traslados solicitados por la señora demandante.

***QUINTO: DECLARAR** que MAGDALENA CARRILLO ARJONA se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy administrado por COLPENSIONES.*

***SEXTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas.*

***SÉPTIMO: COSTA** a cargo de PORVENIR a favor de la demandante*

***OCTAVO: SE ORDENA** la consulta a favor de COLPENSIONES. "*

Inconforme con la decisión los apoderados de PROTECCIÓN, SKANDIA, PORVENIR y COLPENSIONES, la apelaron.

En primer lugar, el apoderado judicial de PORTECCIÓN, interpuso recurso de apelación respecto a la orden de trasladar con destino a COLPENSIONES los descuentos por gastos de administración. En sustento de ello, aduce que dichos descuentos se encuentran debidamente autorizados por la ley, por lo cual se realizaron con autorización normativa, que el descuento se realizó como contraprestación a una buena gestión de administración del recurso de la demandante, el cual se evidenciar en los rendimientos financieros que generó su cuenta de ahorro individual durante la vigencia con la AFP.

De otro lado, añade que el cobro del 3 % destinado para comisión de administración y para financiar las primas de seguro de invalidez y sobrevivientes opera la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo, causado por la periocidad que impone la ley, además este es un concepto que ni siquiera financia directamente la prestación económica por vejez. [1] (*Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:10:58, carpeta "18-AUDIENCIA", archivo "AUDIENCIA EXP. 023-2020-00097-20210927_110525-Grabación de la reunión.mp4", expediente digital)*

[1] *¡Gracias señor juez, de manera respetuosa interpongo recurso de apelación de manera parcial, únicamente respecto a la orden de trasladar a COLPENSIONES, los descuentos por gastos de administración, entiéndase pues por estos las primas de seguros previsionales, y lo descontados por comisiones de administración, en primera medida este es un descuento que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 del 2013, en su artículo 7, el mismo se realizó en su momento con la autorización normativa, como se realiza frente a cualquier entidad administradora de pensiones, en cualquiera de los dos regímenes.*
Segundo, este descuento se realizó en su momento como contraprestación a una buena gestión de administración del recurso de la demandante, el cual se pudo evidenciar pues en los rendimientos financieros que generó su cuenta de ahorro individual durante la vigencia con mi representada.
Tercero no hay lugar, a devolver estos dineros, en razón pues que se tratan de valores ya causados, durante la administración de estos recursos del fondo de pensiones, y el cobro de estos dineros pues se realiza como es permitido frente a cualquier entidad financiera, así las cosas debemos hablar de prestaciones acaecidas, teoría que fue puesta de presente por la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral en la sentencia de radicado 31989 de septiembre de 2008, magistrado ponente Doctor Eduardo Lopez Villegas, cuando manifiesta lo siguiente:
"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 tiene cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender al retorno al estado original al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido a de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral, o en el de la seguridad social".
Además, debe tenerse de presente que frente a este cobro del 3% destinado para comisión de administración y para financiar las primas de seguro de invalidez y sobrevivientes opera la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo, causado por la periocidad que impone la ley, además este es un concepto que ni siquiera financia directamente la prestación económica por vejez. Aunado lo anterior, pues el artículo 113 de la ley 100 de 1993 no dispuso que el traslado de régimen comprendiera el reintegro de sumas percibidas por los gastos de administración. Por lo sustentado anteriormente solicito de manera respetuosa al honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial, en su sala laboral, que revoque la sentencia parcialmente, solamente frente a la condena de los traslados de administración, toda vez que se trata de prestaciones ya acaecidas. Muchas gracias. "

A su turno, SKANDIA interpone recurso de alzada en lo referente a trasladar hacia COLPENSIONES, los recursos correspondientes a los gastos de administración de manera indexada. Como argumento indicó la existencia de una norma específica que dispone el descuento por este concepto; están destinados a cubrir posibles contingencias como invalidez y muerte pero no están llamados a cubrir la pensión de vejez de la aquí demandante. Por lo anterior, señala que no es dable retornar dineros, que no se encuentran a disposición de la entidad. Solicita se revoque la orden de devolver estos conceptos de manera indexada, porque se está generando una doble sanción por un mismo concepto, constituyéndose un enriquecimiento sin justa causa.

No obstante, alude en el caso hipotético que sea confirmada la sentencia de primera instancia, solicitó sea declarada la excepción de prescripción, respecto a los gastos de administración. [2] (*Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de*

[2] "*Su señoría de manera muy respetuosa me permito interponer y sustentar parcialmente recurso de apelación contra la sentencia que aquí se acaba de proferir, especialmente numeral tercero. Referente a retomar hacia a COLPENSIONES, o trasladar hacia COLPENSIONES los recursos referentes al % de gastos de administración y estos deben ser de manera indexada.*
Fundo mi recurso en los siguientes términos, si bien es cierto que aquí se acaba de proferir esta orden impartida con fundamento en los preceptos señalados por el precedente jurisprudencial, debe considerarse de manera muy respetuosa por los Honorables magistrados del Tribunal Sala Laboral de la ciudad de Bogotá, que existe una norma muy específica y concreta que regula los traslados de recursos entre regímenes del sistema general de pensiones, encontrando que el decreto 3995 del año 2008, artículo 7 indica que cuando se trasladan estos recursos del RAIS, al régimen de prima media solo opera a la cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima, pero no señalo de manera taxativa que deba referirse al porcentaje de gastos de administración, dicha norma que guarda una relación lógica jurídica, que no es más que efectivamente los gastos de administración por disposición de la ley 100 del año 1993, están regulados o con una destinación totalmente diferente para cubrir la pensión de vejez de la aquí demandante, y una parte de estos gastos de administración se están destinando para cancelar o para pagar o para sufragar las respectivas primas para cubrir las posibles contingencias de una invalidez o una muerte a la aquí demandante y dicha cobertura conto la aquí demandante durante el tiempo por el cual estuvo afiliada con mi representada, esto es del 1 de enero de 2008 al 31 de agosto de 2013.
Y en ese orden de ideas, no es dable que mi representada deba retornar dichos dineros, que en su lugar no se encuentran a disposición de la entidad a la cual yo estoy representada, por ende, solicito muy respetuosamente al despacho y en acatamiento del artículo 230 de la Constitución política, donde indica que el operador o los jueces están sometidos a la ley, y que la jurisprudencia es un criterio auxiliar y que en este caso específico frente a los gastos de administración existe una norma que regula de manera taxativa cuales emolumentos o conceptos que deban generarse o trasladarse en el momento de efectuar un traslado de régimen, dicha norma deban ser la que se aplica o cuando se surtan los efectos de la ineficacia, deben ser regulados por la ley y no por la jurisprudencia, dado que la ley ya cubrió ese vacío y en su lugar señalo cuales son esos conceptos que existen o deben hacerse en ese momento, y precisamente en cumplimiento de esa norma y dicha ley fue que mi representada el 9 de septiembre de 2013 traslado la cotización obligatoria, la mora, la cotizacion voluntaria de la aquí demandante y el fondo de garantía de pensión mínima hacia HORIZONTE en su oportunidad, hoy PORVENIR, y en ese orden de ideas mi representada cumplió a cabalidad con los parámetros y los emolumentos que por ley debía trasladar y que ahora se están aumentando al supeditar el cumplimiento de esta sentencia a gastos de administración.
Ahora bien, teniendo en cuenta dicho punto, dicha normatividad, dicha solicitud de manera muy respetuosa solicito que se revoque la orden impartida respecto que se deba trasladarse dichas sumas de dinero o dichos porcentajes de gastos de administración de manera indexada, solicitando de manera muy respetuosa que se acoja al igual que lo hace el alto Tribunal, magistrados del Tribunal de la Ciudad de Cali, que ha revocado las sentencia que ordenan cuando se ordenan además de todos los conceptos que aquí se están referenciando, y que se materializaron en la presente sentencia, como son los gastos de administración, la cuenta y todas las sumas de dineros, más los rendimientos que no sean de manera indexada dichas sumas de dinero, dado que la sentencias del Tribunal superior de Cali y especialmente la del 30 de junio del 2021, dentro del proceso

la plataforma Microsoft Teams récord 1:13:43, carpeta "18-AUDIENCIA", archivo "AUDIENCIA EXP. 023-2020-00097-20210927_110525-Grabación de la reunión.mp4", expediente digital)

De otra parte, PORVENIR solicitó sea revocada en su totalidad la sentencia proferida. En sustento de ello, expuso que la demandante surtió varias afiliaciones en el régimen de ahorro individual desde 1994, además, asegura habérsele brindando una asesoría clara, precisa, veraz, consistente conforme al sistema de seguridad social para ese momento. En lo referente al formulario de afiliación para suscrito por la actora en 1994, cumple con los criterios establecidos en la ley, no fue tachado de falso por la parte demandante, por lo cual se considera como documento auténtico, indica es fuente que acredita la validez del acto de esa ratificación de pertenecer a un régimen diferente al de prima media. La demandante nunca solicitó su retorno a COLPENSIONES y se está generando una declaratoria de ineficacia a pesar de ser existente una prohibición legal contenida en la ley 707 del año 2003, prohibición legal que no ha sido determinada por el legislador de manera caprichosa, sino que en aras de poder tener una sostenibilidad financiera del sistema pensional.

---

radicado 2019 473 revoco la sentencia del juzgado 18 laboral de Cali, en el sentido en que al hacer este orden de indexar, además de que se están dando los rendimientos y ya se está ordenando la indexación, de esta forma se está compensando del poder adquisitivo de la moneda, que pudiese haber afectado en el capital del afiliación, es decir, si ya se ordenaron los rendimientos y además de que sean los rendimientos lo que debe trasladar y además sean indexados se estaría ya compensando esa depreciación del dinero, y al hacerlo como se está ordenando aquí en primera instancia se está generando una doble sanción por un mismo hecho, además de ello constituye un enriquecimiento sin justa causa.
En ese orden de ideas, solicito muy respetuosamente al Tribunal evalúen la tesis que se está aplicando por la jurisdicción laboral ordinaria en materia de indexación en este tipo de juicios y en este tipo de procesos, dado que como ya se indicó se está generando, se está retomando unos rendimientos que cubre o que compensa dicha depreciación. En este orden de ideas, dejo por sentado el criterio fundamental que fundamenta mi recurso de apelación frente a los gastos de administración, pero ahora bien, en ese orden de ideas, si eventualmente o hipotéticamente que el Tribunal, confirme la sentencia en los términos que aquí se están recurriendo solicito muy respetuosamente que se declare o se dé por probada la excepción formulada en el escrito de contestación de la demanda de la prescripción, pero la prescripción debe referirse honorables magistrados, referente a los gastos de administración, todo ello con fundamento en los siguientes tesis que formuló a continuación.
En el presente caso, para que hablemos de los gastos de administración y especialmente de lo referente al contrato de seguros previsional, que la fuente, o el origen para poder cancelar estas primas de seguros, debe ceñirse en este caso particular o concreto bajo las normas del código de comercio dado que aquí estamos hablando de un contrato de seguros previsional, que es un contrato que se celebra entre dos partes del derecho privado, que es la AFP SKANDIA y en el caso particular la aseguradora y en ese orden de ideas al contar que son dos personas de derecho privado y que se trata y que tiene su fuente en los gastos de administración en el contrato de seguros, debe aplicarse las disposiciones del artículo 1081 del Código de comercio, que regula la prescripción de las acciones que se derivan de los contratos de seguros, como es en este caso que se deriva los gastos de administración, especialmente la prima y considerando que esta prescripción opera de manera ordinaria, dos años considerando que la señora MAGADALENA CARRILLO ARJONA estuvo afiliada del 2008 al 2013, cabe perfectamente la figura de la prescripción de los dos años que señala la norma en cita, y en ese orden de ideas solicito muy respetuosamente al Tribunal de confirmar la sentencia, que se dé por probada la excepción de prescripción frente a los gastos de administración.
En este orden de ideas su señoría, dejo por sentado mi recurso de apelación. Gracias.

En su sentir, el fallador de primera instancia no tuvo en cuenta los actos de relacionamiento dado que la actora generó traslados horizontales, lo que ratifica su voluntad de permanecía en el RAIS. Añade, la demandante en el interrogatorio de parte, manifestó que su motivación es obtener una mesada que se ajuste a sus condiciones, de donde se concluye una motivación económica, que no puede ser óbice para declarar una ineficacia del traslado. Respecto a los actos de relacionamiento, menciona, si bien para la época no se dejaba por escrito la asesoría, esta si fue efectuada por cada uno de los fondos privados, por lo que contaba con la información acerca del RAIS.

De otro lado, frente a los gastos de administración, manifiesta que estos también se generan dentro del régimen de prima media. Añade, la demandante ha obtenido del RAIS unos rendimientos que han favorecido su capital. Los gastos de administración no financian ninguna prestación pensional de la parte actora Además, en su sentir con la declaratoria de ineficacia también se está omitiendo el deber de las restituciones mutuas. Finalmente, frente a la condena en costas, advierte se está condenando únicamente a la AFP PORVENIR, a pesar de la existencia de varios vencidos, solicita se aplique el factor objetivo del artículo 365 del Código General del Proceso, en sustento indica que la Corte Constitucional, la condena en costas no es el resultado de la derrota dentro del proceso. Por lo anterior, solicitó bajo el principio de objetividad y la compatibilidad, se condene a las demás demandadas. [3] (*Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través*

[3] "*Su señoría estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación en contra del fallo emitido por su despacho en aras que los señores magistrados revoquen en su totalidad dicha sentencia, teniendo a consideración lo siguiente:*
En primer lugar, tenemos que la demandante surtió varias afiliación entre el régimen e ahorro individual a partir del año 1994, decisión que fue precedida conforme a una, que se le brindó una asesoría clara, precisa, veraz, consistente conforme al sistema de seguridad social para ese momento, asesoría que fue brindada por mi representada y que fue de manera precedida esa solicitud o esa vinculación inicial que realiza la parte actora, no podemos dejar de lado señores magistrados que la demandante no efectuó una sola vinculación con mi representada, sino de manera precedente generó afiliaciones, traslados horizontales dentro del régimen de ahorro individual, solicitudes que se verifican que la mismas fueron cada dos años, cada año, a diferentes fondos privados, la demandante adujo que dentro del régimen de ahorro individual y que mientras ella se encontraba vinculada a su fuente de trabajo llegaron variedad de asesores entregando información acerca del régimen de ahorro individual, hecho que tampoco puede dejarse de lado señores magistrados.
Seguidamente también a de precisarse que estos formularios de afiliación en su momento, dado caso para el año 1994, el cual fue suscrito por la parte actora, cumple con los criterios del decreto 692 de 1994 artículo 11, tampoco este documento fue tachado de falso por parte de la demandante, y por ende, se considera un documento autentico, aceptado bajo los términos del artículo 293 del código y 294 del Código General del proceso, es una fuente que acredita la validez del acto de esa ratificación de pertenecer a un régimen diferente al de prima media.
Señores magistrados tampoco podemos dejar de lado, que la demandante adujo totalmente que le manifestaron que su, que el Seguro social se iba a acabar y que por ende, debía generar una afiliación con el fondo privado, más sin embargo, la misma indicó que en su totalidad no había este régimen de prima media, sino que fue adquirido por otro ente como COLPENSIONES, pero que nunca solicito en un momento dado un retorno a COLPENSIONES, a pesar de estar en su caso antes de estar inmersa en una prohibición legal, hoy se está generando una declaratoria de ineficacia del traslado a pesar de ser existente una prohibición legal contenida en la ley 707 del año 2003, prohibición legal que no ha sido determinada por el legislador de manera caprichosa, sino que en aras de poder tener una sostenibilidad financiera del sistema pensional. Aunado a

ellos, el despacho, el fallador de primera instancia olvida estos actos de ratificación que indica o estos actos de relacionamiento que generan la demandante, la demandante no generó uno o dos traslados horizontales, sino que la misma pues como se observa en el reporte SIAFP genera más de 5 traslados horizontales dentro del régimen de ahorro individual.

No podemos dejar de lado tampoco que estos traslados ratifican esa voluntad o de ese futuro por el cual, ese futuro pensional que quería permanecer la demandante, la demandante no se afilio al régimen de ahorro individual para el año 1994, no se afilió en el año 2007, se afilió hace más de 20 años, entonces en un caso dado la demandante hubiere querido permanecer a un régimen diferente al régimen de ahorro individual, hubiese generado las actuaciones pertinentes, más sin embargo, la misma decide es trasladarse dentro del régimen de ahorro individual.

Señores magistrados tampoco debemos dejar de la lado que hoy se está declarando una ineficacia del traslado a pesar de no comprobarse que mi representada haya actuado contrario de ese libre ejercicio de escogencia de régimen pensional, hoy la demandante en interrogatorio de parte, manifestó que una de sus solicitudes o motivaciones era por obtener una mesada que se ajuste pues a sus condiciones, hecho que podemos concluir que es meramente económico, que no puede ser óbice para declarar una ineficacia del traslado, pero a pesar de eso el fallador de primera instancia omitió que tales circunstancias.

Frente a los actos de relacionamiento, que ratifican esa solicitud de vinculación no podemos dejar de lado lo indicado por la Corte suprema en sentencia SL 753 del año 2021, y que manifiesta que esos actos de relacionamiento los cuales se generan a partir de esos traslados horizontales que generan la parte actora, que si bien para la época no obraba una situación, o dejar por escrito o sustentada esa asesoría de manera documental teniendo en cuenta que esto nace a la vida jurídica con posterioridad al año 1994, no podemos dejar de lado, que la demandante recibió de cada uno de los fondos privados una asesoría, la cual indica que la demandante estaba debidamente informada acerca del régimen al cual permanecía, no podemos olvidar tampoco del acervo probatorio, del interrogatorio de parte la demandante adujo y manifestó, afirmó que conocía que se estaba trasladando a un régimen pues privado, diferente al del seguro social, por ende, señores magistrados bajo estos términos solicitados que se revoque esa decisión de declaratoria de ineficacia de traslado, en tanto en que en un dado caso la demandante hubiese estado tan inconforme con el actuar de mi representada, hubiese adelantado las actuaciones pertinente, esto es, interponer quejas, si alguna queja o en un caso dado alguna denuncia contra ese formulario de afiliación que fue firmado para el año 1994, hecho que pues tampoco generó, agotó.

Seguidamente, señores magistrados frente a esa condena en gastos de administración, en dado caso de ratificarse esa declaratoria de ineficacia del traslado, a pesar de que reiteramos nuevamente que existen actos de relacionamiento que indican el proceder y que la demandante quería permanecer a un régimen diferente al de prima media, de manifestarse que esos gastos de administración también se generan dentro del régimen de prima media, que no pueden ser olvidados sobre esa cuenta de ahorro individual que ha generado una debida administración por parte de mi representada y que se está omitiendo lo indicado por el artículo 113, literal b, de la ley 100 de 1993, y concepto emitido por la superintendencia financiera el año 2020, en el cual indica de manera taxativa cuales son los valores a retornar, esto es aportes y rendimientos, no otras sumas concernientes a gastos que se generan también de uno a otro régimen y que además, también no puede olvidarse que la demandante ha obtenido de esa cuenta de ahorro individual unos debidos rendimientos que han favorecido a ese capital, y los cuales hacen parte de la demandante. En ese sentido, estos gastos de administración no financian ninguna mesada pensional, ninguna prestación pensional de la parte actora, se han generado conforme a esa creación de cuenta, a la debida administración de mi representada, que también se ha hecho cargo terceros ajenos de buena fe, los cuales se verían afectados con esta condena y que al no ser procedentes para ser una financiación de mesada, son susceptibles de la prescripción, de la figura de la prescripción y por ende, señores magistrados solicitamos señores magistrados, se dé una aplicación sobre dichas sumas, esto es, gastos de administración, valores de seguros, pólizas de reaseguro, las cuales como se han manifestado no financian una mesada pensional, hacer parte de terceros de buena fe, y además de eso, con esa declaratoria de ineficacia también se está omitiendo esa ese deber de las restituciones mutuas, teniendo en cuenta que hoy siendo dado el caso se considera la ineficacia se considera pertinente, se genera la devolución de la cuenta de la demandante los valores que a su proceder son pertenecientes de la misma, pero también no puede olvidarse que mi representada ha generado esa cobertura sobre esa cuenta, un proceder sobre esa cuenta, la cual pues ha tenido una buena administración y unos buenos rendimientos.

Por último, también frente a esa condena en costas señores magistrados, en caso de no generarse la revocatoria, si es pertinente que hoy solamente se está condenado a mi representada a pesar de que existen variedad de vencidos frente a ese fallo emitido, entonces en este caso señores magistrados, solicitamos claridad se de una aplicación del factor objetivo del artículo 365 del código general del proceso y teniendo en cuenta que las partes vencidas, tal como lo declara la sentencia de la Corte Constitucional C157 del año 2013, esta condena en costas no es que resulte de un proceder de mala fe, o temerario, sino que es por ser el resultado de la derrota dentro del proceso, hoy solamente se está condenado a mi representada a pesar de que existe tanto PROTECCIÓN, SKANDIA, COLPENSIONES, entes que están vencidos conforme a la parte resolutiva del fallo, en ese sentido señores magistrados bajo ese principio de objetividad y la compatibilidad solicitamos que la condena en un caso de proceder la ratificación de la ineficacia se compartida la condena, con la variedad de entes aquí vencidos en la parte resolutiva del fallo emitido, bajo este sentido señores magistrados dejamos sustentado el recurso de apelación. Muchas gracias su señoría. "

de la plataforma Microsoft Teams récord 1:21:13, carpeta "18-AUDIENCIA", archivo "AUDIENCIA EXP. 023-2020-00097-20210927_110525-Grabación de la reunión.mp4", expediente digital)

Por último, COLPENSIONES solicitó se revoque la sentencia y en su lugar se absuelva a la entidad. En sustento de ello, manifiesta que conforme al interrogatorio de parte y las pruebas documentales, se logra establecer que no existió un error de hecho sino de derecho, el cual con el paso del tiempo fue subsanado, no solo por la voluntad que fue plasmada en el formulario de afiliación y su vocación de permanecer en el régimen privado por más de 20 años.

Agrega, que el deber de información ha variado con el tiempo y para la época del traslado la ley señalaba que la elección de régimen pensional fuera el resultado del debido conocimiento de las características de cada régimen, que fue cumplido por las demandadas. COLPENSIONES un tercero completamente ajeno al negocio jurídico celebrado entre la demandante y las administradoras del RAIS y no puede verse afectado el principio de la sostenibilidad financiera, una vez COLPENSIONES tenga que reconocer las futuras pensiones, por lo tanto si es dable aplicar aquella prohibición de que trata el artículo 2 de la ley 797 de 2003, en aras de garantizar el principio de sostenibilidad financiera. [4] (*Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S.,*

[4] "*Gracias su señoría, manifiesto que interpongo recurso de apelación a que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, sala laboral revoque la decisión y en consecuencia absuelva a mi representada, toda vez que del interrogatorio de parte y las pruebas documentales y el testimonio, permiten establecer que no existió un error de hecho sino de derecho, el cual con el paso del tiempo fue subsanado, no solo por la voluntad que se plasmó en el formulario de afiliación y su vocación de permanecer en el régimen privado, periodo que fue por más de 20 años.*
Si bien es cierto en algunos fallos la Honorable Corte Suprema de justicia ha indicado que el deber de información, se debe acreditar en todos los procesos, indistintamente que los accionante sean o no beneficiarios del régimen de transición, lo cierto es que este deber de información ha venido variando con el tiempo, para el año 99 cuando la demandante se trasladó, si bien es cierto que la ley 100 hablaba de la elección de régimen pensional fuera el resultado del debido conocimiento de las características de cada régimen, teniendo en cuenta que el demandante o la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal enmarcada en el artículo 2 de la ley 707 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la ley 100 del 93, teniendo en cuenta pues la temporalidad que estableció el legislador para las personas que podían trasladar de uno a otro régimen, siempre y cuando le faltare menos de 10 años para consolidar su derecho pensional.
Además, que no es posible retrotraer los efectos de un negocio jurídico que la demandante fue parte sin ninguna presión y que abiertamente reconoció que no se interesó, faltando pues a su obligación que estaba en el deber de cumplir, por lo que estaba firmando era la administración de sus aportes pensionales, luego no es recibido inculpar únicamente a las administradoras de pensiones de una negligencia en la que también ella fue parte, y mucho menos que COLPENSIONES un tercero completamente ajeno a dicho negocio jurídico quien en últimas responda, cuando la AFP que actualmente se encuentra vinculada la demandante revise todos los valores provenientes a la cuenta de ahorro individual se ve afectado el principio de la sostenibilidad financiera, una vez COLPENSIONES tenga que reconocer las futuras pensiones, por lo tanto si es dable aplicar aquella prohibición de que trata el artículo 2 de la ley 797 de 2003, en aras de garantizar el principio de sostenibilidad financiera.

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:31:40, carpeta "18-AUDIENCIA", archivo "AUDIENCIA EXP. 023-2020-00097-20210927_110525-Grabación de la reunión.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 demanda (*Páginas 6 y 7, carpeta "01- DEMANDA Y ANEXOS", archivo "DEMANDA Y ANEXOS.pdf", expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 5 y 6, ibídem),* aspirando se declare que la demandante fue engañada por parte de PORVENIR, para obtener la decisión de afiliarse como cotizante y mantenerse en el RAIS, asegurando no haberle suministrado en el momento de la afiliación la información completa, objetiva y veraz sobre las ventajas de cada uno de los regímenes. En consecuencia, se declare nulo o ineficaz por falta de consentimiento informado, la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad. Por consiguiente se condene a PORVENIR a entregar a COLPENSIONES, todas las sumas que por concepto de valores, aportes, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, entre otros, que hubiere recibido con motivo de la afiliación.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR y todos los traslados horizontales efectuados en el RAIS, ordenando a todas las administradoras del RAIS demandadas devolver a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos y los gastos de administración indexados, 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

---

Por todo lo anterior, reitero la solicitud al Honorable Tribunal a que se tengan en cuenta todas las particularidades que se exponen, además que la demandante no demostró el vicio del consentimiento que alega y que además tampoco era dable trasladar dicha carga probatoria a las AFP demandadas, pues también opera únicamente cuando las circunstancias particulares del caso lo ameritan. De esta manera dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias."

del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, la cual no es legible, *(Página 15, carpeta "01-DEMANDA Y ANEXOS", Archivo "DEMANDA Y ANEXOS.pdf", expediente digital),* no obstante, en el hecho primero de la demanda se registra como fecha de nacimiento el 21 de julio de 1960 *(Página 5, archivo "carpeta "01-DEMANDA Y ANEXOS", Archivo "DEMANDA Y ANEXOS.pdf"", expediente digital),* hecho que se corrobora con el formulario de afiliación a PORVENIR *(Página 86, carpeta "06- CONTESTACIÓN PORVENIR", archivo "CONTESTACIÓN.pdf", expediente digital)* y formulario de afiliación a PROTECCION *(Página 16, carpeta "10- CONTESTACIÓN PROTECCION", archivo "CONTESTACIÓN.pdf", expediente digital)* por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 16 de diciembre de 2019 *(Página 17, carpeta "01-DEMANDA Y ANEXOS", Archivo "DEMANDA Y ANEXOS.pdf", expediente digital),* esto es, cuando ya contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 662,00 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 12,87 años *(Página 161, carpeta "06- CONTESTACIÓN PORVENIR", archivo*

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

"CONTESTACIÓN.pdf", expediente digital), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **14 de octubre de 1994** con fecha de efectividad a partir del **01 de noviembre de 1994** *(Página 84 y 86, carpeta "06- CONTESTACIÓN PORVENIR", archivo "CONTESTACIÓN.pdf", expediente digital)* específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima. Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el*

> *pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(…)*
>
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban***

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

> ***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 a los fondos accionados PORVENIR S.A.

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

---

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

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

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

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

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

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

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.***

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[8], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limito a indicar que los asesores le manifestaron que el ISS estaba en peligro de quebrarse y con los fondos privados su ahorro iba a estar seguro e iba a obtener una mejor pensión que en el RPM, pero no le fueron informadas las características principales del RAIS, como los rendimientos o requisitos para pensionarse

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

[8]*Audiencia 27 de septiembre de 2021, récord 09:09.*

PORVENIR S.A *(Página 86, carpeta "06- CONTESTACIÓN PORVENIR", archivo "CONTESTACIÓN.pdf", expediente digital),* este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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 a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.
…
En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A, omitió en el momento del traslado de régimen **(14 de octubre de 1994, efectivo el 01 de noviembre de 1994)** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

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

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP *(Página 84, carpeta "06- CONTESTACIÓN PORVENIR", archivo "CONTESTACIÓN.pdf", expediente digital),* en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*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 parágrafo al art. 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

(…)

7.2.4. Es claro, entonces, que las Salas creadas en el marco del programa de descongestión no tienen competencia para modificar la jurisprudencia de la Sala permanente, ni para crear nuevas líneas interpretativas, y que cuando por mayoría

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

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

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

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

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A, y SKANDIA 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 (…)".*

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, en orden a responder los planteamientos propuestos por la demandada SKANDIA S.A, 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 o la imposición del pago de perjuicios, 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 *(Páginas 19 y 20, carpeta "05- CONTESTACIÓN COLPENSIONES", Archivo "CONTESTACIÓN COLPENSIONES.pdf", expediente digital)* entidad a favor de quien se surte la consulta, demanda que se tuvo por contestada en auto del 16 de septiembre de 2020, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del

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

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

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

Finalmente, 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 las demás demandadas, 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 por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se adicionarán y confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

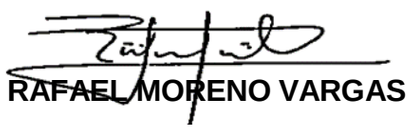
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 23 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

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 ELVIA MATILDE FLOREZ MARTÍNEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN (RAD. 23 2021 00087 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada KAREN JULIETH NIETO TORRES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por DANNIA VANESSA YUSSELSY NAVARRO ROSAS en su calidad de representante legal de la firma NAVARRO ROSAS ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S. (fl.10)

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fl. 23) y por la demandada COLPENSIONES (fl. 25), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, 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, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 16 de septiembre del 2021 (Cd. fl. 18, record 32:05, acta a folio 17), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- a reconocer y pagar a la demandante ELVIA MATILDE FLOREZ MARTINEZ a partir del 1 de marzo de 2019 pensión por vejez, en cuantía equivalente al salario mínimo mensual vigente, 14 mesadas pensionales al año con los respectivos reajustes anuales.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar intereses moratorios, artículo 141 ley 100 del 93, a partir del 1 de agosto del 2019, respecto de las mesadas causadas y pagadas hasta cuando se cancelen las mismas.*
>
> ***TERCERO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las demás pretensiones de la demanda.*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN de todas las pretensiones incoadas en la demanda.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR** en costas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a favor de la demandante.*
>
> ***SÉPTIMO: SE ORDENA** la Consulta de la presente sentencia a favor de COLPENSIONES."*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante ELVIA MATILDE FLOREZ MARTINEZ las pretensiones visibles a folio 1 y 2 del escrito de demanda, las cuales tienen sustento fáctico en los hechos narrados a folios 2 a 4 ibídem (Expediente digital Cd. fl. 18, archivo "*Demanda")*, encaminadas a que se declare es beneficiaria del régimen de transición y por ende le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990 en consecuencia, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 1° de marzo del 2019, junto con las mesadas adicionales y reajustes de ley, el retroactivo adeudado, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación de las sumas adeudadas, derechos *ultra y extra petita,* costas procesales y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, pues se condenó a la demandada al reconocimiento pensional en virtud de lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, tras considerar, que la

demandante es beneficiaria del régimen de transición y cumple con los requisitos establecidos en el mencionado Acuerdo pues acreditó las 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años de edad, precisando que la prestación se otorga desde el día siguiente a la última cotización 1° marzo del 2019, en cuantía de un salario mínimo y con 14 mesadas al año, así mismo se ordenó el pago de los intereses moratorios a partir del 1° de agosto del 2019, teniendo en cuenta para todos los efectos que no existió traslado de régimen de la actora al RAIS, pues el que aparece registrado con COLMENA hoy PROTECCIÓN fue anulado y en comité de multiafiliación se definió que la demandante estaba válidamente vinculada al ISS.

De esta manera, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se examinará la decisión en lo que le fue desfavorable.

Así las cosas, en primer lugar, corresponde a la Sala establecer si la demandante es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el inciso 4° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en ese orden se tiene, conforme la copia de la cédula de ciudadanía, la demandante nació el 20 de noviembre de 1953 (Cd fl. 18 expediente digital archivo "*pruebas"* pagina 1), por lo que contaba con 41 años de edad para el 1° de abril de 1994, data en la cual entro en vigencia la ley 100 de 1993, siendo claro, inicialmente la demandante se encuentra cobijada por el régimen de transición.

Ahora bien, es menester precisar en relación con el Régimen de Transición, de conformidad con el inciso 4º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, este no es aplicable cuando las personas beneficiarias del mismo, voluntariamente se acogen al régimen de ahorro individual con solidaridad, y tampoco para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida; sin embargo en virtud de la sentencia C-789 de 2002[1], se tienen como requisitos *sine qua non* para mantener el beneficio

[1] "*Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.*

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4º, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4º, ni el inciso 5º se refieren a la

transicional, cuando ha existido traslado de régimen, el haber prestado 15 años de servicios con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y el traslado de todo el ahorro efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Se hace necesaria la anterior precisión, en atención a los argumentos expuestos por COLPENSIONES en los actos administrativos por ella emitidos que negaron la prestación pensional a la actora –SUB 167523 del 27 de junio del 2019, SUB

---

tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1º de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4º, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5º.

El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.[19] Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994),[20] terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado.

Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y
b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.
En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida."

226313 del 21 de agosto del 2019 y DEP 13867 del 2 de diciembre de 2019-, consistentes en que "*una vez revisada la página de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el aplicativo de la Asociación Colombiana de Administradores de Fondos de Pensiones y Cesantías se evidencia que la asegurada estuvo afiliado al Régimen de Ahorro Individual y regresó al Régimen de Prima Media el 01 de octubre de 2002, …"*.

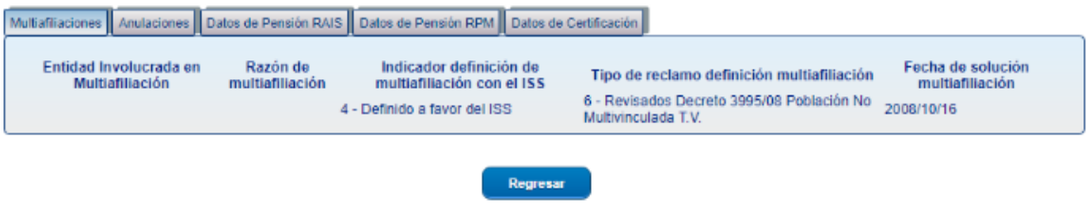
Y a ese respecto, previo a verificar el cumplimiento de los requisitos antes señalados, es menester traer a colación, la comunicación emitida por PROTECCIÓN calendada 12 de febrero del 2021, en respuesta a un derecho de petición interpuesto por la demandante (Cd fl. 18 expediente digital archivo "*pruebas"* página 30), en el cual señala:

> *"1. Usted presentó afiliación en nuestro fondo de Pensiones Obligatorias desde el día 01 de diciembre de 1994 hasta el 30 de noviembre de 2002.*
>
> *2. Al respecto le indicamos que, usted presentó un conflicto de multiafiliación entre el Fondo de Pensión Obligatoria de Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, esto se debe a que tenía vinculación activa con ambas Administradoras.*
>
> *Después de revisar el caso con Colpensiones, se definió el caso aplicando las reglas del Decreto 3995 de multiafiliación"*

Igualmente, PROTECCIÓN en la contestación del libelo indicó de manera textual (Cd fl. 18 expediente digital archivo "*contestación Elvia Matilde Florez Martinez"* página 6):

> *"(…) es Por lo anterior que se define la múltiple vinculación a favor de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones entendiéndose que se encuentra afiliado en dicha administradora y que por lo tanto* ***la vinculación que realizó la demandante con la AFP Protección nunca produjo ningún efecto Maxime cuando la hoy demandante ni siquiera cotizo aportes a pensión en su cuenta de ahorro individual administrada por Protección****"* (Negrillas y Subrayas fuera de texto)

Esta AFP aportó como prueba el HISTORIAL DE VINCULACIONES ELIMINADAS de ASOFONDOS, de donde se extrae si bien existió una solicitud de traslado de régimen del 9 de noviembre de 1994 con fecha de efectividad 1° de diciembre del mismo año, existió una multiafiliación que fue definida en favor del ISS el 16 de octubre de 2008.



Atendiendo tales aseveraciones, resulta claro para esta Sala de decisión, el traslado de la actora del RPM al RAIS administrado en su momento por COLMENA hoy PROTECCIÓN, no cumplió en la materialidad con los propósitos legales ni tuvo efectividad alguna, pues no hubo cotizaciones a la AFP, lo cual denota entonces la intención y vocación de la accionante de permanecer en el régimen de prima media con prestación definida, aunado que COLPENSIONES expidió una certificación señalando que la accionante *"se encuentra afiliado (a) desde 01/07/1975 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y su estado es ACTIVO COTIZANTE"* con fecha 25 de julio del 2019 (Cd fl. 18 expediente digital archivo "*prueba"* página 12), con lo cual se ratifica que la única afiliación valida de la demandante es ésta.

Adicional a ello, se advierte conforme a la historia laboral aportada por COLPENSIONES en su contestación, la demandante siempre realizó los aportes a dicha administradora sin que exista ningún tipo de anotación relacionada con un traslado de régimen, demostrándose con esto que el traslado que la actora realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad en el año 1994 conforme las situaciones ya mencionadas no puede tenerse como un traslado real y efectivo, es decir, en la realidad nunca se generó y más cuando tal situación fue definida por el comité de vinculación asignándose la vinculación a Colpensiones.

De manera que dicha circunstancia, no puede repercutir en el reconocimiento de su derecho pensional.

Definido lo anterior, estima la Sala oportuno recordar, el beneficio del régimen de transición de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del parágrafo transitorio 4 del acto legislativo 01

de 2005[2], tiene dos límites temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

De tal manera, conforme se indicó anteriormente la demandante contaba con más de treinta y cinco años de edad para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, por tanto, en principio, sería beneficiaria del régimen de transición, por lo menos hasta el 31 de julio de 2010 y, eventualmente, hasta el año 2014, debiendo proceder entonces a la verificación del régimen que le sería aplicable a efecto de establecer sus requisitos y la acreditación de los mismos en el plenario.

En cuanto al régimen anterior, se observa que la accionante durante su vida laboral ha efectuado cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida desde el 1° de julio de 1975 fecha que se consigna en el reporte de semanas cotizadas incorporado por Colpensiones en su contestación y actualizado al 28 de junio del 2021, por manera que, **el régimen anterior aplicable a la situación pensional de la demandante lo sería el contenido en el Acuerdo 049 de 1990**, que en su artículo 12 exige la edad de 55 años para la mujer y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, como se dijo, antes del 31 de julio de 2010.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que la demandante alcanzó los 55 años el **20 de noviembre del 2008**, pues nació el mismo día y mes de 1953, y en cuanto a las semanas, se advierte conforme a la historia laboral atrás citada, acredita un total de 1071,53, de las cuales **501,01** fueron cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años, esto es, del 20 de noviembre

[2] "*Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.*

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen"

de 1988 al 20 de noviembre del 2008, cumpliendo así con el requisito de semanas exigido por el Acuerdo 049 de 1990, tal y como lo dispuso el fallador de primera instancia y, en esa medida al superar las 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad (20/11/2008), el Acto Legislativo 01 de 2005, no afectó en nada su derecho pensional[3].

En relación con la fecha a partir de la cual debe pagarse la pensión, en consideración a que la situación pensional de la actora fue definida con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, resulta aplicable en autos el artículo 13 del citado Decreto, el cual dispone *"La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma",* mientras que en el artículo 35 indica *"Las pensiones del seguro social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión".*

Bajo la premisa anterior, si bien el retiro del sistema es requisito necesario para el disfrute del derecho pensional, ha sido criterio de la Sala, respaldado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicación 35605[4], que deben examinarse las circunstancias

---

[3] *"**Parágrafo transitorio 4º.** El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".*

[4] *"No hay controversia, en este estadio procesal, acerca de que, en virtud de la petición elevada por EVANGELISTA IBAÑEZ BARRERA, el 8 de marzo de 2005, mediante Resolución No. 002940 de 27 de mayo de 2005, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le reconoció pensión de vejez, a partir del mes de junio del mismo año, en cuantía de $1.554.044.oo. También, son pacíficos los supuestos fácticos referentes a que el demandante nació el 17 de agosto de 1942, por lo cual, ese mismo día del año 2002, cumplió 60 años, cuando ya había cotizado más de 1000 semanas para el riesgo de vejez.*

Igualmente, se da por descontado que, a pesar de que para la fecha últimamente mencionada, el actor ya reunía las exigencias contempladas en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, no se produjo el retiro del sistema del demandante, en los términos que lo requieren los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, "para que pueda entrar a disfrutar de la misma", o si se quiere, la pensión de vejez sólo es pagadera "previo retiro del asegurado o del régimen".

La labor hermenéutica del fallador de segunda instancia, concluyó en el sentido de estimar irrelevante la exigencia del reglamento del Seguro Social mencionada, además de considerar que las consecuencias derivadas de la inobservancia de la obligación que imponen tales normas, no son las que la entidad accionada pretende que se deduzcan, sino evitar que el aspirante a pensionado perciba simultáneamente, salario y pensión, así como también, que no es adecuado cargar al trabajador con los efectos de la incuria del empleador, que no reportó la respectiva novedad. En realidad, a juicio de la Sala, la desafiliación que debe informarse a la administradora de pensiones es de la mayor trascendencia, como los preceptos reglamentarios referidos paladinamente enseñan, para efectos de que el trabajador pueda entrar a disfrutar

especiales que rodean cada caso con el fin de establecer la fecha de desafiliación o retiro del afiliado.

Así pues y si bien el accionante adquirió el status pensional el 20 de noviembre del 2008 pues ya tenía las semanas y la edad requeridas, resulta que su última semana reportada y cotizada lo fue para el mes de febrero del 2019**,** misma en que también se reportó la novedad "R" conforme se evidencia en la página 43 del expediente digital (Archivo contestación Colpensiones), por lo cual resulta procedente el reconocimiento del derecho, a partir del día siguiente a la última cotización pagada, esto es, **1° de marzo del 2019**, confirmándose la decisión de primera instancia en lo atinente a la fecha desde la cual se debe pagar la prestación.

---

de la pensión de vejez, es decir para que pueda recibir el pago del importe de la prestación, lo que no quiere decir que, si se omitió dar aviso al tiempo del cumplimiento de los requisitos para su otorgamiento, o mejor, de su causación, pierda el derecho a obtener el disfrute de las mesadas exigibles entre ese momento, y aquél en que se informe del retiro, ó se pida el reconocimiento de la pensión, porque así no está expresamente disciplinado por el conjunto normativo que gobierna el tema que se dilucida. En últimas, la desafiliación no depende del aviso que se dé, sino de las circunstancias que rodeen cada caso en particular, como en el presente, en que el actor dejó de trabajar y cumplió el requisito de la edad.

El sentido en que una norma pueda producir un efecto más benéfico al trabajador, debe prevalecer sobre aquél que le resulte desfavorable, en los términos de los artículos 21 del Código Sustantivo del Trabajo, y 53 de la Constitución Política. Por ello, interpretar el canon legal en la dirección propuesta por la censura, no es el más acertado para la Sala, por lo cual, la intelección que más atiende el principio aludido, conservando la añeja distinción entre la causación y el disfrute de una pensión, es que si la norma no sanciona la omisión comentada, con la pérdida de las mesadas no es dable que el intérprete infiera tal consecuencia.

La intelección que mejor se aviene a los supuestos fácticos demostrados, es que la institución de seguridad social no está obligada a pagar al trabajador el valor de las mesadas, hasta tanto no se le informe sobre la desvinculación del sistema, o hasta cuando solicite que se le conceda la prestación, que es el momento en que la entidad verificará el cumplimiento de los requisitos y adquirirá certeza de que el afiliado no está interesado en seguir cotizando, empero, le reconocerá y pagará, retroactivamente, las mesadas causadas desde la fecha en que completó las exigencias para acceder al derecho.

Entender lo contrario, significaría, ni más ni menos, adicionar un nuevo requisito a los establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, iría en contravía de cualquier línea hermenéutica que se quiera emprender, menos en este caso en que EVANGELISTA IBAÑEZ BARRERA registraba para el 30 de junio de 2001, cuando dejó de cotizar, 1343 semanas cotizadas, de suerte que ya no abrigaba la expectativa de alcanzar una tasa de reemplazo superior al 90 % del salario mensual de base, en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, por lo cual, además, dejó de cotizar al Sistema desde aquella fecha, lo que supone que dejó de tener ingresos como trabajador dependiente.

*Soluciones diferentes se han tomado en otros casos, cuando el afiliado, no obstante cumplir los requisitos, sigue cotizando, pues no se le puede impedir que amplíe cuantitativamente su pensión, como efecto de una mayor densidad de cotizaciones, siempre y cuando esos aportes adicionales no contribuyan a desmejorar el monto final de la prestación pensional, como se definió en sentencia de 7 de septiembre de 2004, radicación 22630**,** ó en los eventos en que la permanencia del trabajador en el sistema, obedeció a error de la entidad de seguridad social (34514; septiembre 1/09). En cambio, en este proceso, dado el supuesto fáctico no controvertido de que la última cotización se efectuó por el ciclo 06-01, no aflora dubitación respecto de que la pensión debe reconocerse desde la fecha en que alcanzó la edad legalmente exigida, por manera que, de otra parte, se atiende el mandato contenido en la parte final del mencionado artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, en cuanto que, para liquidar la pensión, se debe colacionar hasta la última semana cotizada".*

Frente a la cuantía de la mesada pensional, es de señalarse, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, a la aquí accionante, le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (14 años, 7 meses y 19 días), así que frente al tema del ingreso base de liquidación de la pensión, para los beneficiarios del régimen de transición, a quienes les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tal como ocurre en el asunto de autos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado de manera reiterada y clara, señalando que éste será el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo, las cuales como se vio NO alcanzó la actora, pues en toda su vida laboral cotizó 1071,43 semanas.

No obstante lo anterior, ha de advertirse que procede el reconocimiento de la pensión de vejez deprecada por la parte actora, en cuantía igual a un salario mínimo legal mensual vigente, tal como se definió por el Juez *a quo*, conclusión que prohijará la Sala, ya que el presente proceso se conoce en consulta en favor de Colpensiones, y no podría aumentarse el valor del salario mínimo, determinado por el Juzgador inicial, so pena de hacer más gravosa la situación de la entidad en cuyo favor se surte el grado jurisdiccional, además de no haber sido objeto de apelación por la parte demandante, prestación pensional que se debe pagar con 14 mesadas al año al haberse causado el 20 de noviembre del 2008, es decir, con anterioridad al 31 de julio de 2011 tal y como lo establece el parágrafo 6º e inciso 8 del Acto Legislativo 01 de 2005, confirmándose en estos aspectos la sentencia de primera instancia.

En relación con la excepción de prescripción oportunamente propuesta por COLPENSIONES (Pagina 7 expediente digital Archivo "*contestación Colpensiones"* Cd. fl. 18[5]), es de advertir, el derecho se hizo exigible el 1° de marzo del 2019 (día siguiente a la última cotización), elevando la demandante la respectiva reclamación administrativa para el reconocimiento de su derecho

[5] Por auto del 19 de agosto del 2021 se admitió la contestación de Colpensiones (Cd.fl. 18 expediente digital).

pensional el 30 de marzo del 2019 (Archivo "pruebas" Expediente Digital, Cd. fl. 18, página 13), la cual se resolvió de manera desfavorable mediante resolución No. SUB 167523 del 27 de junio del 2019 notificada personalmente el 12 de julio de esa calenda, frente a la cual se interpusieron los recursos de la vía gubernativa el 26 de julio del 2019, desatados a través de los actos administrativos SUB 226313 del 21 de agosto del 2019 y DEP 13867 del 2 de diciembre de 2019, éste último mediante el cual se resolvió el recurso de apelación, decisión notificada el 17 de diciembre del 2019 (*se encuentran en el expediente administrativo aportado por Colpensiones Cd. fl. 18*), por lo que el fenómeno prescriptivo quedó en suspenso hasta dicha fecha, acudiendo a la jurisdicción el 16 de febrero del 2021 (Acta Reparto Cd. fl. 18), es decir sin que hayan transcurridos los tres años previstos en el artículo 151 del C.P.L. y S.S., por lo que la prescripción no cobró operatividad y esa medida no se encuentra probado el medio exceptivo alegado, como se dispuso en primera instancia prohijándose tal decisión.

En ese orden, se calculará el retroactivo pensional causado, desde el 1° de marzo del 2019 con corte al 31 de marzo del 2022 (fecha de la presente sentencia), obteniendo esta Corporación una suma adeudada de **$37.945.9980**, el cual se seguirá causando hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina de pensionados.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
01/03/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 828.116,00*	*12,00*	*$ 9.937.392,0*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 877.803,00*	*14,00*	*$ 12.289.242,0*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 908.526,00*	*14,00*	*$ 12.719.364,0*
01/01/22	***31/03/22***	*5,62%*	*$ 1.000.000,00*	*3,00*	*$ 3.000.000,0*
Total retroactivo				***$ 37.945.998,00***	

En otro giro, en cuanto a los intereses moratorios que fueron objeto de condena, es menester precisar, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cualquiera que sea su fuente, pudiendo colegirse, el pago tardío de las mismas debe ser sancionado en los términos de tal normativa, y en ese orden 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, resulta procedente su reconocimiento, téngase en cuenta que COLPENSIONES desde el año 2008 conocía del proceso de multiafiliación que se surtió al interior de la entidad que arrojó como resultado la

afiliación válida a esa administradora y, en consecuencia, la inexistencia del traslado que figuraba en las bases de datos del Ministerio, pues así lo certifica ASOFONDOS en su página, por ende no podía alegar dicha circunstancia para negarle el derecho pensional a la demandante.

De ésta suerte, como quiera que la pensión de vejez fue solicitada el 30 de marzo del 2019 (Cd. fl. 18, expediente digital Archivo "*pruebas"* página 13), los intereses moratorios deberán ser impuestos a partir del 1° de agosto 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 9º de Ley 797 de 2003[6], sobre las mesadas pensionales causadas desde el 1° marzo del 2019, por lo que en este aspecto se confirma la decisión de la *a quo*

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

[6] *"Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º 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"*

R E S U E L V E

PRIMERO: CONCRETAR el numeral **PRIMERO** del fallo de primer grado, para establecer que el retroactivo adeudado del 1° de marzo del 2019 con corte al 31 de marzo del 2022, asciende a la suma de **$37.945.998**, cifra que se seguirá causando hasta la fecha efectiva de la inclusión en nómina de pensionados.

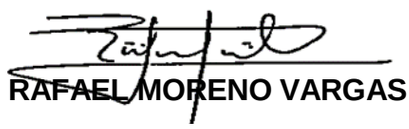
SEGUNDO: ADICIONAR la decisión del Juzgado 23 Laboral del Circuito con el fin de AUTORIZAR a COLPENSIONES a efectuar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, del retroactivo que le sea reconocido a la demandante.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás el fallo consultado, por las razones aquí expuestas**.**

CUARTO: 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 ANDRES HUERTAS MOTTA BARRERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. (RAD. 23 2021 00121 01)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante y COLPENSIONES (fls. 18 a 29), 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 PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 10 de diciembre de 2021 (*Audiencia virtual arts. 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 37:24, audio archivo No. 11 expediente digital*), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación o traslado realizado por el señor demandante ANDRES HUERTAS MOTTA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en este caso por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, conforme a lo considerado.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A a devolver o trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido con ocasión a la afiliación del señor demandante junto con los rendimientos causados y pagados a la administradora, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la*

> *ineficacia que estamos declarando, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su pago, (sic), desde la fecha de su causación, perdón, hasta la fecha efectiva de su pago.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR** que el demandante ANDRES HUERTAS MOTTA para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por la ADMINISTRDORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas.*
>
> ***QUINTO: COSTAS** a cargo de PROTECCIÓN.*
>
> ***SEXTO: SE ORDENA** la consulta a favor de COLPENSIONES."*

Inconforme con la decisión la apoderada de PROTECCIÓN S.A. presentó recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primer grado únicamente en cuanto a la condena por devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales.

Señala que la comisión de administración y la prima de seguros previsional son descuentos autorizados por la ley, previamente establecidos por la Ley 100 de 1993 en su artículo 20, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, que faculta o autoriza a las AFP realizar la deducción del 3% frente el 16% de los aportes realizados por los afiliados en el sistema general de pensiones, precisando el mencionado descuento del 3% se usa para cubrir los gastos de administración y la prima de seguro previsional que opera en ambos regímenes, tanto en el régimen de ahorro individual como en el régimen de prima media.

Manifiesta que los aportes del demandante obtuvieron una ganancia lo que significa que fueron debidamente administrados por su representada, por lo cual con dicha condena se estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada la pensión de vejez de la parte demandante, y adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión realizada por PROTECCIÓN, por lo que en su sentir tiene derecho a conservar esa comisión como restitución mutua a su favor.

Pone de presente que conforme al concepto de la Superintendencia Financiera del 17 de enero del 2020 debe darse aplicación al artículo 7 del decreto 3995 de 2008, que establece que cuando se da un traslado de régimen se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje

correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, respetando la distribución de los aportes realizados y la gestión de administración generada por la administradora que generan los rendimientos que se trasladan, considerando que tampoco debe trasladarse la prima de seguro previsional, en atención a que dicho porcentaje ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumple con su deber contractual de mantener la cobertura en vigencia de la póliza, indicando la prima de seguros previsional ya fue girada y pagada mes a mes a una aseguradora, por lo que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha aseguradora es la que pagara una suma adicional con el fin de cubrir las pensiones por dichos conceptos.

Finalmente, refiere frente al cobro del 3% destinado para la comisión de administración y a financiar las primas de seguro previsional opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en el tiempo por la periodicidad de la ley, y que no financian directamente la prestación económica por vejez, por lo cual si prescriben de conformidad con lo establecido por el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo en armonía con el artículo 151 del Código de procedimiento laboral[1]. *(Audio Archivo 11, record: 38:46)*

[1] "Gracias señor juez me permito interponer recurso de apelación de manera parcial frente a la sentencia anteriormente proferida, solamente en el sentido en que se condena a mi representada al traslado de comisiones de administración y primas de seguros previsionales. Sustento mi recurso de la siguiente manera. La comisión de administración y la prima de seguros previsional son descuentos autorizados por la ley, previamente establecidos por la ley 100 de 1993 en su artículo 20, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, que faculta o autoriza a las AFP para vigilar, para realizar la deducción del 3% frente el 16% de los aportes realizados por los afiliados en el sistema general de pensiones, el mencionado descuento del 3% se usa para cubrir los gastos de administración y la prima de seguro previsional que opera en ambos regímenes, tanto en el régimen de ahorro individual como en el régimen de prima media.

Obra como prueba en el expediente el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante donde se demuestre que sus aportes obtuvieron una ganancia de lo que da cuenta que los mismos fueron debidamente administrados por mi representada. Con la condena de primera instancia se condena a mi representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados, y adicionalmente lo descontado por comisiones de administración se estaría constituyendo a un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada la pensión de vejez de la parte demandante, y adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión realizada por PROTECCIÓN, por lo que mi representada tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor, para tener que devolvérsela a COLPENSIONES.

Así mismo el decreto 2595 del 2010 señala que el manejo de los recursos administrados por las AFP es vigilado por la Superintendencia financiera de Colombia, por lo que es preciso poner de presente que esta entidad en concepto del 17 de enero de 2020 indicó que cuando se declara judicialmente la nulidad o ineficacia del afiliación, debe darse aplicación del artículo 7 del decreto 3995 de 2008, que establece que cuando se da un traslado de régimen se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, respetando la distribución de los aportes realizados y la gestión de administración generada por la administradora que genera los rendimientos que se trasladan al administradora de destino. Igual sentido la superintendencia financiera de Colombia considera que tampoco debe trasladarse la prima de seguro previsional, en atención que dicho porcentaje ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumple con su deber contractual de mantener la cobertura en vigencia de la póliza. Frente a la prima de seguros previsional ha de manifestar que

COLPENSIONES por su parte recurre la decisión manifestando que en el presente caso no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, pues no existía una expectativa legitima para el demandante como quiera que para la data del traslado contaba con menos de 750 semanas, pues había cotizado un total de 120 semanas con el ISS y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión de vejez y además se encontraba inmerso en la prohibición de traslado señalada en la ley 797 del 2003, que modificó la ley 100 de 1993 máxime cuando no es beneficiario del régimen de transición por semanas.

Indica que la simple manifestación de inconformidad frente al valor de pensión a recibir en este momento en el régimen de prima media que puede resultar superior al que ha de recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que cuando se realizó el traslado, el actor lo haya hecho movido por un engaño o por una equivocada información por parte de los fondos, precisando no se logró probar información equivocada o falaz por parte de la AFP, máxime que para el año del traslado los fondos solo tenían la obligación de brindar las condiciones del traslado, existiendo un desinterés o descuido por parte del demandante quien decide continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria por más de 20 años, solicitando por ende se revoque la sentencia y no se declare la ineficacia[2]. *(Audio Archivo 11, record: 42:27)*

---

esta ya fue girada a una aseguradora en caso en que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha aseguradora pagara una suma adicional con el fin de pagar la pensiones por dichos conceptos, e inclusive la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora mientras el tiempo de afiliación de la parte demandante y mi representada está imposibilitada para solicitar una devolución y trasladársela a COLPENSIONES, toda vez que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con al acto suscrito entre la parte demandante y PORTECCIÓN.

Finalmente, se debe resaltar que frente al cobro del 3% destinado para la comisión de administración y financiar las primas de seguro previsional opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en el tiempo por la periodicidad de la ley, y que no financian directamente la prestación económica por vejez, por lo que son conceptos que si prescriben, de conformidad con lo establecido por el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el artículo 151 del Código de procedimiento laboral, que establece que el transcurso del tiempo en un lapso de 3 años, hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo demandado, lo que debe afectar todas y cada una de las reclamaciones aquí formuladas. Dejo de esta manera sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias señor juez."

[2] "Gracias su señoría me permito presentar recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, de la siguiente manera:

E primera medida, Honorables magistrados téngase en cuenta que en el presente caso no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, pues no había una expectativa legitima para el demandante como quiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas, pues había cotizado un total de 120 semanas con el ISS, y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión de vejez.

También téngase en cuenta que el demandante ya se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalada en la ley 797 del 2003, que modificó la ley 100 del 93 y no es beneficiario del régimen de transición por semanas, de manera que no le son aplicables las sentencia SU 130 de 2013, y SU 062 del 2010 de la Corte Constitucional.

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 ANDRES HUERTAS MOTTA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda *(Archivo 3 expediente digital, páginas 2 y 3)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(Archivo 3 expediente digital, páginas 1 y 2)*, aspirando se declare la nulidad del traslado del ISS a Protección S.A. y en consecuencia se disponga la afiliación al régimen de prima media administrado por Colpensiones. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante, del régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., condenando a dicha AFP a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES-, todos los valores que hubiese recibido con ocasión a la afiliación del demandante junto con los rendimientos causados y pagados a la administradora, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, ordenando la devolución de tales sumas de manera indexada desde la fecha de su causación, hasta la fecha efectiva de su pago, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; e impuso condena por costas a cargo de Protección.

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 ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP

También téngase en cuenta su, honorable magistrados que 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 pensión a recibir en este momento en el régimen de prima media pueda resultar superior al que ha de recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que cuando se realizó el traslado, el actor lo haya hecho movido por un engaño, por una equivocada información por parte de los fondos. Lo anterior, teniendo en cuenta que el demandante en este caso se encuentra es inconforme con la mesada pensional que va a recibir en este momento en el RAIS, por, siendo así que en realidad en el presente caso no se logró probar información equivocada o falaz por parte de los fondos, téngase en cuenta que para el año del traslado (inaudible), los fondos solo tenían la obligación de brindar las condiciones del traslado, por lo tanto no hay lugar a la ineficacia solicitada, lo que existió fue un desinterés o descuido por parte demandante y este decide continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria por más de 20 años. Por lo anterior Honorables magistrados solicito de manera respetuosa que revoque dicha sentencia y no se decrete la ineficacia solicitada por la parte demandante."

no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado, situación que en autos no se acreditó.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 17 de octubre de 1964 *(Archivo 2, expediente digital página 4)*, por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2026, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el día 23 de diciembre del 2019 y ante PORTECCIÓN el 6 de agosto del 2019 *(Archivo 2, expediente digital páginas 1 a 3 y 6 a 8)*, esto es, 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[4]-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 184.57 semanas, que corresponden a 3 años, 7 meses y 2 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, como lo señala COLPENSIONES en su apelación.

No obstante lo anterior, es con fundamento en la ausencia del suministro de información que pretende el demandante a efectos de continuar válidamente

[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] Era trabajadora del sector privado según la historia laboral.

vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **25 de enero del 2001 con fecha de efectividad 1° de marzo de 2001**[5], específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN 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 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.*

[5] Expediente digital. Archivo No. 8 Reporte SIAFP página 18 y formulario de vinculación a PROTECCION pág. 17.

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[6], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico. Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

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

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 PROTECCIÓN S.A.

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

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

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

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

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

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

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

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para

gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al

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*
> *(…).*

---

proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

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

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

> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al 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 demandante[8] 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 laboraba en CARACOL TV y un asesor 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

[8] Audiencia virtual realizada el 10 de diciembre del 2021, audio No. 11, minuto 6:12 expediente digital.

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 PROTECCIÓN S.A.[9], 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 –PROTECCIÓN- 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, que para la época del traslado-25 de enero del 2021-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

[9] Formulario de vinculación pág. 17, Archivo 8 expediente digital.

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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a*

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 2001, cuando se produjo el traslado 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 PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (**25 de enero del 2001**[10]), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han

[10] Formulario de vinculación a PROTECCIÓN pág. 17, archivo 8 expediente digital.

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

Por otro lado, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la 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 PROTECCIÓN omitió en el momento del traslado de régimen (25 de enero del 2001 con fecha de efectividad el 1° de marzo de 2001), el deber de información para con el 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 PROTECCIÓN a la que se encuentra actualmente afiliado el actor el 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 el 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, en punto a la apelación de PROTECCIÓN los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, 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 del actor vuelven 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 del actor a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguros previsionales.

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 PROTECCIÓN 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 Consulta[11] *(Archivo 6, expediente digital, páginas 14 y 15)* 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,

[11] Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 17 de noviembre del 2021, archivo No. 9.

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

Es de anotar en este punto, frente a la impugnación de PROTECCIÓN, 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 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 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 los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C**., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

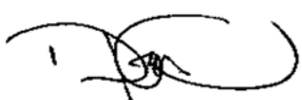
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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 CRUZ CASTAÑEDA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PROTECCION S.A. (RAD. 24 2020 00103 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de COLPENSIONES (fls. 195 a 198), 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 interpuestos por PROTECCION S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 14 de diciembre de 2021 (*Audiencia virtual, récord 25:57, cd. folio 189),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia de la afiliación de la señora NANCY CRUZ CASTAÑEDA al régimen de ahorro individual a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS DAVIVIR hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, suscrita el 21 de julio de 1997, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *que para todos los efectos legales la señora NANCY CRUZ CASTAÑEDA nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR*** *a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN a reconocer con su propio patrimonio y a trasladar a la ADMINISTRDORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los conceptos y valores que haya deducido por gastos de*

administración de los aportes que hubiere efectuado la demandante señora NANCY CRUZ CASTAÑEDA conforme a lo indicado de la parte motiva de la esta sentencia.

***CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a conservar los recursos producto de los aportes a pensión y demás rendimientos que se encontraban en la cuenta de individual de la señora NANCY CRUZ CASTAÑEDA y que fueron trasladados por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN a esa entidad, conforme a lo indicado en la parte motiva.*

***QUINTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la señora NANCY CRUZ CASTAÑEDA, actualizar y corregir su historia laboral, de acuerdo a los aportes que ya le fueron trasladados por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, de acuerdo a lo esbozado en la parte motiva del presente proveído.*

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

***SÉPTIMO: SIN CONDENA** en costas.*

***OCTAVO:** Como quiera que COLPENSIONES resultó vencida en juicio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del Código Procesal del trabajo y la seguridad social, remitasé en el caso de que no se interponga recurso de apelación contra la presente decisión el expediente al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad".*

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la demandada PROTECCION S.A. la apeló, solicitando se revoque la decisión de primer grado frente a la condena por concepto de gastos de administración, teniendo en cuenta que dichos conceptos fueron cobrados por disposición legal y por tanto el actuar de esa administradora resulta acorde a la normatividad vigente y a la buena fe.

Consideró que la demandante recibió un beneficio mayor como son los rendimientos, que son mayores a los que hubiera percibido de mantenerse en el régimen de prima media. Señaló la devolución de éstos constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES y de otro lado un perjuicio para el patrimonio de PROTECCIÓN S.A. En este sentido, recordó que el presente proceso versó sobre la ineficacia de la afiliación de la demandante y no sobre una condena en perjuicios. Finalmente estimó, si la finalidad de la declaratoria de ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado inicial, tampoco deberían trasladarse a favor de la demandante todos los rendimientos generados en el RAIS[1] (*Audiencia virtual, récord 28:26, cd. folio 189).*

[1] **Apoderada PORTECCIÓN (28:26):** Gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación solicitando de manera respetuosa a

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(folio 2)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(folios 2 y 3)*, aspirando se declare la nulidad del traslado y afiliación de la

---

los magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, se revoque parcialmente la sentencia que se ha proferido por la juzgadora de primera instancia, solo en el sentido de ordenar a mi representada a trasladar o devolver o transferir unos dineros que fueron cobrados por gastos de administración durante la afiliación de la demandante a mi representada, esto teniendo en cuenta que los gastos de administración fueron cobrados por un mandamiento normativo donde se faculta a los fondos privados e incluso en el régimen de prima media a realizar una deducción del porcentaje sobre el valor de aportes que realizan los afiliados al sistema general en pensiones, en ese sentido el actuar de mi representada se hizo conforme a una normatividad vigente y de buena fe, se realizaron los gastos, o se realizó el cobro de los gastos de administración que tiene como un beneficio para la demandante los rendimientos que se dieron en el régimen de ahorro individual con solidaridad y que son considerablemente mayores a los que pudo haber obtenido la señora NANCY de haber continuado afiliada única y exclusivamente al régimen de prima media, es por ello que trasladar este concepto a COLPENSIONES, sería constituir un enriquecimiento sin causa a favor de esta entidad y de la misma demandante, por recibir unos rendimientos que no están destinados a financiar la pensión de vejez y pues adicionalmente mi representada si tiene derecho a conservarlo como una restitución mutua a su favor sin que exista una razón normativa para tener que trasladárselos a COLPENSIONES.

En ese sentido, incluso la falladora de primera instancia manifiesta pues que estos dineros deben ser dados a COLPENSIONES, y deben ser responsabilidad incluso del mismo patrimonio de PORTECCIÓN, en ese caso se estaría constituyendo en una condena contra el perjuicio, una condena de perjuicios contra el patrimonio de PROTECCIÓN, dado que no son dineros que pues hagan parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante y en este proceso, el litigio no versó sobre una eventual condena en perjuicios sino frente a la ineficacia o nulidad de la afiliación. En ese sentido una condena en perjuicios tiene que revisarse a la luz de una responsabilidad civil, con los elementos propios de esta, y en el presente proceso no quedo demostrado la causación de los mismos.

Ahora bien, si el término de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, así entonces tampoco tendría que trasladarse la totalidad de los rendimientos que se dieron por un formulario de afiliación que hoy se esta declarando ineficaz, si el formulario no existió no habrían existido los rendimientos que se dan por el sistema propio de capitalización del régimen de ahorro individual. En ese sentido, sería una ponderación de cuales habrían sido los rendimientos que hubiera recibido la señora Nancy en el régimen de prima media y se trasladaría única y exclusivamente ese valor, teniéndose en cuenta que pues allí también se cobrarían los gastos de administración. Así entonces dejo sustentado mi recurso de apelación solicitando se revoque parcialmente la sentencia que ha sido proferida el día de hoy. Muchas gracias su señoría.

demandante a la AFP PROTECCION S.A. Como consecuencia de esta declaración, se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la demandante junto con sus rendimientos; se condene a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante y recibir los aportes provenientes del RAIS, 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 PROTECCION S.A. reconocer de su propio patrimonio y trasladar a COLPENSIONES los valores que haya deducido por gastos de administración; se ordenó a COLPENSIONES conservar los recursos por conceptos de aportes a pensión y rendimientos que estaban a favor de la demandante en su cuenta de ahorro individual y que ya fueron trasladados por PROTECCION. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN 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 la demandante al momento del traslado. Así mismo evidenció de la documental aportada al paginario, que la demandante hizo un traslado temporal a COLPENSIONES en aplicación a la sentencia SU 062 de 2010; sin embargo posteriormente se ordenó su devolución al RAIS al percatarse las administradoras, que la actora no contaba con 750 semanas a 1° de abril de 1994. En igual sentido advirtió que dicha orden solo se materializó en forma parcial en tanto los aportes que la actora tenía en el RAIS actualmente permanecen en poder de COLPENSIONES, razón por la que aunque se declaró la ineficacia del traslado primigenio, resulta ilusorio ordenar el traslado de aportes al RPM, dado que los mismos ya están en poder de COLPENSIONES.

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

antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[2].

Así las cosas, en el expediente milita registro civil de nacimiento de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 24 de abril de 1962 (folio 11*)* 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 vez mediante petición elevada ante PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES el 25 de febrero de 2020 (folios *7 y 9)* esto es, cuando ya había cumplido la edad para pensionarse –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 737.56 semanas cotizadas a Colpensiones*,* que corresponden a 14,13 años (historia laboral cd. folio 67*)*, 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 julio de 1997, con fecha de efectividad a partir del 1° de septiembre de 1997 *(folios 85 y 94 vuelto),* 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.

[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".*

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

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

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 2011[4], 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

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 (…)"*

---

su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[5], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en la empresa donde trabajaba hicieron una reunión grupal; la nómina de la empresa se manejaba por medio de Davivienda y por eso los visitaron de DAVIVIR. Les dijeron que se iban a pasar a un fondo diferente, porque muy seguramente el ISS se iba a acabar y DAVIVIR les ofrecía muchas ventajas, pero no se le informaron las características, ventajas y desventajas del RAIS.

Respecto al comunicado de prensa ***(páginas 95 vuelto y 96)*****,** es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

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

[5] Audiencia del 13 de diciembre de 2021, récord 0:22:33

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

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

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
> *...*
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de*

las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1997, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP 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 DAVIVIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen**,** efectivo el **1° de septiembre 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.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente y como quiera que los aportes de la demandante ya se encuentran en poder de COLPENSIONES, porque no fueron devueltos a PROTECCIÓN con el segundo retorno de la demandante al RAIS, tal como consta en la historia laboral que reposa en el expediente administrativo (cd. flo. 67), situación que no fue objeto de reparo en esta instancia, lo procedente es que ésta última conserve dichos aportes; de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de PROTECCIÓN, 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 COLPENSIONES[6], a favor de quien se surte la consulta *(página 51 vuelto),* 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:*

[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 del 25 de octubre de 2021 (folio 109).

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

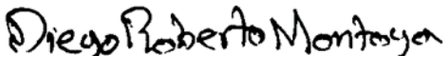
En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

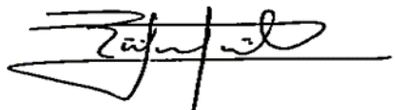
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TSEGUNDO: 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

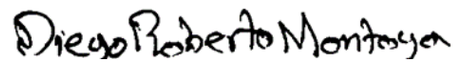
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GERMAN ALBERTO AGUDELO GUTIÉRREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A. (RAD. 26 2019 00757 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo 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 CAMILA BEDOYA GARCIA en su calidad de apoderada conforme a la escritura pública N° 120 de 1 de febrero de 2021. (fls. 148)



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandada (Folios 138 a 153), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCION 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 26 de noviembre de 2021 *(Audiencia virtual concentrada arts*

77 y 80 CPTSS, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 54:08, cd. flo. 134), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por el demandante GERMAN ALBERTO AGUDELO AGUDELO (SIC) GUTIERREZ al régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** al Fondo de pensiones PROTECCIÓN a que transfiera a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración., conforme lo expuesto de la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** al fondo de pensiones PORVENIR a que transfiera a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, lo descontado por gastos de administración de la cuenta de ahorro individual del demandante, conforme lo expuesto de la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante., conforme lo expuesto de la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la demandada PORVENIR y PROTECCIÓN. Fijándose como agencias en derecho la suma de $800.000 pesos".*

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

En primer lugar, el apoderado de PORVENIR S.A. solicitó se revoque la condena por concepto de gastos de administración impuesta a su representada. Manifestó dichos conceptos no forman parte integral de la pensión de vejez y están sujetos al fenómeno de la prescripción. Estimó con esta devolución se configura un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES; el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 menciona cuales son los dineros que deben ser trasladados ante un cambio de régimen pensional, dentro de los cuales no están los gastos de administración; ante esta condena también debió condenarse a demandante a restituir los frutos que han sido consignados en su cuenta de ahorro individual.

También presentó su inconformidad ante la condena por costas procesales. Al efecto señaló que su actuar se ha enmarcado dentro de la buena fe, por lo que solicita se releve a su representada de esta carga[1] *(Audiencia virtual concentrada arts 77 y 80 CPTSS, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 55:36, cd. flo. 134).*

La apoderada de PROTECCIÓN S.A., también apeló la decisión frente a la condena por gastos de administración y seguros previsionales, que tienen como finalidad administrar los recursos consignados en una cuenta de ahorro individual. Afirmó, la juez a quo desconoce el principio de igualdad que debe existir entre las

---

[1] **Apoderado PORVENIR (55:36):** Gracias su señoría, 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 a valorar. No procede la condena por la devolución de los gastos de administración impuesta a mi representada, 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 se dispone el 3% de la cotizacion a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, dichos gastos de adminsitracion no forman parte integral de la pensión de vejez y por ellos están sujetos al fenómeno de la prescripción.

De igual manera, merece atención eso que al ordenar este traslado de gastos de administración a COLPENSIONES pues se configura un enriquecimiento ilícito a favor de esta demandada, perdón, un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada en la medida que no existe norma que disponga tal devolución de forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes, el artículo, perdón, el artículo 113 literal de la ley 100 del 93, menciona cuales son los dineros que deben ser trasladados cuando existe un cambio de régimen pensional, esto es el saldo de la cuenta individual, incluidos sus rendimientos, lo que indica que estos gastos de administración no están destinado a financiar la prestación del demandante y por ende, no pertenecen a el, sino al fondo privado como contraprestación para la gestión que adelantó pues para incrementar el saldo en la cuenta individual del afiliado.

En consecuencia, no procede esta pretensión ya que, de ordenarla, deberá condenar igualmente a la parte demandante a restituir los frutos que fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, ya que así lo tiene decantado la sala civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, tratándose de las restituciones mutuas, uno de los efectos jurídicos en el artículo 1747 del Código Civil en cuanto la nulidad de un acto jurídico, en cuanto a que la parte que recibió frutos de la relación contractual declarada nula esta en obligación de restituirla, pues de lo contrario estaría generándose un enriquecimiento sin causa.

De otro lado, me permito presentar mi inconformidad señores magistrados con lo referente al cobro de costas procesales a carago de PORVENIR, y me permito sustentar en que PORVENIR es una entidad de carácter particular, que se desempeña como una administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad, de conformidad con las facultades a ella conferidas por la ley 100 del 93, por lo tanto, mi representada es para todos los efectos del presente proceso, pues un particular que fue convocado ante una autoridad en virtud de una demanda instaurada en su contra, por tal razón debe recordarse que las actuaciones los particulares ante autoridades publicas pues debe presumirse la buena fe de las primeras, de manera que aquel que pretende impugnar sus actos como de mala fe debe demostrarlo a través de los medios idóneos. Por tal razón de manera muy respetuosa se solicita a los Honorables magistrados del Tribunal superior de Bogotá revocar en su totalidad la sentencia emitida por el despacho muchas gracias.

partes toda vez que se le concede al actor no solo la devolución de gastos de administración sino también los rendimientos financieros, olvidando que fue por la gestión de PROTECCIÓN S.A. que se generaron lo rendimientos; si el actor hubiera permanecido en Colpensiones, allí también le hubieran efectuado descuentos por gastos de administración[2] *(Audiencia virtual concentrada arts 77 y 80 CPTSS, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 58:21, cd. flo. 134).*

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 (folio 4 vuelto), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (foliios 3 y 4*, ibídem),* aspirando se declare la nulidad del traslado

[2] **Apoderada PROTECCIÓN (58:21):** Si su señoría encontrándome dentro de la oportunidad procesal correspondiente me permito interponer recurso ordinario de afiliación contra el fallo proferido en primera instancia pero solamente de manera parcial, solicitando únicamente se modifique la sentencia en el sentido de revocar la condena a mi representada a devolver los dineros cobrados por conceptos de gastos de administración y el pago de las pólizas de los seguros previsionales tratadas por mi prohijada, en consonancia con la ley superior, como es la ley 100 de 1999 (sic), artículo 20, posteriormente por la ley 797 del 2003 en su artículo 7, en donde se dispuso el pago de los gastos en los cuales debe incurrir el fondo de pensiones para administrar los recursos consignados en una cuenta de ahorro individual, en este caso en la cuenta de ahorro individual del señor GERMAN ANTONIO AGUDELO, desconoce la falladora de primera instancia el principio de igualdad que debe existir entre las partes, toda vez que en la sentencia no solamente concede al demandante la devolución de los dineros pagados por concepto de gastos de administración sino también los rendimientos financieros que se generaron, olvidando por completo la gestión realizad por el fondo para que dichos recursos crezcan exponencialmente, situación que abiertamente perjudica a mi representada.

Téngase en cuenta su señoría que no se puede desconocer el trabajo del fondo, porque sin el no hubieren frutos o rendimientos que reclamar, en este orden de ideas y como quiera que la tarea de ordenar rendimientos no puede hacerse a título gratuito máxime cuando mi representada si sufrago los costos por concepto de los honorarios, se le cancelaron a los funcionario que realizaron lo posible para una buena administración de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, y es que no se puede perder de vista que si el hubiese permanecido vinculado al régimen de prima media, también hubiese encontrado obligado a cancelar a COLPENSIONES unos gastos de administración. Por lo que de confirmar esta condena se estaría (inaudible) un enriquecimiento sin justa causa a favor del demandante y en favor de COLPENSIONES. Conforme los argumentos expuestos anteriormente solicito se revoque la parte de la sentencia impugnada. Muchas gracias.

de régimen efectuado por el demandante; se declare que para efectos pensionales continúa afiliado al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES; se ordene a PROTECCION S.A. la devolución a COLPENSIONES de todos los aportes del demandante junto con sus rendimientos, frutos, intereses y sumas adicionales, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado del demandante al RAIS, se condenó a PROTECCIÓN S.A. a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes del demandante junto con sus rendimientos financieros, sin que haya lugar a descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración; se condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES lo descontado al demandante por gastos de administración y a COLPENSIONES a aceptar dichos fondos y contabilizarlos para efectos pensionales. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, las demandadas no lograron acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 6 de octubre de 1960 (folio 14*),* por lo que la edad de 62 años, la alcanzará el mismo día y mes

[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".*

del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y ante PROTECCIÓN S.A. el 11 de abril de 2018 (folios 21 y 26.), esto es, cuando le faltaban menos de diez años 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 apenas con 355,11 semanas cotizadas al sistema *(historia laboral cd. folio Carpeta cd. folio 79),* 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 se colige de lo manifestado por el demandante en su interrogatorio[4] ocurrió mediante su afiliación inicial a PORVENIR S.A., hecho que fue corroborado por el apoderado de la demandada Porvenir S.A. quien en alegatos presentados en la misma audiencia[5] afirmó además que dicho traslado se efectuó en el año 1999 y se colige del reporte de cotizaciones de COLPENSIONES, en el que consta que la última cotización del demandante en el régimen de prima media fue en el ciclo de enero de 1999.

Se precisa en todo caso para el tema objeto de debate la presencia del formulario de afiliación del demandante a PORVENIR S.A. –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, aunado a que de dicha afiliación primigenia da cuenta el formulario de afiliación a Pensiones y Cesantías Santander hoy PROTECCIÓN (*folio 100).*

Aclara la Sala en este punto, aun cuando en la demanda se solicitó la nulidad de la afiliación efectuada el 29 de noviembre de 2003 a PROTECCIÓN S.A. *(ver fl. 4 vuelto)*, en la etapa de saneamiento, la Juez de primer grado (*Audiencia del 20 de enero del 2021 Cd fl. 114*) señaló que lo que en realidad se está solicitando en la

[4] Audiencia de 26 de noviembre de 2021 record. 0:07:55
[5] Audiencia de 26 de noviembre de 2021 record. 0:30:35

presente demanda es la ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, por lo que dispuso la vinculación de PORVENIR S.A.

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

Frente a este respecto además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del

---

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

deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".*

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

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en

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

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

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 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

---

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante[8] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores de PORVENIR S.A. visitaron la empresa donde trabajaba y les dijeron que los dineros que tenían ahorrados en el Seguro Social posiblemente se iban a perder porque esa entidad se terminaba y les aconsejaron pasarse a Porvenir porque allí iba a estar más segura su pensión, sin que se le advirtiera sobre los rendimientos, requisitos para pensionarse, entre otras especificidades del RAIS.

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

[8] Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams el 26 de noviembre de 2021 récord 0:07:54 cd. folio 134

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

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

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

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

…

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

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

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

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

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

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

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

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

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Página 100),* 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 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 y PROTECCIÓN, antes SANTADER, esta última como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones) y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN 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 del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos

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

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[9] *(fl.71f)* entidad a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

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

[9] Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 12 de abril de 2019 (fl. 104).

> *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)

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

Finalmente advierte la Sala, aunque en su decisión oral, la juez de primer grado no hizo referencia ninguna fecha a partir de la cual procediera la ineficacia del traslado del demandante, en el acta de la misma (fls. 127 y 128) si se consignó que ello es a partir de 1998. Empero, como se señaló en líneas anteriores, se desconoce la fecha exacta en que se verificó la afiliación del actor a PORVENIR S.A. se adicionará la presente sentencia en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR, precise a partir de qué fecha se hizo efectivo el traslado de régimen y tenga en cuenta esa fecha a efectos de dar cumplimiento a las condenas que le fueron impuestas.

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

conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

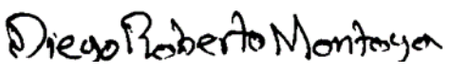
R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de **ORDENAR a la AFP PORVENIR**, precise a partir de qué fecha se hizo efectivo el traslado de régimen y tenga en cuenta esa fecha a efectos de dar cumplimiento a las condenas que le fueron impuestas.

SEGUNDO **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia proferida por la juez 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

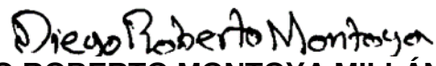
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLAUDIA CARLOTA DEL PILAR MENDOZA AVILA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 26 2022 00744 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) 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 GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 7 vto).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES mediante correo electrónico del 1° de marzo del 2022, 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 PROTECCIÓN, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 8 de octubre 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*

36:51, archivo "016. 2019-744 (PC) Art 77 Nulidad afiliación-20211008_092214-Grabación de la reunión", expediente digital), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por la demandante CLAUDIA CARLOTA DEL PILAR MENDOZA ÁVILA al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** al fondo de pensiones COLFONDOS a trasferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES para que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** al fondo de pensiones PROTECCION a que remita a COLPENSIONES los gastos de administración descontados en la cuenta de ahorro individual de la aquí demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a al fondo de pensiones PROTECCIÓN, y COLFONDOS, a razón de 50% a cargo de cada una. Fijándose como agencias en derecho la suma de $1.000.000."*

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de la demandada PROTECCIÓN S.A, la apeló respecto del numeral cuarto frente a la condena a la devolución de comisión, en sustento de ello establece que la devolución del dinero de la cuenta de ahorro individual de la demandante por estos conceptos se realiza como consecuencia de una disposición legal, valida, exigible, aplicable y diligente, no por capricho de la AFP, se tratan de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual.

De otro lado, advierte que en el hipotético caso se asumir que la AFP no realizó su gestión de administración y se ordene la devolución de esos conceptos a COLPENSIONES, no es procedente hacer la devolución de todos los rendimientos generados mientras estuvo afiliada, ya que estos fueron enviados a COLFONDOS cuando la actora hizo el traslado a dicha AFP.

Finalmente, aduce, que en caso de ser declarada la nulidad o ineficacia del traslado la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior, por lo que deberán trasladar solo los aportes que se encuentren acreditados a dicha declaración en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin los

rendimientos generados, ya que estos son exclusivamente generados en el régimen de ahorro individual por mandato de la ley, y al haber estado todo este tiempo afiliada al régimen de prima media no se hubieran generado tales rendimientos[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 32:56, archivo ""016. 2019-744 (PC) Art 77 Nulidad afiliación-20211008_092214-Grabación de la reunión", 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 demanda *(páginas 3 y 4, archivo "001. expediente 744-2019.pdf", expediente digital)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 1 a 3, ibídem)*, las cuales fueron reformadas (*Páginas 3 y 4 archivo "007. Reforma de la demandada 09-11-2020.pdf", expediente digital)* aspirando se declare la ineficacia o nulidad del traslado efectuado a PROTECCIÓN S.A, en consecuencia, sea retornada la demandante al RPM. En ese sentido, se ordene a COLFONDOS trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la

[1] *"Gracias señora juez, señora juez y honorables magistrados de la Corte, estando dentro del término procesal interpongo recurso de apelación al numeral cuarto de la presente sentencia, en cuanto a la condena a devolución de comisión de administración de PROTECCIÓN S.A, dentro del presente proceso, el cual argumento de la siguiente manera.*

Se debe tener en cuenta que la devolución del dinero de la cuenta de ahorro individual de la demandante por estos conceptos se realiza como consecuencia de una disposición legal, valida, exigible, aplicable y diligente, no por capricho de mi representada, se tratan de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, y en el hipotético caso que se asume que PROTECCIÓN no realizó su gestión de administración y se ordene la devolución de esos conceptos a COLPENSIONES, no es procedente hacer la devolución de todos los rendimientos generados mientras estuvo afiliada a mi representada y que ya fueron enviado a la AFP COLFONDOS, cuando la demandante hizo el traslado a dicha AFP, pues eso se generan producto de la gestión y buena administración, y en ese sentido habría lugar a que se trasladaran los aportes pero sin los rendimientos generados.

Además, en caso de declarase la nulidad o ineficacia del traslado la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior, por lo que deberán trasladar solo los aportes que se encuentren acreditados a dicha declaración en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin los rendimientos generados, ya que estos son exclusivamente generados en el régimen de prima de ahorro individual por mandato de la ley, y al haber estado todo este tiempo afiliada al régimen de prima media no hubiere generado tales rendimientos. En los anteriores términos dejo planteado mi recurso de apelación, muchas gracias señora juez."

actora, finalmente se condene a COLPENSIONES a recibir a la actora en el régimen de prima media, como si nunca se hubiera trasladado y a actualizar su historia laboral. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, ordenando a COLFONDOS, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. Siendo condenada COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante y a contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas, finalmente condenó a PROTECCIÓN remitir con destino a COLPENSIONES los gastos de administración descontados en la cuenta de ahorro individual. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 26 de diciembre de 1961 (*Archivo, "001. expediente 744-2019.pdf", expediente digital, página 33),* por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 06 de diciembre de 2017 (*Páginas 69 y 70, archivo, "001. expediente 744-2019.pdf", expediente digital)* y ante COLFONDOS el 27 de

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

diciembre de 2017 (*Páginas 72 a 75, archivo, "001. expediente 744-2019.pdf", expediente digital)* esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional -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 -30 de junio de 1995[3], pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 2 años, 1 mes y 21 días de aportes realizados (98 semanas a la Caja de Previsión y 12,14 semanas cotizadas al ISS) *(Páginas 49 y 80 Archivo, "001. expediente 744-2019.pdf", expediente digital),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **12 de julio de 1995,** efectivo el **01 de agosto de 1995 (***Página 184 "Archivo "001. expediente 744-2019.pdf"),* por afiliación que hiciera a PROTECCIÓN, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, **precisándose**, en todo caso para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito no constituye un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente. Lo anterior impone a la AFP demandada, acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

Advirtiendo, esta Sala de decisión que, si bien la juez de primer grado hace referencia a un formulario de afiliación de la demandante ante DAVIVIR (*Página 33, archivo "006. Contestación de la demanda.pdf", expediente digital)*, haciendo un estudio minucioso del plenario, se observa que dicho formulario no corresponde a la hoy actora, toda vez que se encuentran datos de otra persona, por lo tanto, se concluye la ausencia del formulario de afiliación del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN.

[3] Laboraba en el sector público. en la secretaría Distrital de Hacienda *(Página 80, archivo "001. expediente 744-2019.pdf", expediente digital).*

De igual manera se aclara para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 a la accionante-30 de junio de 1995- la carga pensional se encontraba a cargo del FONCEP, dado que el empleador de la actora para esa época SECRETARIA DISTRITAL DE HACIENDA efectuó los aportes la CAJA DE PREVISIÓN desde el 5 de agosto de 1993 y hasta el 31 de agosto de 1995 (Ver página 80, Archivo 1 expediente digital), por ende y aunque la actora no realizó ninguna cotización al Instituto de Seguros Sociales en ese lapso, 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 PROTECCIÓN, 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 1994[4], con efectos a partir de cuando entró a regir para ellos el sistema.[5]

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

> *"(…) Por tanto, a partir de la citada fecha* (entrada en vigencia de la ley 100 para los servidores públicos), *debía entenderse que el régimen previsional quedó incorporado al régimen de prima media con prestación definida, sin perjuicio del respeto de «los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de [la Ley 100 de 1993] hayan cumplido los*

[4] 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 los 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.

[5] Así lo adoctrinó 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 entones 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"*.

> *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."*[6]

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 -30 de junio de 1995-, 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 PROTECCIÓN con fecha de efectividad 1° de agosto de 1995-administradora de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad- se concretó su traslado de régimen de prima media al RAIS.

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*

[6] Sentencia SL2817 de 2019.

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[7], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(...)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

[7] *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 PROTECCIÓN.

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

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

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media

con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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***

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[9], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el RAIS iba a obtener una pensión mayor que en el RPM, que la pensión iba a ser heredable.

[9] Audiencia del 8 de octubre de 2021 récord 6:52

Respecto al comunicado de prensa *(Páginas 200 a 202, archivo "001. expediente 744-2019.pdf", y páginas 52 a 54 archivo "006. Contestacion de la demanda.pdf", expediente digital)* es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

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

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

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

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*

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

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

…

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN omitió en el momento del traslado de régimen **(12 de julio de 1995,** efectivo el **01 de agosto de 1995)** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP *(Página 184, archivo 1 expediente digital),* en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*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).”*

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

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

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

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

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

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

(…)

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

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

Bajo tal orientación, entratándose de la ineficacia del traslado, como ya se anotó, no resultan relevantes las actuaciones posteriores realizadas por el afiliado dentro del mismo régimen.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (*página 199 Archivo 1 expediente digital)*, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración 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 PROTECCIÓN 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, 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 (...)".*

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[10], a favor de quien se surte la consulta (*páginas 126 y 127 archivo "001. expediente 744-2019.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.

[10] Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 27 de enero del 2020 (Archivo 1 expediente digital página 207)

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 y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 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 NUBIA PILAR ROCHA RUIZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A (RAD. 28 2019 00793 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderado sustituto 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 apoderada principal de la entidad, conforme escritura pública N° 120del 1 de febrero de 2021. (fl.7)

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las demandadas (fls. 3 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 la demandada PORVENIR S.A, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juez 28 Laboral del Circuito de Bogotá DC, el pasado 01 de febrero de 2022 *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:06:05, archivo "11001310502820190079300_L110013105028CSJVirtual_01_20220201_143000_V.mp4", expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora NUBIA PILAR ROCHA RUIZ al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 8 de mayo del año 2001, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A y en consecuencia declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado hoy en día por COLPENSIONES, todo conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A para que traslade los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora NUBIA PILAR ROCHA RUIZ quien se identifica con C.C 39.737.713 a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE pensiones - COLPENSIONES.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que proceda a activar la afiliación de la aquí demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualice su historia laboral.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADOS** los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado.*
>
> ***QUINTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las administradoras demandadas, se señalan como agencias en derecho la suma de $500.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.*
>
> ***SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, se deberá consultar con el superior por ser adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES. "*

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada PORVENIR S.A, la apeló solicitando sea revocada en su totalidad. En sustento de ello aduce, la vinculación fue completamente válida, y eficaz, la demandante se afilió en 2001

con ING, firmando el formulario de afiliación, documento que se requería para la fecha.

De otro lado, respecto al deber de información, para la época de vinculación de la demandante se encontraba en la primera fase y ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial. No obstante, en el presente fallo no se hace la debida interpretación de la norma que se debe aplicar; la demandante ejerció su derecho de libre elección, conforme a la ley. Añade, contrario a lo expuesto por la a quo, exigencias como la comparación entre los dos regímenes, realizar alguna proyección pensional, no podrían ser exigibles para el año 2001, o el requerimiento de otro documento o prueba diferente al formulario de afiliación, toda vez dichos deberes surgieron con posterioridad al momento de la vinculación. Afirma, se debe cuestionar la falta de diligencia de la actora frente a su derecho pensional, al no solicitar asesoría y su permanencia en el RAIS demuestra que no existía inconformidad alguna y ratificó su deseo de seguir cotizando, situación que se corroboró con el posterior traslado a HORIZONTE.

Frente a la condena a la devolución de los gastos de administración, considera que al ser declara la ineficacia del traslado se pierden los efectos del mismo y no habría lugar la devolución de estos conceptos; advierte que estos descuentos se hicieron en cumplimiento de un deber legal para seguros de invalidez y sobrevivencia y esas sumas fueron trasladadas a las respetivas aseguradoras y estos conceptos no están destinados al financiamiento de la pensión. [1]*(Audiencia*

[1] "*Si su señoría muchas gracias, estando en este momento procesal interpongo el correspondiente recurso de apelación en contra del presente fallo de manera integral, en todo lo que dispuso y para esto expongo lo siguiente:*
En primera medida, respecto de esta declaratoria de ineficacia pues se debe indicar que esta vinculación fue completamente válida, ese traslado de régimen fue completamente válido, completamente eficaz, la demandante se vinculo para el año 2001 con ING, firmando para ello el respectivo formulario de afiliación, siendo este el documento que se requería para la fecha pues para hacer válidamente esta afiliación.

Ahora bien, si bien este deber de información pues ha existido desde los inicios de las administradoras, lo cierto es que para la época nos encontrábamos en una primera fase del deber de información y que, pues este deber de información se ha venido incrementando a lo largo de los años, ha tenido desarrollo legal, desarrollo jurisprudencial y que pues ha ido aumentado las exigencias impuestas a las administradoras. Sin embargo, mi representada considera que pues en este tipo de procesos y en este fallo especifico, pues no se realiza la debida interpretación de

la norma que se debe aplicar, pues respecto a ese momento lo cierto es que la demandante ejerció su derecho de libre elección de régimen pensional, conforme a la ley 100 de 1993, el decreto 663 que determina pues que si efectivamente debe haber una asesoría, pero lo mas importante es que se impidiera la coacción al derecho de libre escogencia de régimen pensional, es decir, que una vez se suscribía este formulario pues no hubiera habido ninguna coacción al respecto para el momento de la suscripción.

Por lo que deber y contario a lo que indica la juez de instancia, ya sea que se le hubiera realizado una comparación entre los dos regímenes, o revisar el caso en particular o realizar alguna proyección pensional, hablar de conveniencia o no, pues este tipo de obligaciones no deben ser exigibles o exigidas para ese momento, para el año 2001, o que se requiera otro documento o prueba aparte del formulario de afiliación no debe ser exigido, dado que pues par la época no estaba establecido de esa manera, por lo que deberes que nacieron con posterioridad pues no se deben exigir en este tipo de proceso, cuando la vinculación se dio en el año 2001. Lo cierto es que la demandante libremente decidió trasladarse.

Ahora bien, lo cierto también es que la ING no podía negarse a la afiliación de la demandante, como se indica en el artículo 111 de la ley 100, esta afiliación se realizó con los requisitos legales establecidos, por lo que en si se debe cuestionar es la falta de diligencia de la actora con su derecho pensional, se debe reprochar la omisión de la demandante de no haber realizado un traslado anteriormente al Instituto de los seguros sociales, de no considerar solicitar asesorías respecto a esta vinculación, dejar pasar el tiempo y no haber realizado nada al respecto de como o como se dio su afiliación al régimen de ahorro individual, como ella lo sostuvo en su interrogatorio, dice que no recibió ninguna asesoría y que por decisión de su empleador se realizó pues estos traslados, por lo que esta permanencia en este régimen mejor demuestra que no existió tal inconformidad y ratificó su deseo de seguir cotizando en este régimen pensional, pues situación que también se puede decir que ratificó con la vinculación que tuvo con mi representada en ese entonces HORIZONTE.

Por lo anterior entonces, por haber existido ese acto jurídico o estos actos jurídicos que empezaron por la voluntad de la demandante, se respeto esta voluntad de la demandante, pues solicito se respete dicha voluntad, se le de el valor probatorio que merece pues estos formularios de afiliación que la demandante suscribió, prueba que se cumplió con los requisitos, que se respeto tal voluntad y que la demandante entendía que este acto jurídico era vital para su futuro pensional y que se estaba sometiendo desde el momento que se hizo efectivo el traslado pues las condiciones del régimen de ahorro individual, es decir, las condiciones de financiación que tiene este sistema, durante el tiempo que durará su vinculación. Además, no resulta justo que se le obligue a los fondos privados que se entre a probar este deber de información o que se allegue otro tipo de documento diferente al formulario, cuando esto pues esto resulta claro que es un imposible jurídico cuando han trascurrido más de 15 años, 20 años de la afiliación de la demandante y que pues si hay una ratificación con la permanencia que ha tenido la demandante en este régimen.

Ahora bien, también me debo pronunciar referente a esa condena a devolver estos gastos de administración y estas sumas de la aseguradora o sumas adicionales, y es que mi representada considera que en virtud de las restituciones mutuas pues contradictorio este tipo de condena, pues en cuanto se declara una ineficacia del traslado y, por lo tanto, se pierde los efectos del mismo y por esta situación se condena a los fondos a devolver estos gastos de administración y sumas. Sin embargo, si fuera a dejar sin sumas estos, pues este acto jurídico, pues claramente la actora no tendría derecho a retornar con los rendimientos que se han generado por las gestiones que se han realizado por mi representada, en cumplimiento de un deber legal, por lo tanto, pues

virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:08:15, archivo "11001310502820190079300_L110013105028CSJVirtual_01_20220201_143000_V.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 demanda (*Página 7, archivo "01Cuaderno1.pdf", expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 3 a 6, ibídem),* aspirando se declare la anulación por ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, ante la omisión del deber de información por parte de PROTECCIÓN,

---

contradictorio e injusto el trato diferenciado que se le da a los conceptos producto de la afiliación al régimen de ahorro individual, estoy hablando de los gastos de administración y rendimientos que pues los rendimientos se generan por esta afiliación a este régimen y en este caso, estamos en una circunstancia que claramente desconoce el principio de igualdad y los efectos de una declaratoria de ineficacia de retrotraer todo a su estado original.

Además, si mi representada hizo una deducción por el tiempo de vinculación lo hizo amparado por la ley, en el artículo 20 de la ley 100, frente a estas sumas para seguros de invalidez y sobrevivencia se tiene que la demandante tuvo una cobertura durante toda su vinculación y que pues esas sumas fueron trasladadas a las respetivas aseguradoras por lo que no deben retornar en este caso al régimen de prima media, además de no haber una cobertura de manera retroactiva y que estos conceptos no están destinados al financiamiento de la pensión.

Adicional, pues considera PORVENIR que, si nos vamos a un sentido estricto, téngase que mi representada (inaudible) administradora completamente distinta a PORVENIR, la administración la hizo pues esta administradora y literal en este momento tendría que devolver PORVENIR con su propio patrimonio, cuando esta administradora solo vino en si administra estos recursos cuando se presentó esta cesión que fue para el año 2003, pues ya cuando la demandante no podía realizar, o pues PORVENIR no podía realizar ninguna gestión para que la demandante se trasladará al régimen de prima media, dado que ya se encontraba en la prohibición.

Por lo anterior entonces, señores magistrados solicito revocar el presente fallo, con esto sustentando el recurso. Muchas gracias."

en consecuencia se ordene el traslado y afiliación de la actora a COLPENSIONES como si nunca hubiera existido el traslado de régimen. Así, se ordene a PORVENIR la devolución de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación, como las cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora con SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A, declarando como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, condena a PORVENIR S.A a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos los frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguros de sobrevivencia e invalidez contenido en la cuenta de ahorro individual de la demandante. A su vez condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y así proceder a actualizar la historia laboral. 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 2002[2].

[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*

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 02 de abril de 1965 *(Página 104, archivo "01Cuaderno1.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 mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 08 de agosto de 2019 (*Página 87, archivo "01Cuaderno1.pdf", expediente digital)*, a PROTECCIÓN el 09 de agosto de 2019 (*página 90, ibíd.*), y ante PORVENIR el 09 de agosto de 2019 (*página 92, ibíd.*) esto es, cuando ya le faltaban menos de diez años 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 217, 29 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 4,22 años *(Página 365, archivo "01Cuaderno1.pdf", expediente digital),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **8 de mayo de 2001** con fecha de efectividad a partir del **01 de julio de 2001** *(Página 35, carpeta "04CotestacionProteccion", archivo "CONTESTACIÓN NUBIA PILAR ROCHA RUIZ.pdf" expediente digital),* específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, 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

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".

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

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

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 a al fondo accionado SANTANDER hoy PROTECCIÓN.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[4], 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.

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*
>
> *(…).*

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

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

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

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

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

> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[5], se limitó a indicar que su empleador le informó que el ISS se iba acabar, afirma no haber diligenciado el formulario de afiliación y no haber sido asesorada por parte de la AFP en ningún momento.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a SANTANDER – hoy PROTECCIÓN - *(Página 65, archivo "01Cuaderno1.pdf", expediente digital),* este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la

[5]*Audiencia 01 de febrero de 2022, récord 10:53.*

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

Respecto al comunicado de prensa *(Páginas 387 a 389, archivo "01Cuaderno1.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 –SANTANDER, hoy 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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 2001, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la 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 SANTANDER (Hoy PROTECCIÓN S.A), omitió en el momento del traslado de régimen **(08 de mayo de 2001, efectivo el 01 de julio de 2001)** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP *(Página 35, carpeta "04CotestacionProteccion", archivo "CONTESTACIÓN NUBIA PILAR ROCHA RUIZ pdf", expediente digital),* en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*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 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 S.A, esta como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones) y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de 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 propuesta por COLPENSIONES *(Página 301 a 302, Archivo "01Cuaderno1.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 la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

[6] Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 24 de febrero de 2021, página 402, Archivo "01Cuaderno1.pdf", expediente digital.

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

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

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

conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

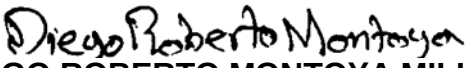
En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho (28) 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

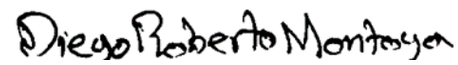
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BENIGNO ANTONIO CIFUENTES OSORIO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. (RAD. 29 2020 00283 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderado sustituto 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 apoderada principal de la entidad, conforme escritura pública N° 120del 1 de febrero de 2021. (fl.17)



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante y las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A (fls.3 a 38) , 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 ésta, contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 9 de diciembre de 2021 (*Audiencia virtual,*

récord 1:13:00, archivo "027VideoAudiencia, expediente digital), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado del régimen pensional que hiciere el señor BENIGNO ANTONIO CIFUENTES OSORIO identificado con la C.C. No.16.622.224, ante ING hoy la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. el 09 de diciembre de 1999 con fecha de efectividad el 01 de febrero de 2000, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante BENIGNO ANTONIO CIFUENTES OSORIO, por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, por concepto cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.*
>
> ***CUARTO: SIN CONDENA** en costas.*
>
> ***QUINTO: CONSULTAR** la presente sentencia en caso de no ser apelada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social".*

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de COLPENSIONES la apeló. Solicitó, se adicione la sentencia de primer grado ordenando la devolución de los gastos de administración, para que dichos recursos puedan ser contados entre los valores que reciba la entidad por los conceptos consignados por el demandante en el régimen de ahorro individual. Ello en el entendido que si por la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS se entiende que dicho negocio jurídico jamás fue celebrado, deben ser devueltos los valores descontados a título de gastos de administración[1] (*Audiencia virtual concentrada, archivo "027VideoAudiencia" expediente digital record. 1:15:07).*

---

[1] **Apoderado COLPENSIONES (1:15:07):** Su señoría en este momento de la audiencia me permito presentar recurso de apelación parcial en contra de la sentencia emitida por su despacho para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral, adicione al numeral segundo e incluya los gastos de administración a favor de mi representada, esto con el fin de que dichos valores puedan ser contados dentro de la actualización que haga mi representada en la historia laboral del señor BENIGNO, y de conformidad con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral donde pues se ha mencionado que los gastos de administración deberán incluirse los valores a devolverse a mi representada con cargo en las propias utilidades de los fondos privados, en atención pues a que declarado el acto ineficaz pues deben tener que dicha afiliación jamás se surtió de conformidad pues

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(páginas 5 y 6, archivo "001Demanda.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 del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de las AFP PROTECCIÓN, COLFONDOS Y PORVENIR; como consecuencia, se ordene a esas entidades trasladar a COLPENSIONES los aportes, rendimientos, bonos pensionales del actor y cualquier otro concepto que haya recibido por la afiliación del demandante, como las cuotas de administración; se condene a COLPENSIONES a recibir dichos conceptos; se condene a las administradoras del RAIS a pagar los perjuicios morales que le causaron al actor, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado del demandante al RAIS, disponiéndose en consecuencia que se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media, ordenando a PORVENIR, como administradora a la que se encuentra afiliado el actor, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones y rendimientos; se ordenó a COLPENSIONES recibir todos los valores que Porvenir le traslade y actualizar la historia laboral del demandante. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A, con quien se efectuó el traslado de régimen pensional, no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

---

con lo dispuesto con el artículo 1746 del Código Civil, el cual se aplica por analogía al tema de las ineficacias. Es así como si el acto de afiliación del señor BENIGNO fue declarado ineficaz, deberá integrase los valores a devolver como gastos de administración a favor de mi representada. Así dejo sustentado el recurso de apelación su señoría, 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 2002[2].

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 17 de octubre de 1956 (*página 60, archivo "005ContestacionPorvenir.pdf", expediente digital)* por lo que la edad de 62 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 30 de junio de 2020, ante PROTECCION, COLFONDOS y PORVENIR el 12 de mayo de 2020 (*páginas 26,40,55 Y 68, archivo "001Demanda.pdf", expediente digital)* esto es, cuando ya tenía la edad para pensionarse –tenía 63 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 584,46 semanas cotizadas a Colpensiones, que corresponden a 11,20 años (*archivo "009 Expediente Administrativo Colpensiones", 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 9 de diciembre de 1999, con fecha de efectividad a partir del 1°

[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".*

de febrero de 2000 *(páginas 117 archivo "005Contestación Porvenir.pdf" y páginas 127 archivo "001Demanda" expediente digital),* 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 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[3], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

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

> ***hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia."*

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[4], 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 provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información al accionante cuando efectuó el tránsito entre

---

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.

regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante[5], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 1999, cuando se vinculó como celador en la institución educativa en que trabaja, debió afiliarse a seguridad social, con tal motivo una asesora del fondo DAVIVIR lo abordó, le pidió unos datos personales y con ellos diligenció un formulario; él verificó que sus datos y los de sus beneficiarios estuvieran correctos y se limitó a firmarlo, pero no se le 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) *(Página 127 archivo "001Demanda.pdf", expediente digital),*este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa ***(páginas 119 a 121, archivo "005. ContestaciónPorvenir.pdf", expediente digital)*****,** es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de

[5] Audiencia del 9 de diciembre de 2021, récord 0:16:30

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

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

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

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

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.
…
En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

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

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

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

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (de ING a COLFONDOS en el año 2004 y de COLFONDOS a HORIZONTE, hoy Porvenir en el año 2006 (*páginas 117 archivo "005Contestación Porvenir.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 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 afiliado el actor, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones) y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

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

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

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

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[6], a favor de quien se surte la consulta *(página 5, archivo "007ContestacionColpensiones.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:*

[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 del 27 de mayo de 2021 (*página 1, archivo "012TienePorContestada.pdf", expediente digital*).

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

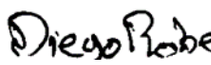
R E S U E L V E

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

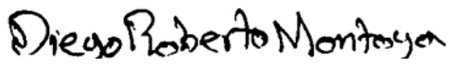
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JHON EDGARD VALENCIA PINEDA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES (RAD. 29 2020 00372 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderado sustituto 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 apoderada principal de la entidad, conforme escritura pública N° 120del 1 de febrero de 2021. (fl.8)



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado alegatos de conclusión por ambas partes (fls. 3 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

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 Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de febrero de 2022 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, audio archivo 016 y acta de audiencia archivo 015 del expediente digital), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *que el señor JOHN EDGARD VALENCIA PINEDA en calidad de hijo inválido, tiene derecho al 100% del reconocimiento de la pensión causada por el fallecimiento de la señora DELIA CELMIRA PINEDA CORTES, en cuantía inicial de $781.242,oo*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES representada legalmente por su gerente y/o quien haga sus veces, a reconocer y pagar al señor JOHN EDGARD VALENCIA PINEDA la sustitución pensional causada por el fallecimiento de la señora DELIA CELMIRA PINEDA CORTES a partir del 11 de enero de 2018, incluyendo las mesadas causadas y los reajustes de ley.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, representada legalmente por su gerente y/o quien haga sus veces, a reconocer y pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 26 de agosto del año 2020 y hasta cuando el demandante sea incluido en nómina de pensionados y se le pague la pensión*
>
> ***CUARTO: CONDENAR EN COSTAS*** *a la demandada, inclúyanse como agencias en derecho la suma de $3'000.000,oo.*
>
> ***QUINTO:*** *En caso de no ser apelada la sentencia por parte de Colpensiones, CONSULTESE ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá".*

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandada COLPENSIONES interpone recurso de apelación manifestando que no está de acuerdo con lo analizado por la juez a quo en atención a que la encartada le determinó al señor Jhon Edgard Valencia Pineda una pérdida de capacidad laboral del 55% con fecha de estructuración 19 de septiembre de 2019, fecha posterior al fallecimiento de la causante, por lo que no es beneficiario de la sustitución pensional. También solicitó se revoque la condena por concepto de intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que la demandada ha actuado conforme a derecho y el pago de la prestación no se ha dado debido a que el derecho se encuentra en discusión. También solicitó se revoque la condena en costas en atención a que el actuar de la entidad se enmarca en la buena fe y no reconoció la prestación atendiendo a la fecha de estructuración que se le determinó al señor Valencia[1]. (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams,

[1] "**Apoderado Colpensiones (record 54:28)**Gracias su señoría. En este momento de la audiencia y sin desestimar el fallo presentado dentro de la misma me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en esta instancia con el fin de que el honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral revoque la misma bajo los siguientes argumentos:

En atención a que de conformidad con la solicitud presentada por la señora María Rios de Enciso representante del señor Jhon Edgard Valencia Pineda y en atención a que dentro del presente caso obra dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por mi representada bajo el número 3602161 del 26 de abril de 2020 donde pues se dictaminó la pérdida de capacidad laboral del señor Jhon Edgard

récord 54:28, archivo audio 9 audiencia fallo, acta de audiencia archivo 16 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 parte demandante, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (expediente digital, archivo 001Demanda.pdf páginas 5 y 6), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 3 a 5 ibidem, aspirando se declare que el señor Jhon Edgard Valencia es inválido desde el 1 de enero de 1979, como inicialmente lo dijo el Seguro Social en dictamen SC ML 862 del día 9 de octubre de 2001 y se le otorgó el 52.75% de pérdida de capacidad laboral; se declare que el dictamen DML 3602161 no tuvo en cuenta que el citado señor nació con una limitación mental que dio origen al porcentaje de pérdida de capacidad laboral. Como consecuencia se condene a COLPENSINES a conceder al señor Jhon Edgar Valencia la sustitución pensional con motivo del fallecimiento de su progenitora Delia Celmira Pineda (q.e.p.d.); a pagar el retroactivo pensional desde el 10 de enero de 2018, fecha de

---

en un 55% y estructurada a partir del 19 de septiembre de 2019 le solicito al honorable tribunal superior de Bogotá pues tener en cuenta dicho dictamen y dicha fecha de estructuración dentro del presente proceso atendiendo a que pues dicha fecha deberá tenerse en cuenta pues para efectos de determinar si el señor Jhon Edgard es o no beneficiario de la sustitución pensional que dejare causada su señora madre la señora Delia Celmira y que pues de conformidad pues con los argumentos dados dentro de las sentencias de la Corte Constitucional en algunas de las sentencias ya expuestas en los alegatos, en este momento me referiré a la sentencia 158 del 2014 se estableció que dicha fecha hace parte de la fecha real y efectiva en el momento que fue posible continuar activo dentro del mercado laboral y dado pues el dictamen emitido por mi entidad por mi representada en donde pues se determinó que era la fecha en la cual pues el señor Jhon Edgar pues estuvo activo en el mercado laboral pues se tendrá que tener en cuenta a efectos del reconocimiento de la sustitución pensional y en ese caso pues no tendría derecho atendiendo a que la señora Delia falleció el día 10 de enero de 2018, fecha anterior a dicha fecha de estructuración. De igual manera e quisiera reiterarle al honorable tribunal superior de Bogotá negar la condena en cuanto a los intereses moratorios atendiendo pues a que mi representada ha actuado apegada a las disposiciones pues normativas y en este caso pues no ha sido la excepción y también tener en cuenta pues que el artículo 141 el cual pues define los intereses de mora y los cuales pues se reconocerán y pagarán al pensionado pues en el retardo injustificado en el pago de las mesadas pues deberá tenerse en cuenta que en el presente caso no se ha dado el reconocimiento pensional dado pues que dicho reconocimiento se encuentra en discusión. De igual manera y frente a las costas del proceso también le reitero al honorable tribunal absolver a mi representada bajo ese concepto en atención a que pues dentro del presente proceso ha actuado de buena fe y en el mismo pues se ha actuado de conformidad pues con las pruebas que ella misma pues ha generado en este caso pues es el dictamen de pérdida de capacidad del señor don Edgar en donde pues no podría ella reconocer la prestación atendiendo que la fecha de estructuración se dio con posterioridad al fallecimiento de la causante. Así las cosas dejo sustentado el recurso su señoría muchas gracias"

fallecimiento de la causante, a pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones refirió el señor Jhon Edgar Valencia nació el 1° de enero de 1979; de nacimiento padece esquizofrenia paranoide, retardo mental leve e hipoxia neonatal; mediante dictamen de 9 de octubre de 2001 el Instituto de Seguros Sociales le determinó el 52.75% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración 1° de enero de 1979; su progenitora Delia Celmira Pineda, falleció el 18 de enero de 2018; mediante providencia de 29 de mayo de 2019, el Juzgado de Familia de Soacha decretó la interdicción judicial por discapacidad mental absoluta de Jhon Edgard Valencia y designó como curadora a la señora Flor María Rios de Enciso. El 16 de julio de 2019 se solicitó la sustitución pensional ante Colpensiones, entidad que ordenó un nuevo examen de pérdida de capacidad laboral; pero mediante el nuevo dictamen se le determinó el 55% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración 19 de septiembre de 2019; mediante la resolución SUB 167012 de 4 de agosto de 2020, Colpensiones negó la sustitución pensional argumentando que la fecha de estructuración de la invalidez es posterior a la fecha del fallecimiento de la causante. Esta decisión fue recurrida por la curadora del señor Pineda y confirmada por la entidad.

La parte actora obtuvo sentencia favorable a sus aspiraciones en tanto la juez a quo condenó a COLPENSIONES a pagar a favor del señor Jhon Edgard Valencia la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de su señora madre a partir del 11 de enero de 2018 incluyendo los ajustes de ley así como los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993. Para arribar a esa decisión la juez de primer grado encontró acreditado que el citado señor tiene una discapacidad mental desde su nacimiento, como en un principio lo dictaminó el Instituto de Seguros Sociales, por lo que no hay lugar a tener en cuenta la fecha de estructuración determinada por Colpensiones en el segundo dictamen.. Advirtió que no operó el fenómeno de la prescripción y frente a los intereses moratorios consideró su procedencia.

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 de la procedencia de las condenas impuestas a cargo de la demandada. 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) La señora DELIA CELMIRA PINEDA, progenitora de Jhon Edgard Pineda, falleció el 10 de enero de 2018, conforme al Registro Civil de Defunción **(expediente digital, archivo "001 Demanda.pdf página 152),**

ii) Mediante dictamen SCML 862 de 9 de octubre de 2001, el Instituto de Seguros Sociales calificó a Jhon Edgar Valencia Pineda con el 52.75% de pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración 1° de enero de 1979. **(expediente digital, archivo "001 Demanda.pdf página 152),**

iii) Mediante dictamen de 26 de abril de 2020, Colpensiones determinó al señor Valencia Pineda el 55% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración 19 de septiembre de 2019. **(expediente digital, archivo "001 Demanda.pdf),**

iv) Mediante resolución 167012 del 4 de agosto de 2020, se le negó a Jhon Valencia Pineda, la sustitución de la pensión de su señora madre, argumentando que según el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por Colpensiones, se le determinó como fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral el 19 de septiembre de 2019, fecha posterior a la de fallecimiento de la causante, decisión que fue confirmada a través de la resolución SUB 179471 de 21 de agosto de 2020 y DPE 12450 de 14 de septiembre de 2020**(expediente digital, archivo "001 Demanda.pdf página 142 a 145),**

Así pues, inicialmente ha de señalarse, por haber fallecido la causante el 10 de enero de 2018 (expediente digital, archivo "001 Demanda.pdf página 152), el asunto debe estudiarse bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003, el cual en su artículo 13 establece: *"Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante, al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993".* (subrayado por la Sala)

El citado artículo 38 de la ley 100 de 1993 establece *"se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral"*

En cuanto a los criterios para la acreditación de la dependencia económica en tratándose de la pensión de sobrevivientes, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que se verifica con la presencia de aportes ciertos, regulares y significativos, de modo que se presente una subordinación económica del hijo respecto del padre y se descarte la presencia de otros ingresos que lleven al hijo a gozar de autosuficiencia económica. Así lo señaló en la sentencia CSJ SL5605 de 2019:

> *"Lo expuesto nos lleva a los criterios que deben ser analizados para calificar la dependencia, también abordado, entre otras, en la sentencia anotada que reprodujo el criterio fijado en 2014, por esta sala en la sentencia SL14923-2014, rad. 47676, y que se recuerdan:*
>
> *a) La dependencia económica debe ser:*
>
> - *Cierta y no presunta:*
>
> *«se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres».*
>
> - *Regular y periódica*
>
> *de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacía el presunto beneficiario;*
>
> - *Significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios*
>
> *"se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia".*

Como único medio de prueba se recaudó el interrogatorio de Flor María Rios de Enciso, curadora de Jhon Edgar Valencia Pineda *(audiencia 16 de febrero de 2022 record. 03:30)*, quien relató, conoció a la causante DELIA CELMIRA PINEDA, desde hace más de 20 años cuando dictaba cursos de manualidades en Bosa. La citada señora le contaba las dificultades que pasaba con su hijo inválido, quien dependía totalmente de ella porque su padre los abandonó cuando advirtió la discapacidad

de su hijo. Luego de la muerte de doña Celmira, en el año 2018 conoció "físicamente" a Jhon Edgar Valencia y a mediados de agosto de 2018 decidió casarse con él dadas las dificultades que él estaba viviendo, pues su padre lo recibió en su casa temporalmente pero finalmente lo dejó botado en una finca y le quitó las pocas cosas que su mamá le había dejado. Narró, Jhon Edgar estaba pasando todo tipo de dificultades. Desde su matrimonio viven en Zipaquirá en una casa prefabricada de propiedad de la curadora y aunque ella es desempleada se rebusca el diario para suplir las necesidades básicas de los dos. Dio cuenta que el señor Valencia Pineda nunca ha trabajado porque su situación de salud se lo impide y no tiene hermanos ni algún familiar que lo ayude económica y moralmente.

Así las cosas, y como quiera que también se examina este asunto en consulta a favor de Colpensiones, se advierte una vez valorado el material probatorio bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) y apoyado en las reglas de la experiencia y la lógica, y sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, en ese análisis para esta Sala de decisión en realidad se desconoce el grado de dependencia del señor Jhon Edgar Valencia Pineda respecto de la causante, pues únicamente rindió su declaración la señora Flor María Ríos de Enciso, quien a pesar de afirmar que conoció a doña Delia Celmira Pineda por más de 20 años, su conocimiento de la relación de la causante con su hijo deviene de la información que aquella le suministraba, más no porque la hubiera percibido de manera directa. Nótese que ella misma manifestó que solo vino a conocer a Jhon Edgar Valencia en el año 2018, tras la muerte de su progenitora, que ocurrió el 10 de enero de 2018; es decir, a pesar de la supuesta relación de amistad y grado de confianza entre la deponente y la causante por más de 20 años, Flor María Rios no visitaba a la causante en su hogar, pues de haber ocurrido así, obviamente hubiera conocido de manera personal a Edgar Valencia Pineda con anterioridad al deceso de Delia Celmira y por otra parte llama la atención de esta Corporación, el hecho que una señora de más de 70 años, hubiera contraído matrimonio con un hombre de 40 años, que además de la amplia diferencia de edad, sea una persona con una discapacidad mental y que además, conoció 5 meses antes de contraer nupcias y no cuenta con ningún ingreso.

En este punto es menester recordar, el interrogatorio de parte, tiene como finalidad permitir que las partes presenten su versión acerca de hechos que interesan al proceso con la posibilidad especial de que si se dan los requisitos que la ley

prescribe, de su versión se estructure una confesión, más no tiene la virtualidad de demostrar por sí mismo los hechos en que se sustentan las pretensiones de la demanda, o aquellos en que se finca la defensa de la parte convocada a juicio, razones por las cuales tampoco ofrece plena convicción.

Aunado a lo anterior, llama la atención que la parte actora no hubiera aportado ningún medio de prueba idóneo que permitiera acreditar la dependencia del señor Valencia Pineda respecto de su progenitora; nótese como en audiencia de 16 de febrero de 2022, el apoderado de la parte demandante desistió del único testimonio que había solicitado y tampoco aportó alguna documental relacionada con la precitada dependencia económica.

En este orden de ideas, la prueba tendiente a demostrar la dependencia económica fue absolutamente precaria, resaltando, la parte demandante no hizo ningún esfuerzo por demostrar los hechos en que se sustentan su aspiraciones, particularmente respecto al requisitos de dependencia, aspecto que la juez a quo tampoco analizó juiciosamente, limitando sus argumentaciones en este sentido, a lo que manifestó la única deponente en el proceso, señora Flor María Ríos y concentrando sus esfuerzos en el estudio del otro requisitos que la Ley 797 de 2003 art. 13 exige, como lo es la situación de invalidez.

Sobre este punto, tiene sentado la Corte Suprema de Justicia, que la dependencia económica debe determinarse de acuerdo a las circunstancias presentadas en cada caso en particular, como así lo señaló en sentencia SL8406 del 1º de julio de 2015[2], e igualmente en proveído SL3173 del 2021 expresó:

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

Así las cosas, no es cualquier estipendio, ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores, el que tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para ostentar la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, sino aquel que tiene la connotación de ser relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia, en tanto la finalidad prevista por el legislador para obtener la referida prestación, es la de servir de amparo para quienes

"…la Corte ha indicado los presupuestos que deben darse, para que se pueda predicar la dependencia económica de los padres respecto del hijo fallecido, y en tal virtud ser beneficiarios de la prestación pensional de sobrevivencia. Así en sentencia CSJ SL 2490-2019 que reitero la SL14923-2014, se dijo:

> *En tales términos, aunque no debe ser total y absoluta, en todo caso, debe existir un grado cierto de dependencia, que la Corte ha identificado a partir de dos condiciones: i) una falta de autosuficiencia económica, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; ii) y una relación de subordinación económica, respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y ve afectado su mínimo vital en un grado significativo."*

Así las cosas, esta Sala de decisión considera conforme al debate jurídico llevado a cabo en estas diligencias, la ayuda económica de la de causante hacia su hijo no quedo demostrada, haciéndose innecesario considerar si evidentemente a la fecha del fallecimiento de la causante, el señor Jhon Edgar Valencia Pineda era realmente inválido como se desprende del dictamen SCML 862 emitido por el Instituto de Seguros Sociales el 9 de octubre de 2001, donde se determinó como fecha de estructuración el 1° de 1979 en porcentaje del 52.75%, o su pérdida de capacidad laboral fue estructurada el 19 de septiembre de 2019, en porcentaje del 55%,como lo determinó Colpensiones mediante dictamen de 26 de abril de 2020.

Por todo lo anterior, se concluye la orfandad probatoria por parte del promotor del litigio dirigida acreditar la dependencia económica, no encontrándose demostrado por tanto el supuesto de hecho sobre el cual se funda sus pretensiones, destacando en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte actora, quien quedó expuesto a lo que Carnelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*".

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, para la Sala no se acreditó el requisito de dependencia económica exigido por la normatividad aplicable y en ese orden quedando resueltos los motivos de apelación,

---

se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas". Subrayas fuera de texto.

así como del grado jurisdiccional de consulta, sígase la revocatoria de la decisión de la juez de primer grado, relevándose la Sala del estudio de lo atinente al porcentaje de pérdida de capacidad laboral, en tanto resulta innecesario ante la omisión probatoria que se ha venido predicando.

SIN COSTAS en esta instancia

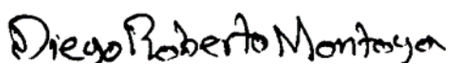
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

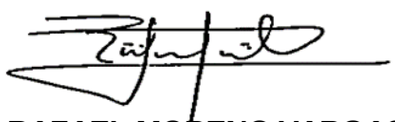
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por la Juez 29 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar **ABSOLVE**R a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas las pretensiones de la demanda, conforme lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

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 DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DONFATH ANTONIO RODRÍGUEZ OJEDA, JHONIER AGUIRRE RAMÍREZ Y LUZ YAMILE ARBOLEDA SEPÚLVEDA CONTRA OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES Y EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO, trámite al que se vinculó como llamadas en garantía a LIBERTY SEGUROS S.A. Y CONFIANZA S.A. (RAD. 34 2017 00102 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado JOHN JAIRO GONZALEZ HERRERA como apoderado de la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. - CONFIANZA, en los términos y para los efectos del poder conferido por MARTHA CECILIA CRUZ ALVAREZ en su calidad de apoderada y representante legal para asuntos judiciales de la entidad (fls. 4 y 5).

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia la demandada Fondo Nacional del Ahorro (fls. 8 a 10) y Liberty Seguros S.A. (FL. 12), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los demandantes contra la sentencia

proferida por la Juez Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de agosto de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, artículo 80 del C.P.T., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo 22, récord 2:13:10, expediente digital), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que entre la SOCIEDAD OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN como empleadora y los demandantes en calidad de trabajadores asignados para trabajar en misión en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, existió un contrato de trabajo, en los siguientes términos:*
> *a). Respecto a la LUZ YAMILE ARBOLEDA con un contrato de trabajo pactado por duración de obra o labor contratada entre el 20 de enero de 2015 y el 30 de septiembre de 2015.*
> *b). Respecto al demandante DONFATH ANTONIO RODRIGUEZ OJEDA, entre el 20 de abril de 2015 y el 30 de septiembre de 2015.*
> *c).-JHONIER AGUIRRE RAMIREZ, entre el 6 de abril de 2015 y el 30 de septiembre de 2015.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** no probada la responsabilidad solidaria entre la SOCIEDAD OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACION y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, respecto a las acreencias laborales reclamadas por los demandantes.*
>
> ***TERCERO: ABSOLVER** a las demandadas OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACION y al FONDO NACIONAL DE AHORRO, igualmente a la llamada en garantía SOCIEDAD LIBERTY SEGUROS S.A. y a la Litis consorte necesaria ASEGURADORA DE FIANZAS LA CONFIANZA S.A., de todas y cada una las pretensiones de la demanda, formuladas por los actores LUZ YAMILE ARBOLEDA SEPULVEDA, DONFATH ANTONIO RODRIGUEZ OJEDA y JHONIER AGUIRRE RAMIREZ, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.*
>
> ***CUARTO:** Sin lugar a imponer condena en costas procesales en esta instancia.*
>
> ***QUINTO**: De no ser apelada la presente decisión, envíese ante el superior en grado jurisdiccional de consulta."*

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de los demandantes la apeló, solicitando se declare que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO es el verdadero empleador y que OPTIMIZAR fue un intermediario de la relación laboral y en consecuencia se le imponga al fondo, la condena por concepto de indemnización moratoria. En este sentido refirió, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 43 de 21 de octubre de 2020 recordó la primacía de la realidad sobre las formalidades y que bajo tal concepto, la contratación de trabajadores en misión

se puede analizar desde el tiempo de duración de la prestación del servicio (6 meses prorrogados hasta por otros seis meses) o que las funciones desempeñadas por el trabajador tengan vocación de permanencia; sin embargo en el presente caso la juez a quo no tuvo en cuenta el segundo aspecto relativo a la necesidad del servicio, pues si no se trata de un servicio excepcional y temporal, no se puede acudir a un servicio temporal aunque sea por un tiempo inferior a seis meses prorrogable por otro seis meses.

Consideró, no es excusa el que el Fondo Nacional del Ahorro por incremento en la producción y carencia de personal estuviera obligado a contratar personal en misión, porque para ello puede solicitar al Gobierno Nacional la ampliación de su planta de personal, en este sentido se remitió a la sentencia SL 4330 de 21 de octubre de 2020.

Refirió, las funciones que desarrollaron los demandantes están estrictamente relacionadas con el objeto social del Fondo Nacional del Ahorro y son necesarias para su funcionamiento, como lo afirmó el representante legal de dicha entidad en respuesta a la pregunta No. 12 del interrogatorio que absolvió y a partir de ello se colige que el FNA en realidad tenía la calidad de empleador y en el caso de los actores se presentó una simulación contractual.

Agregó, si cumplido el plazo de 6 meses prorrogado por otros 6 meses persiste en la empresa usuaria la causa originaria del servicio, no le es posible prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o diferente empresa de servicios temporales. Hizo referencia a la prueba testimonial recaudada, de la que a su juicio se puede constatar que para el caso de los demandantes JHONIER AGUIERRE y LUZ YAMILE ARBOLEDA se sobrepasó el año de servicios y en consecuencia el FNA fue su verdadero empleador y a éste le corresponde el pago de la indemnización moratoria.

Finalmente consideró que bien se trate del Fondo Nacional del Ahorro o de Optimizar, debió impartirse condena por concepto de indemnización moratoria porque la crisis del empleador no es excusa y los trabajadores no tienen por qué asumir las pérdidas del empleador; no obstante la a quo absolvió a Optimizar con motivo de una supuesta crisis económica; estimó el que se encuentren agotadas las

pólizas de seguros ello no la exime de las obligaciones laborales que tiene a cargo, más cuando no existe ninguna circunstancia indicativa de buena fe o de una razón atendible a favor de las demandadas que pueda eximirlas de la indemnización moratoria[1].

[1] **Apoderado demandante (2:15:12):** Muchas gracias señora juez yo en calidad de apoderado de los demandantes, voy a interponer recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de dictar, y paso a sustentar el recurso de apelación si la señora juez me lo permite de la siguiente manera:

En primer lugar, lo que se busca con el recurso de apelación es que se declare que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO es el verdadero empleador y que OPTIMIZAR fue un simple empleador aparente o un intermediario de la relación laboral, tal y como se pidió en las pretensiones subsidiarias que fue aceptado este plenario por la señora juez, y en consecuencia la condena por concepto de indemnización moratoria que fue que se determinó como objeto de debate como prestación económica, sea cargada directamente al FONDO NACIONAL DEL AHORRO como empleador, previo la sustentación de mi recurso de apelación, me permito precisar que no estamos discutiendo ni los extremos temporales de la relación laboral, ni el salario devengado por los demandante, ni el cargo, ni las funciones que estos desempeñaron como trabajadores en misión del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, bajo esta óptica reiteró como parte de los argumentos que ya había expresado en mis alegaciones, en el sentido de que dentro de este proceso lo que se esta debatiendo es la calidad de empleador del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, para ello basta con remitirse en lo establecido en el Decreto 4369 del años 2006, en su artículo 5 e igualmente a lo dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 43 del 21 de octubre del año 2020, caso análogo al que es materia de debate, en dicha sentencia la Sala de Casación Laboral dijo en síntesis dos cosas, que prima la realidad frente a las formas y desde ese punto de vista en tema de contratación de trabajadores en misión dicha realidad se puede visualizar bajo dos aristas, la primera que se de el tiempo de duración de la prestación del servicio de los 6 meses más la prórroga, ósea un año; o dos que las funciones desempeñadas por los demandantes tengan de vocación de permanencia debido a la necesidad del servicio por parte del empleador, en la sentencia que acabo de dictar la señora juez, se analizó el tema de la duración que en efecto los demandantes no superaron dicho año de acuerdo con los extremos temporales que estamos verificando, no obstante, se dejó por fuera el otro análisis que era la necesidad del servicio contratado por parte del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, con todo respeto me 'permito reiterar lo que dijo la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en dicho fallo y abro comillas para ello:

"No sobra agregar que el juzgador válidamente podría catalogar el servicio como permanente por las dos vías en que lo hizo, primero cuando el servicio en si mismo no es excepcional y temporal, sino que lo requiere la empresa de manera continua, en este caso simplemente no pueda acudirse al servicio temporal así sea por un lapso inferior a los 6 meses, reitero, así sea inferior a los 6 meses prorrogables por otros 6, de allí que no sea plausible contratarlo de manera defraudatoria mediante contrato de personal de misión inferiores a 12 meses o con distintas empresas de servicios temporales, se repite la necesidad empresarial en si misma no es transitoria.

Segundo cuando a pesar de que obedece a una circunstancia extraordinaria como incremento en los servicios, satisfacerlo supera un tiempo de 1 año, cuyo caso para el legislador la necesidad equivale a su permanencia, es decir, después del periodo máximo previsto en la ley se considera que la necesidad empresarial debido a su vinculación deja de ser ocasional y pasa a considerarse permanente. Esta sentencia es bastante clara en cuanto a las dos aristas que se deben tener en

cuenta para analizar el tema de la primacía de la realidad tratándose de la vinculación de trabajadores en misión.

Adicionalmente, tampoco es excusa el hecho, el hecho de que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO por incremento de la producción y una carencia del personal estaba obligado o se vio contratar personal en misión, porque razón no es ninguna excusa la carencia del personal en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y de acuerdo con la resolución que emite el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, sobre su plata de personal, que a decir verdad es bastante corta, porque para ello tiene las facultades de contratar el personal que requiera solicitándole al Gobierno Nacional ampliación de su plata de personal como debe de ser en toda empresa industrial y comercial del Estado, como lo es el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, para ello me remito a las expresas palabras que dijo la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en la ya citada sentencia SL 4330 del 21 de octubre del año 2020, abro comillas nuevamente:

"tal inferencia no se desvirtúa por el hecho de que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO estuviera en imposibilidad de ampliar su planta de personal, pues al tratarse de una empresa industrial y comercial del Estado cuyos servidores, por regla general son trabajadores oficiales, tiene la posibilidad de proponer al Gobierno Nacional las modificaciones a la estructura orgánica que considere pertinentes, de conformidad con el artículo 90 de la Ley 489 de 1998." Entonces debido a que tampoco existía ninguna justificación para que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO no pudiera contratar trabajadores en misión, era obvio que debió contratar al personal que requería a través de la modalidad que le permite la ley como empresa industrial y comercial del Estado como lo es.

Ahora bien, me voy concretamente a las funciones, labores, actividades que desarrollaban mis representados, dicha función de labores, actividades se encuentran expresamente detalladas en el informe juramentado que ya reenvié en su momento el representante legal del FONDO NACIONAL DEL AHORRO y desde luego tales funciones están estrictamente relacionadas con el objeto social del FONDO NACIONAL DEL AHORRO y por consiguiente son necesarias para su debido funcionamiento, en efecto si leemos la pregunta numero 12, que se le hizo en dicho interrogatorio a la representante legal de la entidad, fue así abro comillas "pregunta 12, manifieste si las actividades desarrolladas por los demandantes en su calidad de trabajadores en misión era necesarias para el normal funcionamiento del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, respuesta: Todas las actividades que realiza el personal vinculado al FONDO NACIONAL DEL AHORRO a través de cualquier modalidad y en cualquier nivel de la organización son necesarias para su funcionamiento, de lo contrario no abría fundamento para su vinculación". Entonces si el mismo FONDO NACIONAL DEL AHORRO está manifestando a través de un documento que es un informa juramentado que todos trabajadores en misión incluidos los aquí demandantes prestan una función, labores, activ9idades que son necesarias para el funcionamiento de la entidad, ya por ley se esta manifestando que cuando existe la necesidad de contratar trabajadores en misión, perdón, cuando existe la necesidad de contratar trabajadores se debe hacer de manera directa ampliando la planta de personal, es obvio que en este caso quedó plenamente demostrado que la calidad de empleador la tenía el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y que aquí lo que hubo fue una simple simulación contractual, valga resaltar un detalle que dentro del plenario también se inicia analizando la norma el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo a pesar de que estamos desde el comienzo pues hablando de una relación laboral que se ciño a las estrictas disposiciones de la contratación de trabajo, trabajadores en misión regulada en el artículo 77 de la ley 50 de 1990, en el decreto 1070 del año 2015 y en el decreto 4669 del año 2006, por consiguiente, había que aplicar la máxima del derecho según la cual Da mihi factum, dabo tibi ius, dame los hechos que yo te daré el derecho, el derecho correspondería en este caso realizar todo el contexto normativo de la vinculación y no a un tema que era en realidad intrascendente que era la intermediación laboral como una figura jurídica completamente diferente, en todo caso bajo cualquier circunstancia se ha de reiterar que dentro

del plenario quedo demostrado que los aquí demandantes efectivamente estuvieron prestando sus servicios para el FONDO NACIONAL DEL AHORRO en actividades que para dicha entidad eran esencial, para el desarrollo de sus negocios.

Valga a agregar un punto adicional sobre este asunto y es que el decreto 4369 del año 2005, del año 2006 en su artículo 5 parágrafo señala lo siguiente si cumplido el plazo de 6 meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio. A que es a lo que voy al hecho de que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO incumplió con esta preceptiva y con esta afirmación lo único que pretendo es dejar en claro el incumplimiento y la desatención de esta norma, no pretendo ni variar los hechos, ni varias los extremos temporales, ni variar las partes como mal lo ha entendido la parte demanda, que es lo que pretendo demostrar a la juez sencillamente el porque se debe declarar la calidad de empleador del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, porque también incumplió con esta preceptiva, incumplió porque los testigos que fueron convocados a este asunto manifestaron por ejemplo en el caso de la señora LUZ YAMILE la testigo GLORIA ESCOBAR dijo expresamente, esta trabajadora continuo prestando sus servicio, o trabajo perdón desde enero de 2015 y sigue vinculada hasta la fecha, eso que significa que hubo una desatención de esta norma, eso que implica que debe declararse la calidad de empleador del FONDO NACIONAL DEL AHORRO y condenarlo a la indemnización moratoria bajo los extremos temporales que se determinaron en la fijación del litigio.

Segundo para el caso del señor JHONIER AGUIRRE también declaro el testigo ANDRES RAMIREZ y manifestó que este demandante estuvo prestando sus servicios desde abril del año 2015 hasta junio del año 2019 a través de diferentes empresas de servicios temporales, aclarando que la primera empleadora fue OPTIMIZAR. Y en el caso del señor DOFATH igualmente el testigo AUDI RUIZ manifestó que este demandante estuvo prestando sus servicios desde abril del año 2015 y hasta septiembre 30 del 2015. Entonces para el caso en concreto del JHONIER AGUIRRE y de la señora LUZ YAMILE los testigos si informaron que hubo un exceso más allá del año que establece la ley y esto implica reitero implica únicamente que hubo una desatención de la normatividad que regula el trabajo en misión, y como consecuencia de ello se debe declarar FONDO NACIONAL DEL AHORRO empleador, por los extremos temporales que aquí se están debatiendo y se le debe condenar a la respectiva indemnización moratoria.

Y7a para terminar quiero también apelar el hecho de que no se hubieran contemplado al pago de la indemnización moratoria bien se trate de OPTIMIZAR o bien se trate del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, porque como ya lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia incansable e invariablemente la crisis del empleador no es excusa y los trabajadores no tienen por qué asumir las pérdidas del empleador, en este caso se demostró que OPTIMIZAR entro en una crisis económica que luego lo conllevo de que la Superintendencia hiciera una toma de posesiones y la (inaudible) de la administración de sus bienes, entonces yo reitero lo siguiente, si la crisis económica no es excusa que justifique el in pago de las prestaciones sociales, pues la consecuencia de esa crisis económica que es la toma de posesiones por parte de la Superintendencia Financiera pues tampoco puede ser excusa, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, no obstante, aquí se absolvió de la indemnización moratoria bajo una supuesta crisis económica de OPTIMIZAR, bajo el hecho de que las pólizas se encontraban agotadas para efectos de pago de las prestaciones sociales, el hecho de que las pólizas ya no tengan fondos no tiene absolutamente nada que ver con el hecho de que el empleador tenía una obligación laboral a cargo, eso es un tema administrativo que no tiene porque tener injerencia dentro de un debate judicial, es un tema administrativo que incluso, incluso puede abrirse a futuro, pero dentro del debate judicial el tema debe de ceñirse en las estipulaciones que establece en este caso el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto a la indemnización

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de los demandantes DONFATH ANTONIO RODRÍGUEZ OJEDA, JHONIER AGUIRRE RAMÍREZ Y LUZ YAMILE ARBOLEDA SEPÚLVEDA las pretensiones visibles a folios 50 a 73 archivo 01 expediente digital, las cuales se fundan en los hechos relatados a folios 74 a 89, aspirando de manera principal se declare que entre estos y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. existió una relación laboral, con el primero entre el 20 de abril y el 30 de septiembre de 2015, con el segundo entre el 6 de abril y el 30 de septiembre de 2015 y con la última entre el 20 de enero y el 30 de septiembre de 2015. Se declare que el Fondo Nacional del Ahorro es solidariamente responsable del pago de las obligaciones laborales derivadas del contrato de trabajo que existió entre OPTIMIZAR S.A. y cada uno de los demandados.

En consecuencia se condene a esa sociedad, y solidariamente al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, a pagarle las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones que se le adeudan, junto con la indemnización

---

moratoria se refiere y aunarse a las decisiones que ya ha decantando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entonces desde este punto de vista la absolución de que fue objeto OPTIMIZAR y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO respecto de la moratoria no tiene ninguna, ningún argumento sólido, porque si bien la empresa OPTIMIZAR entró en una crisis económica y no existe digamos un soporte económico en las pólizas que se encuentran agotadas, en todo caso tal circunstancia no es indicativa de buena fe y tampoco es indicativa de una razón atendible que sea considerada a favor de OPTIMIZAR o bien del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, dese este punto de vista también estoy apelando para que la indemnización moratoria sea revocada, perdón, para que la absolución de la indemnización moratoria sea revocada y se condene al FONDO NACIONAL DEL AHORRO al pago de la indemnización moratoria 0que se registro dentro de este asunto, desde la fecha de terminación del contrato de cada uno de los demandantes según los extremos que ya quedaron establecidos dentro del plenario hasta la fecha que se efectuó el pago efectivo 13 de octubre de 2017.

Desde este punto de vista señora juez dejo sustentado mi recurso de apelación sin perjuicio de que pueda ampliarlo en segunda instancia, igualmente agradecerle la administración, celeridad, y el empeño que le ha puesto a este proceso, sobre todo la habilidad suya de hacer los ajuste respectivos sobre la pretensión subsidiaria que se solicitó. Muy amable señora juez, muchas gracias.

moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., la indexación y las costas. En subsidio, pidieron se declare que su verdadero empleador fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES una simple intermediaria, al utilizarse la naturaleza de esta última para mimetizar la verdadera y real existencia de su empleador. En ese orden, se condene al FNA y solidariamente a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. a pagar a su favor las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones causadas en vigencia de su contrato de trabajo, dejadas de cancelar en la liquidación, junto con la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. y la indexación.

Obtuvieron sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones pues aunque se declaró la existencia de contratos de trabajo entre cada uno de los demandantes y la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN, se absolvió a las demandadas de todas las pretensiones de condena. Lo anterior tras convalidar a partir del material probatorio, la existencia de una relación laboral entre cada uno de los demandantes y la demanda Optimizar Servicios Temporales; consideró que se acreditó en el plenario el pago de las acreencias laborales a cada uno de los demandantes el 13 de octubre de 2017. Con relación a la indemnización moratoria sostuvo que el no pago oportuno de las prestaciones a los demandantes, atiende a situaciones de fuerza mayor por parte de Optimizar, como haber entrado en proceso de liquidación obligatoria. Estimó que si aún en gracia de discusión de impusiera condena por este concepto, resultaría imposible su pago por parte de la empleadora, dado que a la fecha se han agotado los recursos para el pago de acreencias laborales, como lo certificó al proceso Seguros Confianza.

Con el fin de resolver la alzada, en primer lugar se advierte que en la demanda se presentaron unas pretensiones principales y otras con el carácter de subsidiarias.

Como consta en el escrito de demanda (archivo 01.1 expediente digital páginas 47 a 73) Las pretensiones principales se enfilan a que se declare la existencia de una relación laboral entre cada uno de los demandantes y Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación, se declare que dicha empresa no cumplió con el pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones; se le

condene al pago de dichos conceptos, la indemnización moratoria del articulo 65 C.S.T., la indexación y las costas del proceso.

A su turno se solicitó en forma subsidiaria a favor de todos los demandantes:

> **Ante la eventualidad de no accederse a las pretensiones *principales, solicito se acceda a las siguientes pretensiones subsidiarias:***
>
> *1.2.1. Que se declare que el verdadero empleador del demandante lo fue el Fondo Nacional del Ahorro teniendo en cuenta que Optimizar Servicios Temporales S.A. fungió como simple intermediario al utilizar su naturaleza para mimetizar la verdadera y real existencia de su empleador que no fue otro, que el Fondo Nacional del Ahorro…*

De lo anterior, se advierte que desde la presentación de la demanda se planteó como anhelo principal, la declaratoria de un contrato de trabajo con la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A., sin que dicho acápite de pretensiones hubiera sido objeto de reforma, luego únicamente en caso de ser desestimadas las pretensiones principales, se procedería al estudio de las solicitudes subsidiarias, tendientes a La declaratoria de un contrato realidad con el Fondo Nacional del Ahorro.

Recuérdese, cuando se acude a la figura procesal de la acumulación de pretensiones, en “principales y subsidiarias”, es claro que el operador judicial necesariamente procede a su estudio en dicho orden; es decir, hace el análisis de las pretensiones fijadas como principales y solo de no ser acogidas, acude al análisis de las solicitudes subsidiarias.

En ese orden, como quiera que la juez a quo declaró la existencia de un contrato de trabajo de cada uno de los demandante con Optimizar servicios Temporales S.A., es decir, acogió las pretensiones principales de la demanda, no acometió el estudio de las pretensiones subsidiarias, ni adoptó ninguna decisión frente a ellas y en consecuencia, esta Sala de Decisión carece de competencia funcional para pronunciarse sobre ellas.

A tono con lo anterior, es pertinente recordar, que el trámite de este proceso y la sentencia de primera instancia se desarrollaron conforme lo solicitado en la demanda, fue con base en la forma como se planteó la misma, que las demandadas y llamados en garantía presentaron los argumentos de su defensa, se agotó el debate probatorio y se culminó con la sentencia de primer grado que como ya se advirtió, se limitó al estudio de las pretensiones principales de libelo, lo que lleva a este Tribunal a relevarse del estudio de las petitorias subsidiarias; pues de hacerlo así podrían vulnerarse a las convocadas derechos fundamentales como el debido proceso y derecho de defensa y contradicción, Razones suficientes para desestimar el recurso de Alzada, en cuanto atañe al estudio de las pretensiones subsidiaria, criterio ya plasmado por esta Sala en providencia de 5 de marzo de 2019, dentro del proceso 021 2016 00350 01.

Ahora, en relación con la indemnización moratoria cuyo reconocimiento reclama el censor y que la juez de primer grado analizó respecto a la demandada OPTIMIZAR S.A. negándose a imponer condena por este concepto, el censor recabó en la evidente mala fe de parte de la empleadora OPTIMIZAR S.A. por el impago de prestaciones sociales a favor de los aquí demandantes. Resaltó que la crisis económica del empleador no es excusa para ello y los trabajadores no tienen por qué correr con las consecuencias de ello.

Sentado está por la jurisprudencia, que la indemnización moratoria no procede de manera automática, sino que ha de analizarse la buena o mala fe con la que actuó el empleador[2], examinando la situación específica del mismo en cada caso; de tal

[2] *"...Esta Sala de la Corte, desentrañando el sentido de la norma transcrita y buscando evitar injusticias en su aplicación automática, ha dicho en multitud de ocasiones: "El entendimiento del artículo 65 del C. S. del T. conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria es una aberración; contraría las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso" (Sent. del 9 de abril de l.959, G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de l.963 y el 20 de julio de 1.968).*

Con respecto a la prueba de los elementos subjetivos aludidos, también como desarrollo jurisprudencial de esta Corporación, se ha dicho que el empleador sólo se libera de la indemnización a que alude la disposición en cita, demostrando que su actitud reticente obedeció a motivos

manera, en el sub judice, la empresa demandada OPTIMIZAR S.A. –empleadora- debió pagar las acreencias laborales de cada uno de los demandantes el 30 de septiembre de 2015, fecha en la cual se terminó el contrato de trabajo de cada demandante con OPTIMIZAR S.A.

Ahora, a partir de la fecha de presentación de la solicitud de admisión a proceso de reorganización se encuentra prohibido ejercer algunos actos a los administradores, sin la previa autorización del Superintendente de Sociedades, como en este caso sería el pago, transacción o conciliación de la obligación a su cargo por cuenta del crédito laboral del demandante, tal como así lo prevé el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, el cual reza:

> *"ARTÍCULO 17. EFECTOS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD DE ADMISIÓN AL PROCESO DE REORGANIZACIÓN CON RESPECTO AL DEUDOR. A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso".*

Al tenor de lo anterior, resulta claro para la Sala, una vez presentada la solicitud de admisión a proceso de reorganización de la sociedad OPTIMIZAR S.A., y habiendo sido admitida la compañía, a esta no le era posible realizar pagos sin la autorización del Superintendente de Sociedades, situación que la ubica en el campo de la buena fe en el impago de las acreencias correspondientes a los demandantes, a partir de dicha calenda –admisión del proceso de reorganización-, que en el caso ocurrió el 15 de febrero de 2016 *(expediente virtual carpeta 01.5- fl. 226 archivo 21. Aviso reorganización.pdf)*

---

valederos que evidencian sin lugar a dudas su buena fe." (Sentencia de junio 13/91 Extractos de Jurisprudencia Tomo 6, 2o. trimestre 1.991).

Así entonces, a juicio de la Sala, si bien las circunstancias de insolvencia del empleador y sus consecuencias, no pueden ser trasladadas al trabajador, si puede apreciarse en el asunto que se estudia, la empresa demandada OPTIMIZAR S.A. actuó en ejercicio de las órdenes impartidas por la Superintendencia de Sociedades, en cuanto se determinó la imposibilidad de hacer pagos relacionados con sus obligaciones, entre otras medidas, que pueden apreciarse en el aviso de reorganización *(expediente virtual carpeta 01.5- fl. 226 archivo 21. Aviso reorganización.pdf)* por lo que la mala fe de OPTIMIZAR S.A. por su omisión en el pago se desvirtúa a partir de su admisión en el proceso de reorganización, que en el caso de autos, se insiste, ocurrió el 15 de febrero de 2016. En similar sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia del 5 de octubre de 2005, radicado 25456[3].

---

[3] *"(...) Cuando la colegiatura resuelve la segunda instancia, plasmó como argumentos para confirmar la indemnización moratoria, que por el incumplimiento del deber de cancelar en forma oportuna las prestaciones sociales se presumía la mala fe, lo que ocurría por no haberse demostrado la razón de su incumplimiento, habiéndose aceptado en la primera audiencia de trámite que no se había cancelado las prestaciones sociales, con el argumento de que ello se debió a que se trataba de procesos que conllevaban a una liquidación, que conforme a la ley facultaban al liquidador para convocar a las personas que se creyeran con derecho a realizar algún reclamo.*

Agregó el Tribunal, que es cierto que la jurisprudencia ha tenido en cuenta que el trabajador participa de las ganancias y no de las pérdidas y que el proceso de liquidación de la empresa no la exoneraba del pago oportuno de los derechos sociales al momento de finiquitar el contrato.

El censor argumentó, que la sociedad demandada "se encuentra en proceso de liquidación forzada por decisión autónoma de la Superintendencia Nacional de Salud, "y que la causa o motivo de la terminación de los contratos de trabajo no se le podían imputar", para lo cual se apoyó en la jurisprudencia donde la Corte consideró que la situación de iliquidez y de insolvencia de una sociedad, cuya liquidación obligatoria era decretada por la autoridad competente, se convertía en un factor que evitaba la imposición de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C. S. del T., dado que las consecuencias de dicha liquidación impedían la viabilidad de la empresa como unidad de explotación económica y generadora de fuente de empleo.

Pero es de advertir, que la regla sentada por la Corte no puede considerarse como absoluta hasta el punto de que siempre que una empresa se encuentre en estado de liquidación obligatoria, ese hecho automáticamente la exonere de la referida sanción, pues aún encontrándose en ese estado, es posible que incurra en actos que demuestren mala fe en el no pago de salarios y prestaciones adeudados a la terminación del contrato de trabajo.

Tampoco puede admitirse como premisa general que las situaciones de iliquidez o de insolvencia y la intervención económica estatal sean circunstancias que impongan necesariamente la sanción regulada por el citado artículo 65 del Estatuto Sustantivo Laboral, como así lo dejó definido la Corporación, verbigracia en la

sentencia del 10 de octubre de 2003, radicación 20764, en la que además recordó que los <los jueces deben valorar previamente, sin esquemas preestablecidos, la conducta del empleador renuente al pago de los salarios y prestaciones adeudados a un trabajador al momento de la terminación del contrato para efectos de determinar si dicha renuencia es o no de buena fe>.

No obstante lo acotado, en el asunto de marras, debe decirse que el Tribunal edificó la condena por la indemnización cuestionada por el recurrente en una incorrecta interpretación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque, a pesar de admitir que la demandada está en proceso de liquidación, tal como lo había expuesto la defensa, citando para el efecto y como apoyo jurídico el Decreto 663 de 1993 y la Ley 510 de 1999, no la consideró de buena fe, no sólo porque el trabajador no participaba de los riesgos o pérdidas sino de las ganancias como lo dice el Art. 28 del C.S.del T., sino porque estimó que no estaba exonerada de hacer la liquidación de las prestaciones <e incluir al trabajador dentro de los créditos de la entidad, haciéndolo parte dentro del respectivo proceso>.

Como bien puede observarse, el ad quem reconoció que la accionada estaba en proceso de liquidación por intervención de la Superintendencia Nacional en Salud conforme al Decreto 663 de 1993 y Ley 510 de 1999, y sin más investigación le fulminó condena por indemnización moratoria, no percatándose que en las Sociedades donde el Estado entra a mediar a través del Ministerio de Salud – Superintendencia Nacional de Salud -,conforme al Inciso 3º del Art. 116 de la Carta Política y artículo 116 del Decreto 663 de 1993, en armonía con los cánones 23, 24 y 25 de la Ley 510 de 1999 y 28 a 32 del Decreto1922 de 1994, tiene la facultad de ordenar la toma de posesión para liquidar la sociedad, cuando se de alguna de las causales contempladas en la ley, como ocurrió en el asunto en estudio según se colige de la resolución 1052 de Junio 1º de 2001, en la que entre otras disposiciones ordenó la suspensión de pagos de las obligaciones causadas hasta el momento de la toma de posesión y la separación de los Administradores y Directores de sus cargos, entrándose a nombrar el respectivo liquidador, que si bien es cierto continua representando a la entidad, debe ceñirse a las funciones y responsabilidad que le señala la ley.

Lo acotado indica, que a partir del ordenamiento de la toma de posesión para liquidar la empresa, decretada por resolución 1052 de Junio 1º de 2001, el liquidador no podía hacer ningún pago de obligaciones, porque se había suspendido; de allí que la defensa de la accionada, se hubiera fundado en que no se le podía imputar mala fe en la no cancelación de los salarios y prestaciones sociales debidos, pues todo obedecía a los trámites propios del proceso de liquidación social, elemento suficiente como constitutivo de buena fe; entendiéndose por ella la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente al trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos, de fácil comprensión por el Juzgador, valiéndose de todos los elementos de juicio que estén a su disposición.

Sobre el tema debatido dijo esta S ala, en sentencia del 31 de mayo de 2001, radicación 15571, lo siguiente:

<Sin duda el Tribunal Superior no apreció adecuadamente los elementos de juicio a que se refiere el ataque, pues si bien descartó la buena fe de la demandada al no cancelar los salarios y prestaciones sociales debidos a la finalización del contrato de trabajo, con fundamento en que sus dificultades económicas no la excusaban de cumplir con las obligaciones laborales, no se detuvo a analizar las consecuencias de toda índole derivadas del hecho de que la sociedad Quintex se hallara en liquidación obligatoria.

"En efecto, tal situación comporta el reconocimiento estatal, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, de una extrema insolvencia que impide la viabilidad de la empresa hasta el punto de concluirse que solo procede la realización de los bienes sociales, para obtener en forma ordenada y con arreglo a la ley

Así las cosas, en el presente asunto no es objeto de discusión que entre cada uno de los demandantes y la enjuiciada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., se celebró un contrato de trabajo por obra o labor, en virtud de los cuales prestaron sus servicios como trabajadores en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, así:

a) LUZ YAMILE ARBOLEDA SEPULVEDA entre el 20 de enero de 2015 y el 30 de septiembre de 2015 en el cargo de COMERCIAL IV, último salario de $1’300.000,oo b) DONFATH ANTONIO RODRÍGUEZ OJEDA entre el 20 de abril de 2015 y el 30 de septiembre de 2015 en el cargo de COMERCIAL III, último salario de $1’750.000,oo y c) JHONIER AGUIRRE RAMÍREZ entre el 6 de abril de 2015 y el 30 de septiembre de 2015 también en el cargo de COMERCIAL III, último salario de $1’750.000,oo, a través de los cuales prestaron sus servicios como trabajadores en

---

el pago de las obligaciones pendientes. Para el caso, ello se desprende en forma manifiesta del documento visible a folios 221 a 226 del expediente, en cuanto contiene el auto 4350 de 3 de septiembre de 1996, mediante el cual la mencionada Superintendencia dispuso, entre otras cosas, abrir el trámite de liquidación obligatoria de Quintex, embargar y secuestrar todos sus bienes, haberes y derechos y designar un liquidador.

“De otra parte, con arreglo al documento de folios 137 a 144, el liquidador y representante de la sociedad se dirigió al Ministerio del Trabajo aduciendo en suma que la liquidación obligatoria configura una fuerza mayor que suspende los contratos de trabajo y entre otras razones expuso:

“<Se observa entonces que la decisión no es por responder a una manifestación de voluntad de los administradores, ni de los acreedores, accionistas o trabajadores de la empresa, sino un acto de autoridad competente, pues impone la voluntad legal ocurrida la causal para la decisión, sin que ninguna de las anteriores personas (...) tenga la posibilidad de resistirlo.

“<“La liquidación de la empresa trae implícita la disolución de la persona jurídica, para todos los efectos legales, situación de fuerza mayor que impide el cumplimiento del objeto para el cual fueron contratados los trabajadores...>.

“Desde otro enfoque, es patente que el entendimiento de suspensión del contrato de trabajo ante la liquidación obligatoria, fue responsabilidad del liquidador, así como el no pago de las deudas laborales exigibles a la terminación del nexo. Ello se reconoce en la propia carta de renuncia (ver, folios 3 y 4), pero igualmente es dable desprenderlo del hecho de la liquidación. Y si bien éste funcionario actúa como representante legal, también emerge que su misión fundamental está en lograr una liquidación patrimonial rápida, progresiva y con arreglo a la ley.

“Pues bien de éstos elementos de juicio se impone concluir que la actitud del liquidador frente al demandante, obedece exclusivamente al ánimo de ejecutar cabalmente sus atribuciones y no al interés de perjudicarlo, por lo que resulta ostensible la buena fe de la sociedad en liquidación>".

misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, aspectos que además de no haber sido objetados por la parte recurrente, se verifican de la documental que milita a folios 237, 238, 240, 246 a 248, 250 a 253 y 254 a 257 *(expediente digital archivo "01.1 11001310500503420170010200.pdf").*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala revocará la absolución impartida por la juez a quo, para en su lugar condenar a la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.S. al pago de la indemnización moratoria, asi:

DEMANDANTE	SALARIO	FECHA FIN CTO.	ECHA REORGANIZACIO	DIAS MORA	VR. MORATORIA
LUZ YAMILE ARBOLEDA SEPULVEDA	$ 1'300.000	30 SEPT. 2015	15 FEB. 2016	45	$ 1'950,000
DONFATH ANTONIO RODRIGUEZ OJEDA	$ 1'750,000	30 SEPT. 2015	15 FEB. 2016	45	$ 2'625,000
JHONIER AGUIRRE RAMIREZ	$ 1'750,000	30 SEPT. 2015	15 FEB. 2016	45	$2'625,000

En los términos anteriores, agotada como se encuentra la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación, conforme a las motivaciones precedentes, se revocará parciamente el numeral tercero de la sentencia apelada para condenar a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. al pago de la indemnización moratoria a favor de cada uno de los trabajadores demandantes en los términos y cuantías ya señalados.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primer grado estarán a cargo de la demandada OPTIMIZAR S.A.

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

RESUELVE

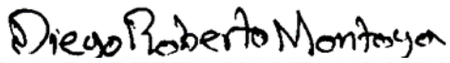
PRIMERO: REVOCAR el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá para en su lugar condenar a la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. a reconocer y pagar a favor de los demandados las siguientes sumas a título de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 C.S.T.

A favor de Luz Yamile Arboleda Sepúlveda $1’950.000,oo
A favor de Jhonier Aguirre Ramírez $2’625.000,oo
A favor de Donfath Antonio Rodríguez Ojeda $2’625.000,oo

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por la Juez 34 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la demandada OPTIMIZAR S.A.

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
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JHON HAROLD NERCY VERA CONTRA ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. Y JIWIKA LTDA, TRÁMITE AL QUE SE VINCULÓ COMO LLAMADA EN GARANTÍA A LA COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA S.A. (RAD. 35 2018 00612 02)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Mediante proveído calendado 9 de diciembre de 2021 (folios 50 a 54), la Sala advirtió a la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. EN LIQUIDACIÓN, la existencia, en el presente trámite, de la causal de nulidad prevista en el numeral 8º del artículo 133 del C.G.P. toda vez que se omitió, por parte del juzgado de primer grado, la notificación del liquidador de dicha empresa, en los términos previstos en el literal e) del numeral 1 del artículo 9.1.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010.

No obstante, aunque mediante correo electrónico del 17 de enero de 2022 remitido a las direcciones electrónicas serviciosjuridicoseca@electricaribe.co, epv.consultoresempresariales@gmail.com y meh955@gmail.com (folio 56), con acuse de recibo de esa misma fecha (folio 57), se efectuó por la Secretaría de esta Corporación la notificación en debida forma del auto que advierte la nulidad a la liquidadora de la demandada ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.O., conforme lo previsto en el artículo 8 del Decreto 806 de 2020, dentro del término respectivo dicha sociedad no alegó la nulidad, razón por la cual, en aplicación del artículo 137 del C.G.P., la misma se entenderá saneada y en consecuencia, habrá de continuarse con el curso del proceso.

Así pues, como quiera que se encuentra vencido el plazo de traslado otorgado en auto del 23 de agosto de 2021, por el cual se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las la demandada ELECTRICARIBE y la llamada en garantía CONFIANZA S.A., y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante (folios 9 a 34), CONFIANZA S.A. (folios 4 a 5), JIWIKA LTDA (folio 7) y ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. EN LIQUIDACIÓN (folios 36 a 38), 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 de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P EN LIQUIDACIÓN y la llamada en garantía COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. - CONFIANZA S.A**.**, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 4 de agosto de 2021, en la que se resolvió (*Audiencia virtual de trámite y Juzgamiento, audio No. 34 del expediente digital, récord 38:08, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams*):

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor entre el señor JHON HAROLD NERCY RIVERA y JIWIKA LTDA desde 22 de octubre de 2015 al 29 de marzo de 2016.*
> ***SEGUNDO: SE DECLARA** que el salario percibido por el demandante fue la suma $2.300.000 pesos.*
>
> ***TERCERO:** Se **CONDENA** a la demandada JIWIKA LTDA al pago de:*
>
> - *$2.223.333 pesos por salario de los 29 días del mes de marzo de 2016.*
> - *$568.611 pesos por auxilio de cesantías del 01 de enero al 29 de marzo de 2016.*
> - *$16.868 pesos por intereses a las cesantías del 01 de enero al 26 de marzo al 29 de marzo de 2016.*
> - *$568.611 pesos por concepto de primas de servicios causados del 01 de enero al 29 de marzo de 2016.*
> - *$501.527 pesos por vacaciones del 22 de octubre de 2015 al 29 de marzo de 2016.*
>
> ***CUARTO:** Por concepto de indemnización moratoria la suma de $77.666 pesos diarios causados del 29 de marzo de 2016 hasta 29 de marzo de 2018 para un total de*

$55.920.000 pesos y a partir del primer día del mes 25 el empleador deberá pagar al demandante los intereses moratorios a la tasa máxima decretos de debida asignación que certifique la Superfinanciera y hasta cuando el pago se verifique.

***QUINTO:** Se condena en costas a JIWIKA LTDA por lo tanto queda a su cargo la suma de $500.000 pesos como agencias en derecho. (sic)*

***SEXTO:** Se DECLARA que la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. es solidariamente responsable de las condenas impuestas a JIWIKA LTDA en favor del señor JHON HAROLD NERCY RIVERA.*

***SEPTIMO:** La COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A deberá afectar la póliza que apara los contratos vigentes para el momento que el demandante estuvo vinculado con JIWIKA, es decir, el contrato 4114000197con el fin de pagarle al demandante el salario correspondiente a los 29 días del mes de marzo de 2016 y las prestaciones sociales debidas al demandante.*

***OCTAVO:** Se señala como gastos de curaduría del curador la suma de $500.000 pesos que estarán a cargo de la parte demandante."*

Inconforme con la decisión, la apoderada de la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P la apeló solicitando su revocatoria. En primer lugar, consideró que en ninguna parte de la demanda se planteó la figura de la solidaridad, de allí que no podía imponerse la misma y, de estimarse que sí fue propuesta, debe verificarse que el trabajo del demandante fue efectivamente para el beneficio de esa sociedad, situación que aduce no acreditada, especialmente porque su actividad tuvo relación con un programa de normalización de redes eléctricas que no benefició el giro ordinario de sus negocios.

Por otra parte, señala, no puede ser condenada al pago de la sanción moratoria porque no es el empleador del demandante, por lo que debe haber una diferenciación cuando la condena se le impone de manera solidaria, más aún cuando no obró de mala fe[1] (*Audiencia virtual de trámite y Juzgamiento, audio No. 34 del*

[1] **(42:17):** *Gracias señor juez bueno voy a tratar sintetizar los argumentos de mi apelación en primer lugar debo decir que para los efectos ante el Honorable Tribunal que interpongo recurso de apelación en la sentencia en todas sus partes tanto en las conclusiones a las que el despacho arribo en la parte motiva como en la condena que tiene que ver en las condenas porque todas tienen que ver como representada. El primer aspecto de inconformidad señor juez en que en ninguna parte de la demanda el demandante planteo la figura de la solidaridad efectivamente si se revisan los hechos de la demanda jamás el demandante planteo que ELECTRICARIBE S.A.S. P fuera solidario con su empleador JIWIKA LTDA por el contrario erradamente la demanda se presenta contra ELECTRICARIBE inclusive como primer demandado lo cual por tratarse del esquema de la construcción del proceso es una grave falencia de la demanda y en nuestro respetuoso sentir no podía imponerse la solidaridad cuando el demandante ni siquiera la planteo es decir si hablamos de la solidaridad aparece enunciada en una de las pretensiones y en jurisprudencia pero en la teoría de este caso no es basado en la figura*

expediente digital, récord 42:17, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams).

Por su parte la apoderada de la aseguradora CONFIANZA S.A. pide la revocatoria de la condena, replicando los argumentos expuestos por ELECTRICARIBE frente a la solidaridad, por cuanto considera que, en efecto, no se planteó este aspecto desde la demanda ni se benefició esa sociedad de los servicios prestados por el demandante.

Además, sostiene, no se resolvió ninguna de las excepciones que propuso y simplemente se manifestó que debía afectarse la póliza que esa compañía considerara, lo que resultó contradictorio con lo expuesto finalmente en la parte

---

de la solidaridad por lo tanto si el demandante no planteo la solidaridad mal podría el despacho haberla declarado de esa manera, en segundo lugar si aceptáramos la teoría de la solidaridad que repito es mi primer aspecto de impugnación aquí tendría que revisarse si la actuación o el trabajo del señor JHON NERCY fue para beneficio de ELECTRICARIBE lo cual tampoco ocurrió entonces segundo aspecto aunque fuere solidaria aunque se hubiere planteado la solidaridad mi representada no se benefició de los servicios del señor JHON NERCY toda vez que como lo explico en el interrogatorio de parte la representante legal NANCY TELER en lo que señor trabaja así se planteó desde la contestación de la demanda es en el proyecto de normalización de redes subnormales me remito al decreto 1123 de 2008 lo cual ampliare ante el Honorable Tribunal porque no fue el trabajo del señor JHON NERCY para atender usuarios de ELECTRICARIBE y mucho menos para beneficiarse financieramente mi representada sino que estoy corresponde estrictamente a un programa de normalización de redes eléctricas subnormales tan como lo indica la ley 1117 de 2006 es decir la actividad del señor JHON NERCY no beneficio el giro ordinario de los de negocios de ELECTRICARIBE por lo tanto además de que no se planteó la solidaridad su trabajo no es del giro ordinario de los negocios de ELECTRICARIBE que no es el solo hecho de que es una empresa de energía sino para quien era el trabajo era un trabajo estatal de normalización de redes subnormales, mi tercer argumento además usted no lo ha dicho señor juez que la moratoria castiga al empleador renuente mi representada no era empleador del señor JHON NERCY no se le puede medir con el mismo racero con el que le midió a JIWIKA que como bien lo dice usted les queda fácil a estos contratista desaparecer del panorama no le notifican les nombran curador no hay ningún efecto en cambio ELECTRICARIBE si atiende diligentemente sus proceso es la que se le ve afectada por lo tanto aquí señor juez así lo solicito al Honorable Tribunal tiene que haber una diferenciación entre la condena que se impone solidariamente para pagar prestaciones y salarios y la moratoria de ninguna manera se puede interponer sanción moratoria a ELECTRICARIBE así lo han dicho varios Tribunales del país tendría que demostrarse que hubo mala fe el demandante jamás le reclamo a ELECTRICARIBE nos vinimos a enterar de su situación laboral en este proceso y por esta razón no es posible de ninguna manera entonces que sin ser beneficiaria de los servicios del señor demandante ahora se le imponga la condena de indemnización moratoria por lo tanto mi petición ante el Honorable Tribunal primero va a que se revoque la condena impuesta en toda su extensión por no habérsele planteado la solidaridad en la demanda y segundo por no ser el giro ordinario de los negocios la actividad de proyecto de normalización de red subnormales que como se planteó desde la contestación de la demanda es en el que trabajo el demandante y en el evento que no se revoque pido al Tribunal que modifique la condena y se absuelva a mi representada de la sanción moratorio porque repito ni obro de mala fe ni es empleador ni ha sido renuente en estos términos dejo sustentada mi apelación con 4 minutos y 49 segundos dejo por sentada mi apelación la cual adicionare en el Honorable Tribunal muchas gracias señor juez.

resolutiva, en la que se dispuso tal afectación respecto de la póliza que garantiza el contrato 411000192, aun cuando no quedó demostrado que el actor laboró para el contrato amparado por esa garantía, carga de la prueba que le correspondía, en su sentir, al llamante[2] (*Audiencia virtual de trámite y Juzgamiento, audio No. 34 del expediente digital, récord 47:16, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams*).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JHON HAROLD NERCY VERA en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (archivo No. 1 folios 3 a 5), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en el acápite respectivo (folios 5 a 6 ibídem), encaminadas principalmente a que se declare que entre este y las demandadas JIWIKA LTDA y ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P existió un contrato de trabajo desde el 22 de octubre de 2015 hasta el 29 de marzo de 2016 en el que devengó como salario la suma de $2.330.000. En consecuencia, se condene solidariamente a las demandadas al pago del salario dejado de percibir en los meses de febrero y marzo de 2016, la prima extralegal y de servicios causadas en el mismo periodo, las cesantías e intereses a las cesantías causadas del 01 de enero al 29 de marzo de 2016 y las vacaciones por todo el tiempo laborado, junto con la indemnización de que

[2] **(47:16):** *Muchas gracias Doctor el recurso de apelación que presento contra la sentencia que acaba de ser proferida por el despacho tiene como propósito que se revoque en su integridad la sentencia que ha sido proferida se revoque por 0cuanto no se plantea en la demanda en efecto como lo ha manifestado la apoderad de ELECTRICARIBE respecto de la solidaridad y tampoco se benefició de los servicios prestados por el demandante por otra parte en la sentencia respecto de CONFIANZA no resuelve ninguna de las excepciones que han sido propuestas simplemente se manifestó en la parte motiva que se debería afectar la póliza que considerar la compañía y en la parte resolutiva por el contrario señala que se debe afectar la póliza que ampara el contrato especifico 4114000192 por concepto de salario de 29 días y prestaciones sociales esta póliza este contrato está amparado únicamente mediante una de las pólizas de las cuales fuimos llamados en garantía por nuestro asegurado esta póliza no quedo demostrada dentro del proceso que esta póliza sea la que corresponda a afectar por cuanto no se acredito que el demandante presto servicios en ese contrato que fue amparado por la póliza que se ordena afectar dentro de este proceso la carga de llamado en garantía demostrar esto era precisamente nuestro asegurado lo que no ocurrió nos llamó en garantía con 4 con un cargo a 4 pólizas pero no acredito a cuál de ellas correspondía a afectar por lo tanto solicito al Tribunal se revoque la sentencia teniendo en cuenta los argumentos expuestos muchas gracias.''*

trata el artículo 65 del C.S.T., la indexación, los intereses moratorios, los derechos ultra y extra petita y las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró la existencia de contrato de trabajo por duración de la obra o labor entre el actor y JIWIKA LTDA del 22 de octubre de 2015 al 29 de marzo de 2016 y se condenó a esa sociedad y solidariamente a ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. a pagar a favor del demandante 29 días de salario del mes de marzo de 2016, así como las prestaciones sociales y vacaciones adeudadas a la finalización del contrato y la indemnización moratoria a razón de un día de salario por día de retraso por los primeros 24 meses y a partir del primer día del mes 25 intereses moratorios. Además, dispuso que en virtud del llamamiento en garantía presentado por ELECTRICARIBE, la aseguradora CONFIANZA S.A. debía afectar la póliza que amparó el contrato 4114000197 con el fin de pagarle al actor el salario y prestaciones adeudadas.

Para arribar a tal conclusión consideró que no existió controversia alguna frente a la existencia del contrato de trabajo, su modalidad, los extremos y el cargo desempeñado, lo cual en todo caso se acreditaba con la documental arrimada a expediente, precisando que la vinculación del accionante se dio para ejecutar los proyectos de normalización eléctrica de la costa atlántica colombiana PRONEC GGC 120 de 2013, que hace parte integrante de los contratos suscritos entre ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. y JIWIKA LTDA. Además, frente al salario, concluyó que adicional a la remuneración pactada, se estableció un auxilio extralegal respecto del cual no se discutió su naturaleza salarial.

Al no hallar prueba de las acreencias laborales reclamadas dispuso su pago a cargo del empleador, a excepción del salario del mes de febrero de 2016, el que encontró cancelado de acuerdo con el desprendible de nómina que se aportó.

Con relación a la sanción moratoria, no encontró situación alguna que justificara la omisión de JIWIKA LTDA en el pago de las prestaciones y salarios adeudados al trabajador, de la cual pudiera derivarse su buena fe, razón por la cual impuso su pago en los términos del artículo 65 del C.S.T. También ordenó la indexación de los valores no comprendidos en esta indemnización.

En lo que toca a la solidaridad, determinó que para que se configurara la misma al tenor del artículo 34 del C.S.T. no era suficiente la diferencia de objetos, sino que bastaba que no se trataran de actividades extrañas. Así, estableció que JIWIKA tenía actividades que no eran extrañas al objeto social de ELECTRICARIBE.

Respecto al llamamiento en garantía, concluyó que CONFIANZA S.A. debía afectar las pólizas que ampararon los contratos vigentes al momento de la vinculación del demandante con JIWIKA LTDA, identificados con los Nos. 4114000195, 4114000196, 4114000197 y 4114000198, ello con el fin de pagarle los salarios y prestaciones objeto de condena, pero teniendo en cuenta que la sanción moratoria no está cubierta por estas pólizas.

Establecido lo anterior, se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la demandada ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. y la llamada en garantía CONFIANZA S.A., en los puntos objeto de censura, en virtud del principio de consonancia (artículo 66A del CPTSS), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum apellatum).

No es objeto de controversia en esta instancia la relación laboral que existió entre el demandante y JIWIKA LTDA entre el 22 de octubre de 2015 y el 29 de marzo de 2016, el salario, el cargo desempeñado y las acreencias laborales adeudas al demandante, situación que además de haber sido establecidas en esta forma por el juzgador de primer grado sin reparo en la alzada, se constatan de la documental acopiada a los autos.

De manera preliminar, aclara la Sala que no se estudiaran los reparos formulados como “apelación” por el demandante en los alegatos de conclusión presentados en esta instancia, frente a la absolución del salario de febrero de 2016 y la liquidación de la indemnización moratoria, como quiera que los mismos debieron sustentarse en la oportunidad procesal correspondiente, esto es, una vez notificado de la sentencia y de manera oral en la audiencia, tal como lo prevé el artículo 66 del C.P.T y la S.S.

Y es que el traslado otorgado por esta Corporación en auto del 23 de agosto de 2021, en manera alguna tuvo como propósito otorgar la oportunidad a las partes para

presentar o sustentar el recurso de apelación, pues su objeto se circunscribe a la posibilidad que tienen los intervinientes de proponer sus alegaciones finales ante esta Corporación, mismo que se efectúa en cumplimiento y garantía de las reglas que rigen el procedimiento laboral.

Así pues, la inconformidad expuesta en la alzada por las recurrentes se concreta en establecer i) si en el asunto operó la solidaridad prevista en el artículo 34 del C.S.T. y de ser ello así, si ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. es responsable del pago de la indemnización moratoria, y ii) Si CONFIANZA S.A., como llamada en garantía, debe pagar los salarios y prestaciones objeto de condena, previa afectación de las pólizas en las que ELECTRICARIBE es asegurado.

En lo atinente a la procedencia o no de la declaración de la responsabilidad solidaria de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. respecto de las condenas impuestas a cargo de JIWIKA LTDA, es importante referir en primer lugar, contrario a lo aseverado por las recurrentes en la apelación, este sí fue un tema sobre el que versó la demanda inicial y respeto del cual, de hecho, se fijó el litigio en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T y la S.S.

Al punto debe tenerse en cuenta, si bien no hizo el actor específica mención al artículo 34 del C.S.T, en los fundamentos de derecho sí se refirió a la solidaridad del beneficiario o dueño de la obra y fue sobre la responsabilidad derivada de esa circunstancia que se estructuró la defensa de la electrificadora demandada, por lo que es claro que fue un aspecto discutido en el proceso. Adicionalmente, recuérdese que es deber del juez hacer una interpretación integral de la demanda en aras de evitar el desmedro del derecho sustancial en disputa o de conjurar nulidades o sentencias inhibitorias[3], de allí que fuera factible entender, conforme a los

[3] Sobre el papel de las formalidades en relación con los derechos sustanciales, la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL531-2013, reiterada en la SL16959 de 2017 recordó que:

"Las normas instrumentales son los cauces por los que transita el derecho sustancial; sin restarles vigor ni efectividad, aquellas deben acompasarse para lograr el equilibrio, que se traduce en la materialización de la justicia, sin que formulas sacramentales, o exceso de rigor sea permisible para echar por la borda los derechos que el juzgador encuentra plenamente acreditados, que fueron debatidos por las partes a lo largo de la discusión que en cada una de las instancias se suscitó, y que sin lugar a dudas derivaban de la pretensión declaratoria.

argumentos del libelo genitor, que la solidaridad pretendida era aquella a la que se refiere la disposición mencionada sobre la cual se cimentó la decisión de primer grado.

Aclarado lo anterior, resulta pertinente señalar esta figura jurídica -solidaridad del dueño o beneficiario de la obra- se encuentra prevista en nuestro ordenamiento sustantivo laboral en el artículo 34, que en su tenor literal preceptúa:

> "*"1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero* ***el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.***
>
> ***2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas."*** (Negrillas de la Sala)

Frente a dicha figura, la Corte Suprema de Justicia ha precisado en múltiples pronunciamientos que esta solidaridad *"fue instituida en la normatividad sustantiva laboral, con el fin de garantizar el pago de las acreencias laborales de los trabajadores cuando se presenta la contratación de trabajos u obras por parte de empresas a través de contratistas, siendo beneficiarias o dueñas de la obra las primeras"*[4]. Puntualmente, en sentencia SL3111 de 2021 -reiterada en la SL4322 de 2021-, explicó:

Predicar que se vulnera el debido proceso porque se deducen las condenas que emergen por lógica de la declaración del contrato laboral, elimina de tajo la potestad del juzgador de resolver en justicia, como está llamada la controversia.

Aunque si bien la demanda laboral deriva del ejercicio de acción de los particulares, que aspiran un pronunciamiento jurisdiccional y para el efecto compendian sus aspiraciones, tal escrito debe ser visto en perspectiva de su verdadero propósito, esto es un pronunciamiento de fondo claro y coherente sobre aquello debatido, y que resuelva de tajo el problema jurídico que se demanda, esa y no otra puede ser la eficacia que se pregona a la administración de justicia.

Restar al juez la potestad de emitir una determinación que se ajuste con lo controvertido, que no una meramente formal, resultaría un despropósito, que se aleja del querer de la Ley y de la Constitución Política."

[4] SL4322 de 2021.

"(…)

Fuera de lo observado, en sentencia CSJ SL 4430 -2018, sobre el propósito de la institución jurídica de la solidaridad en la responsabilidad del beneficiario del trabajo, apuntaló la Sala:

> *«No debe perderse de vista que la razón histórica que inspiró la consagración normativa de la solidaridad que hoy ocupa la atención de la Sala, fue evitar que los derechos de los trabajadores fueran burlados cuando los grandes empresarios* ***contrataran*** *la ejecución de una o más obras y los contratistas o subcontratistas no tuvieren la solvencia económica para responder por las acreencias laborales causadas, de tal manera que pudiera acudirse a obligar al beneficiario de ella a satisfacerlas, facultándole a su vez la acción de repetición por lo pagado».*

*También, ha sido enfática esta corporación en considerar que dicha solidaridad es aplicable, salvo que los servicios o la obra contratada traten actividades extrañas a las que normalmente desarrolla la empresa contratante, y además que, la pluricitada figura no guarda relación alguna con la vinculación del trabajador****, pues es diáfano que se pregona únicamente respecto al contratista independiente****, lo que deriva, sencillamente, en que el deudor solidario, en calidad de contratante, tan solo sea un garante de las obligaciones laborales adeudadas por el empleador.*

Vale la pena, entonces, traer a colación lo expuesto en la sentencia CSJ SL3718-2020, en la que se discurrió:

La jurisprudencia ha considerado que la solidaridad legal prevista en el art. 34 del CST entre el beneficiario o dueño de la obra y el contratista independiente tiene como objetivo central garantizar la protección de los trabajadores en lo que respecta al reconocimiento y pago efectivo de las acreencias laborales, producto de la contratación que efectúe el beneficiario o dueño de la obra con un contratista independiente para la realización o prestación de una obra o servicio determinado, salvo que se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de aquel. Así lo ha dicho esta Corporación en sentencias CSJ SL, 26 sept. 2000, rad. 14038, 1 marzo 2010, rad. 35864 y SL217-2018, entre otras, donde ha sostenido:

[…] el legislador, con el sentido proteccionista que corresponde al derecho laboral, previendo la posibilidad de que el contrato por las grandes empresas, como vehículo que les sirva para evadir las obligaciones sociales, y dada la frecuencia con que los pequeños contratistas independientes caen en la insolvencia o carecen de la responsabilidad necesaria, sin desconocer el principio de que el beneficiario de la obra no es en caso alguno el sujeto patronal, estableció expresamente, a favor exclusivo de los trabajadores, la responsabilidad solidaria del contratista y del beneficiario por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que puedan tener derecho, sin perjuicio de que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o repita con él lo pagado a esos trabajadores.

Para la Corte,

[…] ***esta figura jurídica [refiriéndose a la solidaridad] no puede asimilarse ni confundirse con la vinculación laboral…, pues tiene cada una alcances y consecuencias distintas. Es claro que la vinculación de carácter laboral es con el contratista independiente y que el obligado solidario no es más que un garante para el pago de sus acreencias, de quien, además, el trabajador puede también exigir el pago***

> ***total de la obligación demandada, en atención al establecimiento legal de esa especie de garantía. […]***
>
> *De esta manera lo ha dicho esta Corporación:*
>
> *'La fuente de la solidaridad, en el caso de la norma, no es el contrato de trabajo ni el de obra, aisladamente considerados, o ambos en conjunto, sino la ley: esta es su causa eficiente y las dos convenciones su causa mediata, o en otros términos:* ***los dos contratos integran el supuesto de hecho o hipótesis legal. Ellos y la relación de causalidad entre las dos figuras jurídicas, son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada (Sent., 23 de septiembre 1960****, "G.J.", XCIII, 915).'…" Sentencia CSJ SL de 26 de sept. de 2000, n.° 14038."*

Con relación a la hermenéutica de dicha disposición ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, la misma contiene dos requisitos para su procedencia, a saber: i) ser beneficiario de la obra o del servicio contratado y, ii) que las actividades ejecutadas por la contratista a favor de la contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que sean afines[5].

Conforme tal reseña jurisprudencial, para que opere esta solidaridad se requiere que se verifique, preliminarmente, tanto la existencia del contrato de trabajo como del vínculo jurídico que liga al beneficiario de la obra con el contratista independiente, pues ellos y su relación de causalidad, en palabras de la Corte "***son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada"***[6].

Adicionalmente, es necesario que las actividades contratadas sean afines con las labores propias y ordinarias de la parte contratante, tal como lo adoctrinó el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia de radicación No. 28438 de 20 de febrero de 2007[7], donde concluyó que el dueño de la obra debe responder solidariamente

---

[5] Sentencia CSJ SL5053-2019, reiterada en SL1863 de 2020.

[6] Sent., 23 de septiembre 1960, "G.J.", XCIII, 915).'…" Sentencia CSJ SL de 26 de sept. de 2000, n.° 14038

[7] *"…**En este caso ocurre, que el Instituto Nacional de Vías fue el dueño de la obra contratada por el contratista empleador incumplido, como lo estableció probatoriamente el Tribunal. Por ello, si bien el numeral 2º del artículo 134B de la Ley 446 de 1998 denunciado por falta de aplicación, da a los jueces administrativos la competencia para conocer de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho originados en una relación laboral de carácter legal y reglamentaria, es innegable que los derechos del demandante se invocaron con fundamento en la vinculación laboral con el contratista y la solidaridad del ente estatal, para efectos de la satisfacción de las deudas provenientes de ella, sin que se discutiera la naturaleza del carácter laboral del contrato que unió al servidor acá demandante, orientándose ésta a la imposición de la condena solidaria.***

Respecto de ello de manera reiterada esta Sala de Casación ha sostenido, que:

por las obligaciones generadas por el empleador o contratista incumplido, **desde luego, si la actividad del beneficiario de la obra, es similar a la del contratista**, postura reiterada, entre otras en sentencias con radicación No. 35864 de 1º de marzo de 2010, SL11655 del 2 de septiembre de 2015 y SL3718 de 2020.

Sobre el particular, puntualmente en sentencia SL 7789-2016, esa Corporación sostuvo:

> *"Como lo destaca el recurrente, la disposición legal que concibe la solidaridad entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra por el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores del primero,* ***exige que las actividades que desplieguen uno y otro tengan el mismo giro ordinario o normal, vale decir tengan correspondencia en su objeto social.***
>
> *No se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales. En los términos del artículo 34 del C.S.T. es* ***preciso que las tareas coincidan en el fin o propósito que buscan empresario y contratista; en otras palabras, que sean afines."*** (Negrilla y Subrayas de la Sala),

---

"(…)el obligado solidario no es más que un garante para el pago de sus acreencias, de quien, además, el trabajador puede también exigir el pago total de la obligación demandada, en atención al establecimiento legal de esa especie de garantía. Y no por ello puede decirse que se le esté haciendo extensiva la culpa patronal al Municipio demandado. No, la culpa es del empleador, pero los derechos respecto de los salarios, las prestaciones e indemnizaciones (como lo enuncia el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo) que de ella emanan son exigibles a aquel en virtud, como atrás se anotó, de haberse erigido legalmente la solidaridad que estableció el estatuto sustantivo laboral, en procura de proteger los derechos de los asalariados o sus causahabientes".

"'(…)La fuente de la solidaridad, en el caso de la norma, no es el contrato de trabajo ni el de obra, aisladamente considerados, o ambos en conjunto, sino la ley: esta es su causa eficiente y las dos convenciones su causa mediata, o en otros términos: los dos contratos integran el supuesto de hecho o hipótesis legal. Ellos y la relación de causalidad entre las dos figuras jurídicas, son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada"' (Sent., 23 de septiembre 1960, "G.J.", XCIII, 915).

"No debe perderse de vista que la razón histórica que inspiró la consagración normativa de la solidaridad que hoy ocupa la atención de la Sala, fue evitar que los derechos de los trabajadores fueran burlados cuando los grandes empresarios contrataran la ejecución de una o más obras y los contratistas o subcontratistas no tuvieren la solvencia económica para responder por las acreencias laborales causadas, de tal manera que pudiera acudirse a obligar al beneficiario de ella a satisfacerlas, facultándole a su vez la acción de repetición por lo pagado"(sentencia del 26 de septiembre de 2000, Rad. 14038).

Tal y como lo diferencia la sentencia, la solidaridad proviene de la ley y se constituye en parte del efecto de la responsabilidad, trayendo al responsable solidario como un garante de las obligaciones que emanan del empleador; siendo esa la vinculación entre el trabajador su empleador y el dueño o beneficiario de la obra, mas no el contrato de trabajo, que como se dijo no se alegó respecto de la entidad estatal demandada.

En sentido contrario, la Corte ha enseñado que, si las labores contratadas son ajenas al objeto ordinario de la contratante, no surge la solidaridad contemplada en el artículo 34 del CST. Así, en sentencia con radicación 39648 del 25 de septiembre de 2009, precisó:

> *"(…) esta Corte reitera una vez más que la solidaridad establecida en el artículo 34 del CST es una garantía del pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, e, igualmente, precisa que dicha garantía se activa a cargo del beneficiario o dueño de la obra en virtud del convenio celebrado entre este y el empleador, salvo que lo contratado se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de aquel."*

Precisado lo anterior, con relación al primero de los presupuestos, esto es, que el contratante sea beneficiario de la obra o servicio contratado, destaca la Sala, en el asunto no se presentó inconformidad frente a las conclusiones del juez que apuntaron a tener por acreditada la existencia de vínculos comerciales entre las sociedades JIWIKA LTDA. y la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P., a través de la celebración de diferentes contratos para la "*ejecución de proyectos de normalización eléctrica",* que se adelantan dentro del programa de "*normalización de redes eléctricas PRONEGGC-180-2013"*, situación que además se corrobora de los documentos que militan a folios 157 a 180, 181 a 182, 191 a 193, 194 a 196, 199 a 201, 212 a 235, 264 a 287, 306 a 308, 327 a 350, del archivo No. 1 del expediente digital.

Precisado ello, refiere la apoderada de ELECTRICARIBE en la apelación, no encontrarse acreditado en autos que esa sociedad fue beneficiaria de los servicios prestados por el trabajador.

Para solventar tales planteamientos, se tiene que en el artículo primero del contrato de trabajo por obra o labor suscrito por el demandante con JIWIKA LTDA., se estableció como objeto el siguiente:

> "*EL EMPLEADOR contrata los servicios personales del TRABAJADOR, en el cargo de INGENIERO RESIDENTE, ejecutando labores como Planeación y Control de Obras y facturación, Solicitud y legalización de Recursos, Control de Personal, Requisición y Control de Materiales, entre otras asociadas y similares, para la EJECUCIÓN DE LOS PROYECTOS DE NORMALIZACIÓN ELÉCTRICA EN LA COSTA ATLÁNTICA COLOMBIANA – PRONE. Estos trabajos se prestarán de manera exclusiva, directamente por el trabajador, de acuerdo con las obligaciones contenidas en el texto del presente contrato y en el Código Sustantivo del Trabajo (…)*

En la cláusula segunda de ese mismo instrumento, se pactó:

> *"SEGUNDA: ALCANCE DEL CONTRATO: Dentro del Objeto Contractual se encuentran delimitadas las actividades propias del cargo referido, las que están contempladas en los términos de referencia del CONVENIO PRONE GGC-180-2013, que hacen parte integral de los contratos suscritos entre ELECTRICARIBE S.A. ESP Y JIWIKA LTDA. (...)"*

Y en la duración se determinó:

> *"CUARTA: DURACIÓN: El presente contrato durará hasta cuando se finalice la labor y obra contratada, pero podrá darse por terminado de manera anticipada, cumpliendo con las exigencias legales al respecto.*
>
> *(...)*
>
> *PARÁGRAFO 2: En todo caso, en el evento que el contrato principal celebrado entre ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. y JIWIKA LTDA., sea suspendido o terminado anticipadamente, el presente contrato correrá la misma suerte en uno y otro sentido, quedando plenamente establecida la naturaleza accesoria de este frente a aquellos."*

Como se ve, la vinculación del demandante tenía relación directa con la contratación existente entre las sociedades llamadas a juicio y tenía como propósito hacer parte de la ejecución de los proyectos en los que JIWIKA era contratista. Sobre el tema además, el demandante en su interrogatorio aclaró que las labores se ejecutaron de manera simultánea para todos los proyectos de ELECTRICARIBE, lo que se constata precisamente de la duración de cada uno de los contratos celebrados entre estas compañías.

Adicionalmente, es la propia ELECTRICARIBE quien aporta las planillas en la que constan los pagos de seguridad social del demandante (páginas 397 a 416, archivo 1 del expediente digital), efectuados por JIWIKA en calidad de empleador y que le fueron entregadas "*en cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos civiles antes mencionados"* (ver acápite de pruebas contestación página 155, archivo 1 del expediente digital).

Lo indicado en precedencia permite inferir a la Sala que, además de ser dueña de la obra contratada, la demandada ELECTRICARIBE S.A. era beneficiaria de los servicios prestados por el trabajador como *ingeniero residente de obra,* por lo que acreditado se encuentra el primero de los supuestos a que se refiere el artículo 34 del C.S.T.

Solventado lo anterior, con relación al segundo presupuesto, esto es, "*que las actividades ejecutadas por la contratista a favor de la contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que sean afines"*, necesario resulta traer a colación el objeto social de cada una de las empresas citadas a juicio.

En ese orden, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal de la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A.- ELECTRICARIBE (páginas 28 a 78, archivo 1 del expediente digital), se tiene que el objeto de esa sociedad es, entre otras, el siguiente:

> *"El objeto principal de la sociedad consiste en la prestación de los servicios públicos de distribución y comercialización de energía eléctrica, así como la realización de actividades, obras servicios y productos relacionados (...)."*

Por su parte, el objeto social de JIWIKA LTDA. (*página 80*), conforme, igualmente, al certificado de existencia y representación legal de esa compañía, está determinado así:

> *"La prestación de servicios de ingeniería eléctrica, electrónica, en todo lo que respecta al diseño, construcción, consultoría, interventoría, mantenimiento, elaboración de estudios, planos, presupuestos y gerencia y/o administración de proyectos de ingeniería, comercialización de equipos, materiales usados en las diferentes áreas de la ingeniería enunciadas previamente, como también la prestación de servicios a las empresas de servicios públicos domiciliarios y demás personas naturales y jurídicas facultadas para prestar servicios públicos en las actividades que les competen previstas en las leyes y las normas regulatorias para lo cual podrá en desarrollo de este objeto: A. Desarrollar actividades para entidades de servicios públicos domiciliarios en lo concerniente a la prestación del servicio de energía eléctrica para la construcción y mantenimiento de redes eléctricas de baja tensión, media tensión y alta tensión hasta un nivel de 110 KV B. Desarrollar actividades para entidades de servicios públicos domiciliarios en lo concerniente a la prestación de servicio de energía eléctrica para la construcción y mantenimiento de redes eléctricas destinada al uso de alumbrado público, censos de alumbrado público, operación y mantenimiento del sistema. C. Comercializar y distribuir*

> *energía eléctrica para la prestación del servicio de alumbrado público, así como su mantenimiento, operación de toda la infraestructura de las redes destinadas al mismo y sus componentes, mediante el sistema de concesión, administración delegada, gestión operativa y/o administrativa y cualquier otro modelo que conlleve a la explotación, administración y control de sistemas de alumbrados públicos. D. Operar, mantener y explotar servicios públicos domiciliarios. E. Efectuar la distribución de los bienes propios de los servicios públicos domiciliarios a los usuarios correspondientes mediante contratos de concesión. I. Prestar los servicios de asesoría o consultoría en la conformación, operación, administración, mantenimiento, ejecución, contratación, planeación y operaciones asociadas de las empresas de servicios públicos domiciliarios o de aquellas que sin serlo efectúan actividades similares (...)"*

En los términos analizados, es claro que las actividades desarrolladas por la contratista JIWIKA LTDA., no eran labores extrañas al objeto social de la contratante ELECTRICARIBE, pues en virtud del programa de normalización de redes eléctricas establecido por el Gobierno Nacional mediante la Ley 1117 de 2006, debía ejecutar proyectos de legalización, construcción y reparaciones de redes eléctricas en varios municipios de la costa Atlántica, encontrándose por tanto acreditado que son propias de las actividades la beneficiaria de la obra en tanto se encaminaron, se itera, al mantenimiento de redes eléctricas.

Solventado lo anterior, se tiene por acreditado el segundo presupuesto, esto es, "*que las actividades ejecutadas por la contratista a favor de la contratante no se traten de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que sean afines"*, siendo procedente declarar que en el sub judice se configuró la solidaridad de que trata el art. 34 del CST como bien lo determinó el a quo.

Al punto, conviene recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia sentencia SL-217 de 2018, radicación No. 58487, en la cual asentó:

> *"Esta Sala en sentencia SL4400-2014, del 26 de mar. 2014, rad. 39000, rememoró lo enseñado en decisión SL, del 20 de mar. 2013, rad.40.541, en torno a que la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además,* ***cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, que por lo mismo desarrolla éste.***
>
> ***Igualmente se exhibe importante recordar que para su determinación puede tenerse en cuenta no sólo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador***.

Así se explicó en la sentencia SL, del 2 de jun. 2009, rad. 33082:

> *[…] En primer término, y antes de estudiar los medios de convicción que se citan en el cargo, resulta de interés para la Corte precisar que el anterior razonamiento de la impugnación en realidad involucra una cuestión de orden jurídico y no fáctico, esto es, si para establecer la solidaridad del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo se deben comparar exclusivamente los objetos sociales del contratista independiente y del beneficiario o dueño de la obra o si es viable analizar también la actividad específica adelantada por el trabajador; cuestión que no puede ser planteada en un cargo dirigido por la vía de los hechos.*
>
> *Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo,* ***lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que sí, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado****.”*

En esta misma dirección, atendiendo las manifestaciones de la apoderada de ELECTRICARIBE S.A., en lo relacionado con la exclusión de la condena solidaria frente al pago de la indemnización moratoria, debe recordarse, la Corte Suprema de Justicia ha sentado claras directrices para la resolución de la controversia, señalando que la buena o mala fe, debe analizarse es frente al deudor principal, es decir, el patrono, pues la obligación del beneficiario de la obra, de responder por la indemnización moratoria surge no porque se le haga extensiva la culpa de aquél, sino porque operan las consecuencias previstas por la ley, derivadas de la figura de la solidaridad en materia laboral (Sentencia 35570 del 13 de abril de 2010).

Así mismo ha señalado que la “*culpa que genera la obligación de indemnizar es exclusiva del empleador, lo que ocurre es que, por virtud de la ley, el dueño de la obra se convierte en garante del pago de la indemnización correspondiente, no porque se haga extensiva la culpa, sino por el fenómeno de la solidaridad*” (Sentencia 31280 del 24 de febrero de 2009)[8], razón por la cual este punto también será confirmado.

[8] “*En ese orden, le asiste razón al impugnante en cuanto a que en el presente asunto, el fallador de segundo grado estaba impedido para analizar la conducta del beneficiario o dueño de la obra, a fin de determinar si procedió de buena o mala fe, sin detrimento de los parámetros del artículo 34 del C.S.T., pues si bien el Tribunal se convenció que conforme a tal preceptiva “resultaba imperioso extender las obligaciones laborales al beneficiario de la obra”, al tratar el punto de la indemnización*

Dilucidados los puntos anteriores, y como quiera que no resultaron avantes los argumentos que procuraban la revocatoria de la condena impuesta a cargo de ELECTRICARIBE, procede la Sala al análisis del recurso formulado por CONFIANZA S.A. como llamada en garantía.

En ese orden, y aunque la aseguradora refiere que no se acreditó la prestación del servicio del demandante a alguno de los contratos cobijados con las garantías por esta otorgadas (Ctos Nos. 4114000195; 4114000196; 4114000197 y 4114000198), lo cierto es que resultan suficientes los argumentos vertidos por la Sala frente a la solidaridad para establecer que, en realidad, la ejecución se hizo de manera simultánea respecto de todos ellos, mismos que de acuerdo a su duración, en efecto, tuvieron vigencia concomitante desde el 15 de septiembre de 2014 y, al menos,

---

moratoria realizó un giro que lo llevó a considerar que la conducta del ACUEDUCTO "estuvo revestida de buena fe".

En efecto, como antes se observó, el fallador de alzada precisó: (i) que no compartía la carga económica por indemnización moratoria fulminada contra la EMPRESA DE ACUEDUCTO; (ii) que "contrario a lo que por decisión mayoritaria ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en recientes providencias (Sentencia del 6 de mayo de 2005, RAD. 22905", la "solidaridad" no podía abarcar aspectos donde se examinaba la "conducta propia de cada persona"; (iii) que lo que debía "castigarse era su proceder individual"; (iv) que al acreditarse que el ACUEDUCTO como beneficiario de la obra actuó prudentemente al exigir las pólizas de garantía, lo eximía de la sanción moratoria, prevista "únicamente cuando se encuentra estructurado el elemento de la mala fe". En ese orden, tales aserciones son equivocadas, pues se precisa, para imponer la sanción moratoria la conducta que procede analizar es la del EMPLEADOR, no la del garante solidario, inferencia del fallador de alzada que lo llevó a colegir que el ACUEDUCTO acreditó el "elemento de la buena fe". Este era el criterio de esta Sala de la Corte hasta antes del pronunciamiento del 6 de mayo de 2005, radicación 22905, que reexaminó el tema y recogió la anterior jurisprudencia <como el mismo fallador de alzada lo admite, pero que consideró no aplicarlo>, para colegir que, contrario a lo sostenido hasta ese momento, el artículo 34 del C.S.T. no hacía "otra cosa que hacer extensivas las obligaciones prestacionales o indemnizaciones del contratista, al dueño de la obra conexa con su actividad principal, sin que pueda confundirse tal figura jurídica con la vinculación laboral, como lo ha sostenido la Sala en otras ocasiones", pues la "relación laboral es única y exclusivamente con el contratista independiente, mientras que la relación con el obligado solidario, apenas lo convierte en garante de las deudas de aquel. Así lo ha sostenido la Corte, entre otras, en las sentencias del 26 de septiembre de 2000, Rad.14038 y del 19 de junio de 2002(Rad. 17432)". Que la "culpa que genera la obligación de indemnizar es esclusiva (sic) del empleador, lo que ocurre es que, por virtud de la ley, el dueño de la obra se convierte en garante del pago de la indemnización correspondiente, no porque se haga extensiva la culpa, sino por el fenómeno de la solidaridad,…". Que así, "es la buena o mala fe del empleador, o sea del contratista, la que debe analizarse para efectos de imponer la sanción moratoria y no la de su obligado solidario…". (Negrilla de la Sala). Así, el Tribunal se equivocó al analizar la buena o mala fe del ACUEDUCTO como obligado solidario, ya que esa buena o mala fe que procede examinar, es la del EMPLEADOR, o sea la del contratista que vinculó laboralmente al actor VEGA CRUZ, pues la obligación de indemnizar es exclusiva del empleador, sólo que por virtud de la ley, el dueño de la obra pasa ser garante en el pago de la eventual sanción, precisamente por el fenómeno de la solidaridad. (…)".

hasta junio de 2016, interregno dentro del cual tuvo lugar la relación laboral del demandante con JIWIKA LTDA.-22 de octubre de 2015 al 29 de marzo de 2016[9].

Así, y teniendo en cuenta que la llamada en garantía no desconoció la emisión de las pólizas No. CU074019; CU074020; CU074021 y CU074117, la cobertura del pago de salarios y prestaciones sociales, que su vigencia comprendió la vinculación del actor, así como que el amparado o beneficiario con las mismas era ELECTRICARIBE S.A. E.S.P –condenada de manera solidaria-, posible resultaba la afectación de cualquiera de las garantías emitidas para garantizar el cumplimiento de los contratos 4114000195; 4114000196; 4114000197 y 4114000198 celebrados entre las llamadas a juicio y aunque el juez no hizo específica mención a las excepciones propuestas por esa entidad aseguradora para determinar cuáles declaraba probadas o no, lo cierto es que atendió los argumentos frente a la exclusión del pago de la indemnización moratoria –frente a la cual se abstuvo de condenarla-, no así las restantes, siendo suficiente lo aquí analizado en todo caso, para confirmar la improcedencia de las mismas –*exclusión de las prestaciones consagradas de convenciones colectivas y extralegales* (sobre las cuales no hubo orden alguna), *necesidad de acreditar para cual contrato celebrado entre servicios de ingeniería para Colombia S.A.S. CI y PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP TRABAJÓ EL DEMANDANTE"* (sic)-.

Corolario a lo anotado, atendiendo la vigencia de las pólizas y teniendo como base la fecha de causación de las prestaciones, siendo precisamente, aquella en que se deja de pagar de manera completa la acreencia laboral al trabajador la que ha de entenderse acaecido el incumplimiento asegurado con la póliza, para el caso el 29 de marzo de 2016, que obviamente goza de cobertura, procedente resulta la afectación de la póliza CU074021 que amparaba el contrato No. 4114000197, o cualquiera de las otras aportada a las diligencias.

Adicionalmente, frente a la excepción denominada "*Limite del valor asegurado para el amparo de salarios*" no se evidencia que la condena sobrepase los montos amparados.

[9] Para el efecto basta remitirse a los contratos y sus otrosíes para establecer la vigencia, mismos que se encuentran en el archivo No. 1 del expediente digital.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las conclusiones expuestas, se confirmará la sentencia de primer grado en su totalidad.
COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

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,

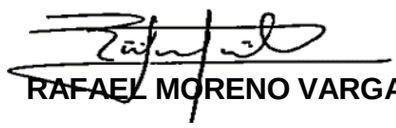
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de ELECTRICARIBE S.A. y CONFIANZA S.A.

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 MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

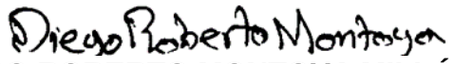
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA SALAS DE CANTILLO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– y la vinculada como litisconsorte necesaria por pasiva LOIDA ESTER DE LOS RIOS PEÑA[1] (RAD. 35 2019 00409 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada LEIDY CAROLINA FUENTES SUAREZ, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal, y que fuera remitido mediante mensaje de datos el 2 de diciembre del 2021 (fl. 15).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la DEMANDANTE y por COLPENSIONES (fls. 7, 8, 13 y 14), pues los allegados por la parte demandante se presentaron fuera de termino, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

[1] Por auto del 20 de junio del 2019 se dispuso su vinculación ante el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes por parte del ISS mediante Resolución No. 003368 del 25 de marzo del 2011. (Archivo 1 expediente digita, páginas 34 y 35).

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta en favor de la parte actora, frente a la sentencia proferida por la Juez Segunda (2) Laboral Transitoria del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 4 de octubre de 2021 *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams Cd fl. 2, Archivo 24, record: 50:05),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: NEGAR*** *en su totalidad las pretensiones de la demandada presentada por MARIA SALAS DE CANTILLO, por las razones esbozadas en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *probada las excepciones propuestas por COLPENSIONES, como se indicó en la parte considerativa.*
>
> ***TERCERO: COSTAS*** *en instancia a cargo de la parte demandante MARIA SALAS DE CANTILLO, como se indicó en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO:*** *En caso de no ser recurrida la decisión se concede el Grado Jurisdiccional de Consulta por ser la sentencia totalmente desfavorable a los intereses de la accionante.**"***

Luego de leer la parte resolutiva del fallo la Juez de primer grado manifestó (Record: 52:14): "*En este estado de la diligencia se adiciona en cuanto a la sentencia, el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la señora de la Litis consorte LOIDA ESTHER DE LOS RIOS PEÑA*".

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARIA SALAS DE CANTILLO en calidad de madre del señor Jairo Rafael Cantillo Salas (q.e.p.d.)[2], en este ordinario, las pretensiones relacionadas en la página

[2] Ver registro civil nacimiento pág. 11 Archivo 1, expediente digital.

5 del archivo 1 expediente digital, las cuales sustenta en los hechos esgrimidos en las páginas 3 y 4 del mismo archivo; encaminadas a que se declare tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes o pensión de jubilación post mortem y la sustitución de la misma con ocasión del fallecimiento del señor JAIRO RAFAEL CANTILLO SALAS, a partir del 30 de septiembre del 2009, debidamente indexada o ajustada con base en el IPC, junto con los correspondientes intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia adversa a sus aspiraciones** por cuanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones, tras considerarse, que el señor JAIRO RAFAEL CANTILLO SALAS, no acreditó los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión por vejez conforme a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, igualmente adujo la *a quo* no haber cotizado el fallecido 50 semanas en los tres años anteriores a su deceso para otorgar la pensión de sobrevivientes a la demandante y en todo caso precisó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva que se realizó por parte del ISS a la señora LIODA ESTER DE LOS RIOS PEÑA excluye como beneficiaria de algún tipo de prestación a la accionante.

Previo a iniciar el estudio del problema jurídico en esta instancia, es menester precisar, no es motivo de controversia ante esta instancia que el señor JAIRO RAFAEL CANTILLO SALAS falleció el 29 de septiembre del 2009 y que la demandante es su progenitora (Ver páginas 12 y 13 Archivo 1 expediente digital Cd. fl. 2), como tampoco el hecho de que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES mediante Resolución No. 3368 de 2011 le concedió a la señora LOIDA ESTER DE LOS RIOS PEÑA una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor CASTILLO SALAS en cuantía de $14.904.278 en su condición de compañera y/o cónyuge (*conforme lo indica Colpensiones en el acto administrativo SUB 230981 del 31 de agosto del 2018, página 14 archivo 1 y en el expediente administrativo –Archivo 19- obra tal resolución Cd. fl. 2).*

En este orden de ideas, procede la Sala a resolver la presente Litis Advirtiendo lo pretendido de manera principal por la demandante es se

estudie el reconocimiento de la pensión post mortem conforme a lo establecido en al Acuerdo 049 de 1990.

De manera preliminar y para dar solución al presente asunto sea del caso señalar, respecto del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe recordarse este beneficio de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005[3], tiene dos límites temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo -29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

Conforme a lo anterior, se tiene que en el expediente administrativo allegado por Colpensiones (Cd. fl. 2, archivo 19) reposa copia de la cédula de ciudadanía del de cujus (*Archivo 1, pág. 38 expediente digital*) que da cuenta de su fecha de nacimiento el **8 de diciembre de 1951**, ello permite concluir que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1° de abril de 1994 el actor contaba con 42 años de edad, por tanto, en principio sería beneficiario del régimen de transición, debiendo procederse entonces a la verificación del régimen que le sería aplicable a efecto de establecer sus requisitos y la acreditación de los mismos en el plenario.

En cuanto al régimen anterior, se observa que el señor JAIRO RAFAEL CANTILLO SALAS durante su vida laboral efectuó cotizaciones a COLPENSIONES desde el 30 de enero de 1973, fecha que se consigna en la historia laboral aportada en el expediente administrativo obrante en el Cd. fl. 2

---

[3] "*Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.*

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen"

Archivo 19, por manera que, el régimen aplicable a la situación pensional del afiliado fallecido lo sería el contenido en el Acuerdo 049 de 1990, que en su artículo 12 exige la edad de 60 años para el hombre y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, como se dijo, antes del 31 de julio de 2010.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que el señor CANTILLO SALAS (q.e.p.d.) para la fecha de su deceso 29 de septiembre del 2009 tan solo contaba con **57 años** de edad (*nació el 8 de diciembre de 1951)*, es decir, los 60 años los habría cumplido el 8 de diciembre del 2011, razones por las cuales, pese a ser beneficiario del régimen de transición resulta que para la data del fallecimiento ni tan siquiera había alcanzado la edad para adquirir la pensión bajo el manto de la norma anterior a la Ley 100 de 1993, esto es, el Acuerdo 049 de 1990, razones por las cuales no es posible acceder al reconocimiento pensional en los términos solicitados en la demanda.

En otro giro, frente a la pensión de sobrevivientes solicitada por la actora inicialmente ha de señalarse, respecto a la normatividad que ha de trazar los derroteros para determinar cuál es el titular o titulares de la pensión solicitada, y cual la proporción que se ha de tener en ella, ha expresado la Corte Suprema de Justicia que por regla general la fecha de fallecimiento del afiliado o pensionado determina la norma que regulará la sustitución pensional y el derecho a la pensión de sobrevivientes[4], razón por la cual, para el presente caso la normatividad aplicable sería la vigente al momento del fallecimiento del señor JAIRO RAFAEL CANTILLO SALAS, ocurrido el 29 de septiembre del 2009, esto es, la Ley 797 de 2003[5], la cual exige para el reconocimiento de la pensión aquí solicitada, que el afiliado causante cuente con una densidad de 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la fecha del fallecimiento.

---

[4] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia 24421 del 25 de mayo de 2005.*

[5] "*Artículo 12: Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. 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 …"

En ese orden conforme a los periodos señalados en la historia laboral obrante en el expediente administrativo (Cd. fl. 2 Archivo 19) el causante tan solo cuenta con **42.08** semanas de cotización reportadas entre el **29 de septiembre del 2006 al 29 de septiembre del 2009** (3 años anteriores a la muerte), es decir que no alcanza las 50 semanas exigidas por la norma vigente a la data del deceso (Ley 797 de 2003), para otorgar la pensión de sobrevivientes aquí pretendida.

Adicionalmente y en punto a los alegatos de conclusión presentados por el apoderado de la parte actora en relación con la aplicación de la condición más beneficiosa, resulta ahora oportuno memorar la sentencia con radicación 45262 del 25 de enero de 2017, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues para el caso de autos, en el evento de haberse dado la posibilidad de entronizar la Ley 100 de 1993, por condición más beneficiosa, lo cierto es que en virtud de la nueva línea de pensamiento de la H. Corte Suprema de Justicia[6], dada la fecha de fallecimiento del causante, 29 de septiembre del 2009 (Cd. fl. 2, Archivo 1 pagina 12), no podrían haberse diferido los efectos de la Ley 797 de 2003 hasta ese entonces, toda vez que solo resulta factible efectuarlo cuando la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, época que no alcanzaría para beneficiarse de los preceptos de la Ley 100 de 1993 en esta temática a la madre del causante, señora MARIA SALAS DE CANTILLO.

[6] *"(…) Pero ¿cuál es el tiempo de permanencia de esa «zona de paso» entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003? Bueno, para la Corte lo es de tres años, tiempo este que la nueva normativa (Ley 797 de 2003) dispuso como necesario para que los afiliados al sistema de pensiones reúnan la densidad de semanas de cotización-50- y una vez verificada la contingencia de la muerte los causahabientes puedan acceder a la prestación correspondiente. Con ese fin, se obtiene un punto de equilibrio y se conserva razonablemente por un lapso determinado- tres años-, los «derechos en curso de adquisición», respetándose así, para determinadas personas, las semanas mínimas establecidas en la Ley 100 de 1993, «con miras a la obtención de un derecho en materia de pensiones, cuya efectividad se subordina al cumplimiento ulterior de una condición», cual es, la muerte. Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 797 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 29 de enero de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la muerte, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (29 de enero de 2003 – 29 de enero de 2006), el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional (…)"*

Por otro lado, también debe resaltar esta Corporación conforme se anotó de manera preliminar en el presente proveído el ISS hoy COLPENSIONES le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes a la señora LOIDA ESTER DE LOS RIOS PEÑA mediante Resolución No. 3368 de 2011, por acreditar su calidad de cónyuge o compañera, advirtiéndose si bien fue citada por el Juez *a quo* en calidad de litisconsorte los supuestos que rodearon dicho reconocimiento no fueron discutidos dentro del debate procesal, esto es, no se determinó si en efecto existió o no convivencia de su parte con el de cujus y por ende si en efecto ostentaba la calidad de compañera permanente o de cónyuge, razón por la cual su condición quedó definida conforme lo estableció en su momento el ISS hoy Colpensiones, circunstancia por la cual la demandante no tendría en estos momentos derecho a la referida indemnización, por cuanto conforme a lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 se consagró quienes resultan ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, por manera que los órdenes de beneficiarios establecidos en tal normativa resultan ser excluyentes, y en esa medida los beneficiarios del literal b únicamente tendrán derecho al reconocimiento si no hay beneficiarios del literal a, y los beneficiarios del literal c únicamente tendrán derecho si no existen beneficiarios de los literales a y b) y así sucesivamente.

En este orden de ideas, al existir la señora LOIDA ESTER DE LOS RIOS PEÑA en calidad de compañera permanente o cónyuge del de cujus, acreditando con ello su vocación de beneficiaria, es claro como lo señaló la Juez de primer grado que desplazó a los demás beneficiarios, en concreto a la madre del causante ahora aquí demandante.

Finalmente debe aclarar la Sala ningún estudio se realizó frente a la señora LOIDA ESTER DE LOS RIOS PEÑA, por cuanto si bien se ordenó en primera instancia el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, el mismo es improcedente como quiera que fue vinculada al proceso en calidad de demandada y adicionalmente no elevó pretensiones propias que dieran lugar a efectuar consideraciones en relación con sus pedimentos, y desde luego tampoco fue absuelta de algún pedimento en su contra.

Corolario de lo anterior, evacuado el estudio de las pretensiones incoadas por la demandante en el grado jurisdiccional de Consulta y habiéndose arribado a las mismas conclusiones absolutorias halladas por la *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia.

SIN COSTAS en ésta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Segunda (2) Laboral Transitoria del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ésta 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 DANIEL MARTINEZ FRANCO CONTRA LIGIA LAGOS PUENTES (RAD. 35 2019 00523 01)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte DEMANDANTE *(folio 4)*, 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 de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de octubre de 2021, en la que se resolvió *(Audiencia virtual Archivo, Archivo 22 expediente digital, record: 20:24)*:

> ***"PRIMERO: SE DECLARA** que operó la terminación de contrato de prestación de servicios profesionales sin justa causa imputable a la demandada LIGIA LAGOS PUENTES.*
>
> ***SEGUNDO: SE CONDENA** a LIGIA LAGOS PUENTES al pago de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la terminación del vínculo de prestación de servicios; es decir deberá pagar a favor del demandante la suma de $2.213.151.*
>
> ***TERCERO: SE ABSUELVE** a la demandada LIGIA LAGOS PUENTES de las demás pretensiones reclamadas en su contra.*
>
> ***CUARTO: SIN COSTAS** en esta instancia."*

Respecto de la anterior decisión, el demandante solicita la adición frente a la condena de la indexación de las sumas adeudadas[1], a lo cual accedió el Juez de primer grado[2].

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante la apeló; solicitando se condene al pago de los honorarios que se causaron durante el transcurso del contrato de prestación de servicios que se estableció entre las partes, precisando que los derechos de petición elevados tenían el propósito de demostrar realmente la actividad de alto riesgo que desarrolló la señora LIGIA LAGOS en aras de que le fuera reconocida la pensión de vejez por tal actividad, no siendo una capricho la cantidad de solicitudes elevadas, pues reitera eran necesarios para el reconocimiento pensional, precisando tal documental incluso fue solicitada por Colpensiones mediante autos de pruebas, considerando tales actuaciones sí fueron con el propósito de obtener el reconocimiento.

Señala que si COLPENSIONES no le recoció la pensión fue porque no radicaron tales documentales relativas a la prueba de la exposición a alto riesgo, dado que la demandada terminó previamente el contrato y ya no había forma de obtener tales misivas. (Audiencia virtual, Archivo 22, record: 23:12)[3]

---

[1] **Apoderado demandante (Record: 22:25):** Señor juez antes de interponer recurso de apelación, que lo voy a interponer, le solicite que adicione en el sentido que en la demandada se solicitó la condena de la indexación de los valores condenados, únicamente le hago esa solicitud y posteriormente si tomare la palabra para interponer el recurso.

[2] **Juez (Record: 23:12):** Bien entonces teniendo en cuenta que había una solicitud de condena indexada entonces se aclara el fallo, agregando el numeral, agregando a la condena al segundo numeral de la condena de $2.213.151, debidamente indexados, como quiera que haciendo la claridad que como esta no está sujeta a ninguna moratoria entonces opera la indexación según los dictados de la Corte Suprema de Justicia en Sala Laboral.

[3] **Apoderado demandante (Record: 23:57):** Si señor juez entonces si interpongo recurso de apelación para que sean modificada la sentencia en el sentido, de que considero que si es necesario y así se lo solicitó al Tribunal que se condene al pago de los honorarios que se causaron durante el transcurso del contrato de prestación de servicios que se estableció entre las partes. Lo anterior por cuanto si se analiza cada uno de los derechos de petición, todos estos tenían la, el propósito de demostrar realmente la actividad de alto riesgo que desarrolló la señora LIGIA para que fuera reconocida la pensión de vejez de actividad de alto riesgo.

Si se observa la documentación de COLPENSIONES y la resolución de COLPENSIONES, es por medio del cual de la cual se solicitó, se solicitaron las pruebas, el auto de pruebas y la resolución, pues allí se indica que la documentación que se requiere radicar ante la entidad debe especificar el alto riesgo desempeñado, sí, entonces no fue un capricho esa cantidad de derechos de petición elevados, sino que era necesario para el reconocimiento pensional. Entonces cada uno de ellos siempre, de esos derechos de petición, sobre todo en los últimos en los que pues ya yo era el apoderado; siempre se indicó que era necesario por parte de los empleadores especificar si la señora estaba expuesta a radiación, a rayos X, cuáles eran los horarios, cuales era el lugar de, cuál era el lugar de trabajo y todas esas circunstancias solicitadas por COLPENSIONES. Entonces todas ellas todas estas actuaciones sí fueron con el propósito de obtener el reconocimiento.

Finalmente, COLPENSIONES pues no reconoció la pensión porque no se alcanzaron a radicar o a comprobar está el documenta, esta documentación porque la señora pues terminó previamente el contrato entonces no había forma ya de obtener esa documentación y por eso COLPENSIONES pues terminó negando el derecho, porque no se obtuvo finalmente por parte del suscrito esa documentación específica, que era que la señora

Por su parte la demandada LIGIA LAGOS PUENTES, solicita se revoquen las condenas impuestas señalando que no se cumplió con el objeto del contrato, pues la firma de abogados estaba actuando de manera irresponsable e indiscriminada, elevando derechos de petición que generaban dudas a la demandada, precisando hubo impericia en tanto no se identificaron plenamente los empleadores de la demandada y además la forma irresponsable en que se hacían esos derechos de petición que acumularon más o menos 35 y algunas tutelas que efectivamente dan a entender que el objetivo de esta empresa en su momento era solamente estar ejerciendo derechos de petición y tutelas indiscriminadamente, pero sin efectuar acciones relacionadas con el verdadero objeto del contrato, ya que no se dio la corrección ni la actualización de la historia laboral y nunca hubo una actuación encaminada a COLPENSIONES para obtener la pensión.

Considerando no se le puede premiar a una empresa que, en una forma no responsable y no profesional, se comprometió a obtener una pensión de vejez por alto riesgo que aún la demandada no tiene. Por lo tanto, la justa causa que se expresó el 28 de julio de 2017 es valedera, dado que no existía otra forma para que parar la gestión que se estaba realizado. (Audiencia virtual, Archivo 22, record: 26:28[4])

---

estaba expuesta a alto riesgo. Entonces a pesar del tiempo transcurrido desde que yo fui el apoderado sí sé y sí se encaminó de una manera mucho más precisa el objeto contractual.

Solamente dejó sentado el recurso de apelación en ese sentido para que el Tribunal tenga en cuenta este argumento y pues como lo dijo el señor juez yo lo ampliaré y lo sustentaré en la segunda instancia muchas gracias.

[4] **Apoderado demandada (Record: 26:28):** Gracias su señoría, su señoría respetuosamente dentro de la oportunidad legal que nos da me permito presentar el recurso de apelación para que se revoquen parcialmente, solamente los numerales primero y segundo que se mantengan firme los demás puntos de la sentencia que usted acaba de emitir.

En el proceso está claramente determinado que el contrato es del 18 de diciembre de 2015, tenía 2 partes: primero la corrección y actualización y segundo posteriormente el reconocimiento de la pensión especial de vejez a favor de la señora LIGIA LAGOS, está plenamente probado que ella tuvo necesidad para el 28 de julio de 2017, es decir, 2 años casi después, tener que decirles a esta empresa IMPERA que terminaba su vinculación con ellos, en frente a este contrato porque no se estaba cometiendo verdaderamente el objeto del contrato, no estaba clara la forma en que ellos estaban actuando en, en por demás irresponsable e indiscriminada de ejercer unos derechos de petición, que bien ya le llamaba la atención a la misma que poderdante.

En el caso de tercerizar de la clínica de la mujer fueron enfáticos en señalar que se les hacía raro por qué esta empresa atinaba de una u otra forma a volver a insistir en, en manifestar si la señora había trabajado no en algunos casos donde ya no había trabajado, entonces ante esta situación que ella veía que efectivamente manifestaba una impericia en el manejo de primero identificar plenamente quiénes eran esas personas y segundo de la forma irresponsable en que se hacían estos derechos de petición que acumularon más o menos como su señoría lo vea y al menos 35 derechos de petición y algunas tutelas que efectivamente dan a entender que el objetivo de esta empresa en su momento era solamente estar ejerciendo derechos de petición y tutelas indiscriminadamente, pero no cometiendo verdaderamente el objeto del contrato, no lo cumplió no es ni se dio la corrección su señoría, ni se dio la actualización honorables magistrados en su momento, porque no se dio la corrección porque nunca se corrigió, tampoco se dio la actualización de la historia clínica de la señora, no es menos cierto que posteriormente pues menos nunca ni siquiera hubo una actuación de ellos

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, DANIEL MARTINEZ FRANCO, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (página 14 expediente digital Archivo 1), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en las páginas 5 a 13 ibídem, encaminadas a que se declare el incumplimiento 'del contrato de prestación de servicios, en consecuencia se condene al pago de $44.387.017 por concepto de honorarios de acuerdo a las tarifas del Colegio Nacional de Abogados, al pago de la cláusula penal de $2.484.348, al 19% de los valores condenados por concepto de IVA, costas y agencias en derecho e indexación de los valores condenados. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones,** por cuanto, si bien se declaró el incumplimiento del contrato por causas imputables a la demandada condenando al pago de 3 salarios mínimos mensuales vigentes para el momento de la terminación del contrato de prestación de servicios debidamente indexado, absolvió del pago los honorarios profesionales tras considerar que transcurrió un año y medio sin que se demostraran actos tendientes a lograr el cumplimiento del objeto por lo que Colpensiones negó el reconocimiento pensional, considerando el Juez la existencia de legitimación en la causa por activa de DANIEL MARTÍNEZ FRANCO por cuanto en su sentir el derecho litigioso entre la sociedad IMPERA ABOGADOS S.A.S. y el demandante fue cedido a través de un acuerdo de voluntades.

En este orden de ideas, advierte la Sala desde los umbrales del proceso los anhelos de la parte actora como persona natural se circunscribieron a establecer que la demandada incumplió el contrato de prestación de servicios celebrado el 18

---

encaminada a COLPENSIONES para obtener la pensión pues porque, porque no habían hecho la primera parte.

Entonces bajo esas condiciones no se le puede premiar a una empresa que, en una forma no responsable, que una forma no profesional, se comprometa a llevar una posición actual de una obtención de una pensión de vejez por alto riesgo que aún la señora no tiene, hoy en el momento actual tampoco la tiene la señora, somos enfáticos en señalar, todo por la inoperancia que tuvo estas personas en el manejo de este contrato. Por lo tanto, su señoría la justa causa de que tuvo la señora lagos el 28 de julio de 2017, no era más que valedera, no existía otra forma para que ella pudiera parar esta forma en que se estaba llevando su gestión, que finalmente no trajo nada, no le trajo a ella, sino que tener que ahorita defenderse en un proceso bajo el cual no se cumplió el cometido de un contrato que igualmente era muy leonino y supremamente muy indícienle para ellos.

Efectivamente pues sobre estos argumentos en me doy la gentileza para ampliar ante el honorable Tribunal a fin de que se revoque parcialmente como he reiterado el numeral uno y numeral 2 de la presente condena y se mantenga todas las demás cláusulas en su firme, no es más señoría.

de diciembre del 2015, persiguiendo se declare que la pasiva: "*debe al suscrito, los honorarios por las actuaciones realizadas",* "*debe al suscrito, todos los gastos en que se incurrió en la búsqueda del objeto contractual", "debe al suscrito, el concepto de la cláusula penal por terminar el contrato sin justa causa justificada"* (Pretensiones declarativas Nos. 3, 6 y 7, Archivo 1 expediente digital página 14), refiriendo como situaciones fácticas que "*El 18/12/2015, la demandada Ligia Lagos Puentes y la Sociedad IMPERA ABOGADOS S.A.S., empresa de servicios jurídicos, suscriben un contrato de servicios profesionales"* como también que el 28 de mayo del 2019 la sociedad IMPERA ABOGADOS y el demandante realizaron un contrato de cesión de derechos respecto del contrato del 18 de diciembre del 2015, la cual le fue notificada a la demandada requiriéndola para que pagara los honorarios y la cláusula penal (hechos Nos. 1, 102 y 103 Archivo 1 expediente digital páginas 1 y 13).

Igualmente, se tiene que el Juez de primer grado en la etapa de fijación del litigio estableció que el problema jurídico a desarrollar en el *sub lite*, se centraría en "*Determinar si el contrato de prestación de servicios suscrito entre la sociedad Impera abogados y la señora Ligia Lagos se incumplió por causa imputable a la demandada, si la demandada debe pagar al demandante honorarios regulados por el colegio nacional de abogados, clausula penal, IVA y gastos en los que se incurrió en el contrato de prestación de servicios profesionales."* (Ver acta Audiencia Art. 77 CPL, Archivo 21 expediente digital).

Ahora bien, obra en autos el CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS suscrito el 28 de mayo del 2019 por GLORIA INÉS ROA HERNÁNDEZ en nombre y representación legal de IMPERA ABOGADOS S.A.S. y DANIEL MARTÍNEZ FRANCO como abogado designado para cumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales celebrado por dicha firma con la señora LAGOS PUENTES, en donde se pactó (Archivo 1 expediente digital, páginas 253 y 254):

Clausulas

PRIMERA.- Objeto.- La sociedad **CEDENTE** manifiesta que de manera voluntaria realiza la cesión total a favor del CESIONARIO de los derechos patrimoniales que a ella le corresponden del contrato suscrito por **IMPERA ABOGADOS S.A.S.** y **Ligia Lagos Puentes** con cédula 51687049 del 18/12/2015, respecto del cual se podrá iniciar el trámite correspondiente por parte del **Cesionario** para la obtención de los honorarios pactados en dicho contrato y la cláusula penal, bien sea mediante incidente de regulación de honorarios o mediante demanda ante la jurisdicción.

SEGUNDA.- Las partes convienen que esta cesión corresponde al cien por ciento (100%) del total de los derechos patrimoniales pactados en el contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre IMPERA Abogados y la señora Ligia Lagos Puentes de forma gratuita a favor del Cesionario, y éste a su vez acepta dicha Cesión a título gratuito, adquiriendo las obligaciones y derechos que la Sociedad ostentaba en el contrato cedido y sus adiciones y modificaciones.

TERCERA.- Autorizaciones.- EL CESIONARIO se encuentra facultado para solicitar el cumplimiento de las obligaciones del contrato cedido, al Mandante del contrato del 18/12/2015.

Del mismo modo, se deber tener en cuenta que el vínculo jurídico entre la sociedad IMPERA ABOGADOS S.A.S. y la señora LIGIA LAGOS PUENTES se dio del 18 de diciembre del 2015 (data suscripción contrato) al 28 de julio del 2017 (data de terminación por parte de la demandada), es decir, en época anterior a la suscripción del contrato de cesión de derechos patrimoniales, situaciones no discutidas por las partes en esta instancia.

Planteadas así las cosas, revisado el periplo procesal se tiene entonces que a través del presente proceso ordinario el accionante DANIEL MARTÍNEZ FRANCO como persona natural persigue el cobro de unos honorarios profesionales presuntamente adeudados por la señora LIGIA LAGOS PUENTES, evidenciando esta Corporación el contrato de prestación de servicios profesionales fue celebrado por la aquí demandada con la sociedad IMPERA ABOGADOS S.A.S. (*ver archivo 1 expediente digital, páginas 1 a 5*), precisando como ya se anotó si bien esta sociedad a través de un CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS de fecha 28 de mayo del 2019, realizó de manera voluntaria la cesión total de los derechos patrimoniales que a ella le corresponde del contrato suscrito con la aquí demandante a DANIEL MARTÍNEZ FRANCO para la obtención de los honorarios pactados en dicho contrato y la cláusula penal (*ver archivo 1 expediente digital, páginas 253 y 254),* se advierte una falta de competencia en razón al factor objetivo, es decir, la naturaleza de la relación jurídica material[5], lo cual da lugar a

[5] **SENTENCIA T-308 del 2014**

2.5.1. Factor objetivo de competencia

establecer que en este caso no es el Juez Laboral a quien corresponde conocer asuntos como el de autos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2 del C.P.L. que reza:

> "*ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:*
>
> *(…)*
>
> *6. **Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive.***

Al tenor de la disposición normativa en cita, la cual incluso incluye el conocimiento no sólo de la solución de los conflictos relacionados con el cobro de honorarios causados, sino también de otras remuneraciones que tienen su fuente en el trabajo humano, como cláusulas penales, sanciones, multas, entre otras, establecidas o pactadas en los contratos de prestación de servicios profesionales, así se involucre el resarcimiento de perjuicios (*conforme lo establecido en la sentencia SL 2385 del 2018 Rad. 47566 del 9 de mayo del 2018*), como se indicó, la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral no tiene competencia para conocer del presente asunto, precisando que la situación no puede ser enmarcada en el contenido del numeral 6 del artículo citado, habida cuenta que dicha disposición hace referencia al cobro de honorarios derivados de la prestación personal del servicio, circunstancia que no se acompasa con la vivida en autos, pues nótese que el denominado contrato de prestación de servicios con el cual se pretende se regulen los honorarios profesionales, registra como contratista a una persona jurídica (IMPERA ABOGADOS S.A.S.) hecho que de entrada desdibuja la prestación personal del servicio, pues la misma solo puede predicarse de una persona natural, siendo la norma procesal laboral la que exige que para el conocimiento del juez de la materia, se trate de remuneraciones derivadas de servicios personales de carácter privado.

Téngase en cuenta, que la sociedad IMPERA ABOGADOS S.A.S. lo que cedió a favor de la persona natural aquí demandante fueron "*los derechos patrimoniales que a ella le corresponden del contrato suscrito por IMPERA ABOGADOS S.A.S. y Ligia Lagos Puentes (…), respecto del cual se podrá iniciar el trámite*

También ha sido nominado por razón del litigio o la materia y es aquel criterio que sirve para especializar las áreas de la jurisdicción: penal, civil, administrativa, etc., por eso es llamada en razón al litigio dada por el proceso y la cuantía.

En razón a la cuantía se refiere al costo del proceso en cuanto a lo reclamado en la petición y el valor de la diferencia entre lo reclamado y lo concedido

correspondiente por parte de Cesionario para la obtención de los honorarios pactados en dicho contrato y la cláusula penal", por ende el señor DANIEL MARTÍNEZ FRANCO sí bien se encuentra legitimado para pedir dichas sumas de dinero, en punto a la regulación de honorarios no es el Juez Laboral el competente para su tasación, en tanto el servicio prestado a favor de la señora LIGIA LAGOS PUENTES no fue dado por DANIEL MARTÍNEZ FRANCO sino por una persona jurídica -IMPERA ABOGADOS S.A.S.-, sin que tenga trascendencia que el togado DANIEL MARTINEZ FRANCO u otro hubiera atendido el objeto del contrato celebrado entre la señora LIGIA LAGOS PUENTES y la sociedad IMPERA ABOGADOS S.A.S.

Así las cosas, como en el presente asunto en el fondo la controversia se ventila por IMPERA ABOGADOS S.A.S. (persona jurídica) dado los servicios prestados a favor de LIGIA LAGOS PUENTES, por la presunta falta de pago de honorarios y clausula penal, es clara la inexistencia de un servicio personal por parte de DANIEL MARTINEZ FRANCO en favor de LIGIA LAGOS PUENTES, iterando en el presente asunto el señor MARTINEZ FRANCO si bien se encuentra legitimado para accionar al ser destinatario de los derechos patrimoniales de la persona jurídica IMPERA ABOGADOS S.A.S. en virtud de la cesión señalada, debió demandar fue ante la especialidad Civil.

En suma, dado que al abogado Daniel Martínez Franco le fueron cedidos los derechos patrimoniales de la empresa Impera Abogados S.A.S., siendo entonces ahora acreedor de esas prerrogativas, lo que lo legitima para reclamar, lo cierto es que en este particular asunto equivocó la vía o especialidad para proponer este debate, toda vez que tal como se ha venido anotando a lo largo de este proveído quien prestó el servicio fue una persona jurídica, por lo que resulta claro que no hubo entonces una **prestación personal de servicios** de DANIEL MARTÍNEZ FRANCO en favor de la demandada LIGIA LAGOS PUENTES, sin que la mentada cesión en favor de la persona natural Daniel Martínez Franco tenga la virtualidad de distorsionar lo que en la realidad ocurrió.

Razones por las cuales, al tenor de lo dispuesto por el artículo 16[6] del Código General del Proceso, esto es, que *"la falta de competencia por factores distintos*

[6] **ARTÍCULO 16. PRORROGABILIDAD E IMPRORROGABILIDAD DE LA JURISDICCIÓN Y LA COMPETENCIA**. La jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables. Cuando se declare, de oficio o a petición de parte, la falta de jurisdicción o la falta de competencia por los factores subjetivo o funcional, lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula, y el proceso se enviará de inmediato al juez competente. Lo actuado con posterioridad a la declaratoria de falta de jurisdicción o de competencia será nulo.

del subjetivo o funcional ***es prorrogable cuando no se reclame en tiempo****, y el juez seguirá conociendo del proceso*", se ha de entender prorrogada la misma al tratarse este asunto de una falta de competencia por el factor objetivo, situaciones que conllevan a decidir de fondo la presente Litis, por lo que conforme a lo atrás expuesto al evidenciarse que no se dio una prestación personal del servicio del profesional del derecho como personal natural a favor de la señora Ligia Lagos Puentes, habrá revocarse la decisión del *a quo* para en su lugar absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor DANIEL MARTÍNEZ FRANCO.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

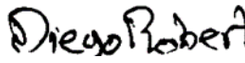
En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA LABORAL,** administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

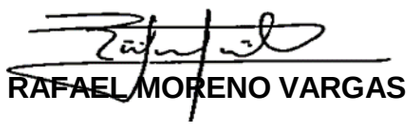
PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada LIGIA LAGOS PUENTES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor DANIEL MARTINEZ FRANCO, de conformidad con las consideraciones expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

La falta de competencia por factores distintos del subjetivo o funcional es prorrogable cuando no se reclame en tiempo, y el juez seguirá conociendo del proceso. Cuando se alegue oportunamente lo actuado conservará validez y el proceso se remitirá al juez competente.

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLARA INÉS FRANCO MORENO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES– COLPENSIONES Y JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ (RAD. 36 2016 00118 02).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandada COLPENSIONES (folios 4), 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

La Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., profirió sentencia el 20 de septiembre de 2021 (Audiencia Virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *probada la excepción de mérito denominada como inexistencia del derecho reclamado, propuesta por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER*** *a las demandadas JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en contra, en su contra por la señora CLARA INÉS FRANCO MORENO, de conformidad a la parte motiva de está providencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *en costas a la demandante señora CLARA INÉS MORENO. Liquídense con la suma de $500.000 como agencias en derecho.*
>
> *Aclaro en el numeral segundo es de todas y cada una de las pretensiones elevadas por la demandante CLARA INÉS FRANCO MORENO. (sic)*
>
> ***CONSULTESÉ*** *la presente decisión en caso de no ser objeto de apelación".*

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la anterior decisión únicamente respecto al monto de la condena en costas que se le impuso a su representada[1]*(Audiencia Virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams record. 53:25).*

Teniendo en cuenta que la recurrente únicamente manifestó su inconformidad respecto al monto de las agencias en derecho a que fue condenada su representada, asunto que en nada toca la decisión de fondo proferida por la juez a quo, como tampoco es esta la oportunidad procesal para debatir la tasación de la condena en costas y como quiera que la decisión fue totalmente desfavorable a la demandante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 CPTSS, la Sala procede a desatar el grado jurisdiccional de consulta, respecto de la citada sentencia.

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 CLARA INÉS FRANCO MORENO en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda, *(expediente virtual, carpeta 01. Archivo Expediente digitalizado 2016-00118.pdf, páginas 3 y 4),* las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 2 y 3 del mismo archivo virtual, Aspirando se declare la nulidad del dictamen No. 51637665 emitido el 23 de octubre de 2014, por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, y en su defecto se dé plena validez al dictamen emitido por la médico especialista en salud ocupacional DIANA MILENA TRIANA GÓMEZ, portadora del registro médico 251300 de 2008; en consecuencia se declare que la demandante tiene una pérdida de capacidad laboral del 63.39%, con fecha de estructuración 28 de mayo de 2013, de origen común; se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de invalidez de

[1] **Apoderada demandante (53:25):** Señora juez presento recurso de apelación solamente en contra de la condena de costas y agencias en derecho. Considero que la señora FRANCO tuvo que asumir la prueba pericial y esta esta tasada muy alto y pues considero que debe ser tasadas de manera tal que pueda ella acceder al pago de las mismas. Gracias.

origen común desde el 28 de mayo de 2013; se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar las mesada pensionales causadas desde el 28 de mayo de 2013, así como los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo en primera instancia una decisión desfavorable, en la que se declaró probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado propuesta por COLPENSIONES y se absolvió a la demandada de todas las pretensiones de la demanda. Para arribar a esa decisión, el juzgado ordenó una nueva valoración de la demandante que efectuó la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá en la que se obtuvo un porcentaje de pérdida de capacidad laboral inferior a la determinada por la Junta Nacional; encontró que los argumentos en que se sustentan ambos dictámenes guardan una estrecha relación. Frente al dictamen de la profesional de medicina aportado con la demanda, la juzgadora advirtió no refiere los fundamentos de derecho en que sustenta su decisión, lo que a su juicio impide determinar si los porcentajes que aplica están acordes con el manual único de calificación vigente para la fecha en que se hizo la calificación y soporta su dictamen en un examen médico que data del año 2003, es decir muy antiguo, que no guarda relación con la evolución de la dolencia y los tratamientos recibidos por la demandante. Concluyó, la parte demandante no logró acreditar la existencia de algún yerro en el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Así pues, habrá de examinarse si al interior del proceso existen pruebas suficientes que den lugar a determinar que se debe modificar el porcentaje de perdida capacidad laboral definida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. En esa dirección, resalta la Sala en primer lugar, de acuerdo con los artículos 60[2] y 61[3] del C. P. del T. y la S.S., el juez al momento de resolver el litigio sometido a su consideración debe analizar la totalidad de las pruebas oportunamente allegadas al expediente y, ante la aportación de varias, bien puede sustentar su decisión en una o un grupo de ellas a las que le da mayor grado de convicción, dejando de lado las

[2] *"El Juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo."*

[3] *"El Juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio.*
En todo caso, en la parte motiva de la sentencia el juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento."

que no le ofrecen igual credibilidad en armonía con el restante material probatorio. En ese sentido, pueden consultarse las sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia con radicación 42096[4] del 24 de abril de 2012 y radicación 35450[5] del 18 de septiembre de 2012.

Así las cosas, se advierte inicialmente, el Decreto 2463 de 2001, en el artículo 11 señala, los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez no son actos administrativos y las controversias que surjan con ocasión de éstos, pueden ser

---

[4] "Sobre la afirmación del impugnante en el sentido que "Esta prueba no podía ser desconocida por el Tribunal como lo hizo (…) para en cambio apoyarse en un certificado expedido por la empresa (…)" (folio 22), es pertinente recordar, la sentencia de esta Sala de la Corte del 5 de noviembre de 1998, radicación 11111, reiterada entre otras, en la del 8 de noviembre de 2011, radicación 44091, en la cual sobre la libertad para apreciar las pruebas, se dijo lo siguiente:

"Por parecer pertinente la doctrina expresada en aquella ocasión, se reproducirá aquí lo dicho en sentencia de 27 de abril de 1977, inédita, y en la que se explicó lo que a continuación se copia:

"El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

"Pueden, pues, los jueces de las instancias al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso extraordinario de casación como fuente del quebranto indirecto que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada.

"La eficiencia de tales errores en la evaluación probatoria para que lleven a la necesidad jurídica de casar un fallo no depende pues simplemente de que se le haya concedido mayor fuerza de persuasión a unas pruebas con respecto de otras sino de que, aun de las mismas pruebas acogidas por el sentenciador o de otras que no tuvo en cuenta, surja con evidencia incontrastable que la verdad real del proceso es radicalmente distinta de la que creyó establecer dicho sentenciador, con extravío en su criterio acerca del verdadero e inequívoco contenido de las pruebas que evaluó o dejó de analizar por defectuosa persuasión que sea configurante de lo que la ley llama el error de hecho".

En tal virtud, en lo relativo a que la actividad laboral de alto riesgo debió darse por demostrada en este proceso con lo confesado en la Resolución No 3727 de 1999, y no con ninguna otra prueba, como sería el certificado de cargos expedida por MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A, debe indicarse que los Jueces Laborales gozan de la potestad de apreciar libremente las pruebas de conformidad con lo previsto en el artículo 61 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, lo que permite concluir que mientras las inferencias del Juzgador sean lógicas, razonadas y aceptables, como sucede en este asunto, quedan cobijadas por la presunción de legalidad y acierto."

[5] "De la misma manera tiene señalado la Corporación, que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de invalidez no obliga al juzgador y que si para definir una determinada controversia se ve enfrentado a dos dictámenes disímiles uno rendido por la junta regional y otro por la nacional, podrá escoger para fundamentar su decisión aquél que le merezca mayor credibilidad analizado dentro del conjunto de elementos probatorios con los que cuente, pudiendo también optar si lo considera menester, por ordenar un tercer dictamen todo dentro del marco de libertad probatoria que le asiste de conformidad con los artículos 51, 54 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social."

sometidas a un control ante la jurisdicción ordinaria laboral, aspecto ratificado en el decreto 1352 de 2013, en su articulo 4 y el parágrafo del artículo 40, y aunado a ello el tema en particular ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, como en sentencia SL 2496 de 2018[6],

---

[6] *En cuanto a lo primero, importa a la Corte recordar que si bien las aseguradoras del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones están obligadas a respetar y acatar los dictámenes proferidos por las juntas de calificación de invalidez --no constitutivos de actos administrativos como manifestaciones de la voluntad de la autoridad--, en atención a su carácter técnico-médico, dichos dictámenes pueden ser controvertidos ante los jueces de la República según lo dispuesto por los artículos 11 y 40 del Decreto 2463 de 2001, y el Decreto 1352 de 2003.*

En ese orden, le corresponde al juzgador evaluar si están presentes los elementos de juicio que permitan establecer sí la persona reúne los requisitos tanto formales como materiales para acceder a la pensión; o si, por el contrario, debe optar por apartarse de la fecha establecida en el dictamen de calificación de invalidez, por encontrar que existen inconsistencias que no permiten definir con certeza el momento en que ocurrió la pérdida de capacidad laboral del afiliado de forma permanente y definitiva al no reflejar la situación médica y laboral real de la persona.

En el presente caso, el Tribunal encontró que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia tomó como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de la demandante el 22 de diciembre de 2005, "día en que se comprobó por el laboratorio el déficit de vitamina B12", lo cual consideró que no correspondía con el fundamento del dictamen en cuestión, y en ese sentido, estimó que debía tomarse como fecha de estructuración de la invalidez el 24 de marzo de 2003, es decir, 3 años antes de haberse efectuado la valoración neurológica a la demandante, la cual tuvo lugar el 24 de marzo de 2006. A esa conclusión arribó el Tribunal con fundamento en que la demandante recibió, en calidad de paciente, el tratamiento de vitamina B12 durante un lapso de tiempo de 3 años, razonamiento que no fue atacado por la recurrente en alguno de los cargos de su demanda, y por lo tanto, permanece incólume.

La sociedad recurrente, por su parte, enfila el primer ataque de su demanda de casación por la vía directa de violación de la ley, con el propósito de desvirtuar la fecha de estructuración del estado de invalidez laboral fijada por el Tribunal, pues, en su parecer, "no era válido cambiar la fecha de la estructuración de la minusvalía incluida en un dictamen de una junta calificadora de invalidez por tratarse de un aspecto de carácter técnico o científico y, por tanto, ajeno a su especialidad como juzgador".

Sobre la posibilidad de que el dictamen médico especializado expedido por las juntas de calificación de invalidez sea susceptible de ser desvirtuado para efectos prestacionales, la Corte en sentencia CSJ SL, del 19 de octubre de 2006, radicación 29622, dijo lo siguiente:

"Ciertamente, la Corte ha estimado que en la actualidad el estado de invalidez de un trabajador corresponde establecerse mediante la valoración científica de las juntas de Calificación, a través del procedimiento señalado en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional. Pero la Sala de Casación Laboral no ha sostenido que los parámetros señalados en el dictamen de la Junta sean intocables. La regla sentada en el fallo citado por el recurrente como apoyo de su criterio es que, en principio, la declaración del estado de invalidez es materia de expertos y no corresponde, en los actuales momentos, a la entidad de seguridad social, como ocurría antes, sino a unos entes autónomos, como son las juntas Regionales en primera instancia, y la Nacional en último grado.

"De ninguna manera ha considerado la Corte que los hechos relativos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre el hecho genitor de la minusvalía, tenidos en cuenta por uno de tales entes, o por ambos si se agotan las dos instancias, sean materia incontrovertible ante la jurisdicción del trabajo. Por el contrario, en reciente sentencia del 13 de septiembre 2006 (rad. 29328), tuvo esta Sala de Casación oportunidad de referirse al tema, en los siguientes términos:

"Por otra parte, la circunstancia de que la Junta Nacional actúe como órgano de segunda instancia para resolver las reclamaciones formuladas por los interesados contra las evaluaciones de las juntas regionales, no necesariamente su concepto obliga al juez. De no ser así, ciertamente carecería de sentido la intervención de la jurisdicción laboral simplemente para dar un aval al pronunciamiento de un ente que, tal cual lo reconoce la censura, no tiene la potestad del Estado para "decidir" el derecho. Sólo el juez puede, con la fuerza que

imprime a sus decisiones el instituto de la cosa juzgada, definir si hay lugar a establecer el estado de invalidez o los parámetros en que debe reconocerse la pensión objeto de controversia y, para tal propósito, nada le impide acudir al apoyo de un ente especializado en la materia y que cumple funciones públicas, así sus miembros no sean servidores del Estado, en virtud del moderno esquema de administración descentralizada por colaboración".

"Cuando en casos como en el que ocupó a la Sala en esa oportunidad, se planteó una manifiesta contradicción de la valoración médica sobre el nivel de la incapacidad entre las juntas de calificación que intervinieron para tal efecto, la Corte no tuvo duda sobre el carácter discutible del punto y la plena competencia de los jueces para establecer, también por medios técnico-científicos el verdadero grado de invalidez del afectado. Con mucha más razón cuando se trata del señalamiento de la fecha en que se estructura la invalidez, porque no en todos los casos se podrá inferir tal data de una prueba infalible e incontrastable y, por lo mismo, incontrovertible, como sería lo ideal. Para la muestra un botón: En el sub examine, el Tribunal consideró contraevidente e ilógico que una persona haya laborado durante varios años ejerciendo actividades de vendedor y la Junta de Calificación de Invalidez desconozca esa realidad, dejando de lado el material probatorio que tuvo a su disposición y sin que ameritara un pronunciamiento al respecto, y se dictamine que la invalidez se produjo en la infancia temprana, muchísimos años antes del despliegue de una vida laboral, esa sí demostrada fehacientemente.

"Reitera la Corte, entonces, su criterio ya decantado de que los jueces del trabajo y de la seguridad social sí tienen plena competencia y aptitud para examinar los hechos realmente demostrados que contextualizan la invalidez establecida por las juntas, a fin de resolver las controversias que los interesados formulen al respecto. Ello, por supuesto, no llega hasta reconocerle potestad al juez de dictaminar en forma definitiva, sin el apoyo de los conocedores de la materia, si el trabajador está realmente incapacitado o no y cuál es la etiología de su mal, como tampoco cuál es el grado de la invalidez, ni la distribución porcentual de las discapacidades y minusvalías".

Y sobre la necesidad de que dicho criterio técnico científico sea idóneamente desvirtuado en el proceso donde se discute la aludida condición laboral con fundamento en los distintos medios de prueba que prevé la ley, en sentencia CSJ SL, del 23 de septiembre de 2008, radicación 32617, asentó:

"La censura centra su inconformidad únicamente en el dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación, que taxativamente plasmó como fecha de estructuración de la invalidez del actor, "desde la infancia", para reclamar la obligatoriedad de tal peritación en los términos del artículo 11 del Decreto 2463 de 2001, pero no puede dejarse de lado que el ad quem para formar su juicio también tuvo un argumento de indudable trascendencia en la definición según el cual, con apoyo en la historia clínica y en los testimonios atrás aludidos, comprobó que el actor a pesar de su discapacidad que presentaba desde la infancia, "pues era sordomudo", realizó para la empresa oficios varios como "barrer, arrimar madera, es decir realizaba una actividad productiva acorde con su discapacidad", amén de que su empleadora lo mantuvo afiliado al ISS.

"Realmente, la Sala no puede pasar inadvertido, igualmente, un aspecto, quizás el más relevante dentro del proceso, y es el de que el Tribunal estableció que "el demandante permanecía laborando y afiliado al sistema de seguridad social en pensiones desde enero de 1995, hasta 10 de agosto de 2004, cuando fue calificado por la junta con una pérdida de capacidad del 54,95%". Esta realidad, que no controvierte el impugnante, no puede tomarse en forma aislada, so pretexto de que la única prueba válida para decidir el asunto es el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, porque, si ello fuera así, la definición de derechos, como el aquí reclamado, estaría única y exclusivamente en manos de las mencionadas Juntas, no siendo éste el querer de la legislación aplicable al asunto. Además, no podría perderse de vista que el demandante cotizó al ISS más de (9) años para los riesgos de IVM, a través de la empleadora, por servicios a ella prestados.

"Es más, en el resumen del dictamen de la calificación practicada el 10 de agosto de 2004 a instancias del juzgado (fl. 59) se destaca en la parte final que "no necesita ayuda para las actividades de la vida diaria" y que desde la infancia "presenta trastornos mentales, de la audición y del habla desde dicha época".

"El juzgador de alzada se llenó de argumentos para explicar el desarrollo que del artículo 47 de la Constitución Política realizó el legislador, mediante la expedición de la Ley 361 de 1997, dirigida a crear mecanismos para la protección laboral de los discapacitados, de la que destacó el artículo 26 cuyo tenor es el siguiente: "En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar…". Igualmente, con apoyo en la sentencia de esta Sala de la Corte, que identificó y reprodujo en lo pertinente, evaluó todos los medios probatorios recaudados, junto con el dictamen de la Junta de

donde entre otros aspectos, se hizo referencia a la facultad que posee la jurisdicción ordinaria laboral frente a los dictámenes de pérdida de capacidad, para tener la posibilidad de modificar entre otros aspectos el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, con fundamento en la valoración de los medios de prueba aportados.

Adicionalmente, es claro que la determinación de la pérdida de capacidad laboral debe realizarse con sujeción al Manual Único para la Calificación de Invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, de acuerdo con el cual, el dictamen debe contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado de desempeñar su trabajo por la pérdida de la capacidad laboral, además de contener detalladamente los fundamentos de derecho y de hecho que dan lugar al resultado.

Establecido lo anterior y para resolver, se advierte el dictamen controvertido en el presente asunto, se emitió en vigencia del Manual Único para Calificación de Invalidez, esto es el Decreto 917 de 1999, *(expediente digital, carpeta 01. Expediente digitalizado, archivo 01. Expediente digitalizado 2016-00118.pdf fl. 17)* por lo que conviene memorar que dicho decreto en su artículo 4 señala:

Calificación Regional, que lo llevaron en una forma razonada, al convencimiento de que lo procedente era revocar la sentencia del a quo, convicción que dedujo de la facultad de la libre valoración probatoria que le confería el artículo 61 del C. P. del T., que le indicó que existían otros medios reales, tangibles e irrefutables que desvirtuaban que la fecha de estructuración de la invalidez del actor hubiera sido desde la infancia.

"La conclusión final que el ad quem plasmó en su providencia, previo el análisis normativo ampliamente sustentado, y la evaluación integral de las pruebas, de que no podía "atenderse el dictamen en relación con la época de estructuración de la merca (sic) de capacidad, ya que es contrario a las pruebas practicadas en el proceso, pues si bien como ya se ha dicho en esta providencia, el demandante es sordomudo, pero esta minusvalía no lo apartó del mundo laboral, ni le impidió realizar labores como aquellas que realiza, y por lo tanto no puede entonces decirse que la merma de capacidad en su totalidad se dio desde la infancia…" no resulta contraria a la legalidad ni a lo que en realidad le demostraron las pruebas integralmente consideradas.

"El Tribunal, entonces, no incurrió en el error jurídico que se le endilga porque nada diferente de lo que establece la ley y la jurisprudencia dejó consignado en su sentencia".

En consecuencia, si bien es cierto que para la Corte la valoración técnica y científica de las juntas de calificación de invalidez, a través de los procedimientos señalados en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional, es, en principio, la fórmula probatoria propia para la determinación de la condición de invalidez, también lo es, que bajo ciertas circunstancias, dicha valoración es susceptible de ser desvirtuada para efectos de la pensión correspondiente a través de la diversidad de medios probatorios previstos en el ordenamiento jurídico procesal y al tenor de las normas que rigen la actividad del juez del trabajo, que, conviene recordarlo, tiene como principio que orienta y dirige su labor falladora la facultad del libre convencimiento en los términos señalados por el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Por manera que, para este caso, no es cierto que el Tribunal no pudiera cambiar la fecha de estructuración de invalidez, que es el argumento sobre el cual edifica la recurrente su primer ataque al fallo."

> *"Para efectos de la calificación de la invalidez, los calificadores se orientarán por los requisitos y procedimientos establecidos en el presente manual para emitir un dictamen. Deben tener en cuenta que dicho dictamen es el documento que, con carácter probatorio, contiene el concepto experto que los calificadores emiten sobre el grado de la incapacidad permanente parcial, la invalidez o la muerte de un afiliado y debe fundamentarse en:*
>
> *a) Consideraciones de orden fáctico sobre la situación que es objeto de evaluación, donde se relacionan los hechos ocurridos que dieron lugar al accidente, la enfermedad o la muerte, indicando las circunstancias de modo, tiempo y lugar dentro de las cuales sucedieron; y el DIAGNOSTICO CLINICO de carácter técnico-científico, soportado en la historia clínica, la historia ocupacional y con las ayudas de diagnóstico requeridas de acuerdo con la especificidad del problema.*
>
> *b) Establecido el diagnóstico clínico, se procede a determinar la PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL del individuo, mediante los procedimientos definidos en el presente manual. En todo caso, esta determinación debe ser realizada por las administradoras con personal idóneo científica, técnica y éticamente, con su respectivo reconocimiento académico oficial. En caso de requerir conceptos, exámenes o pruebas adicionales, deberán realizarse y registrarse en los términos establecidos en el presente manual."*

Bajo las anteriores precisiones, se advierte, la señora Clara Inés Franco Moreno, fue calificada por la Junta Nacional de Calificación De Invalidez el 23 de octubre de 2014 *(expediente digital, carpeta 01. Expediente digitalizado, archivo 01. Expediente digitalizado 2016-00118.pdf fls. 11 a 19)*, entidad que determinó, una pérdida de capacidad del 44,51%, por trastorno depresivo recurrente, trastorno de personalidad tipo c, artrosis de manos, mala oclusión, gastritis crónica, histerectomía, ooferectomía bilateral y síndrome de túnel carpiano leve derecho, origen común y con fecha de estructuración 28 de mayo de 2013, decisión respecto a la cual no hay discusión frente a la fecha de su estructuración y su origen común.

Para controvertir la decisión de la Junta Nacional de Calificación de invalidez, respecto al porcentaje de pérdida de capacidad laboral, la parte actora allegó, dictamen pericial, rendido por la Médica especialista en salud ocupacional Dra. Diana Milena Triana Gómez, con fecha de elaboración 12 de diciembre de 2015 (*(expediente digital, carpeta 01. Expediente digitalizado, archivo 01. Expediente digitalizado 2016-00118.pdf fls. 22 a 26)* que establece una pérdida de capacidad laboral del 63.39%. Así mismo se advierte, el juzgado de conocimiento en forma oficiosa ordenó la práctica de una nueva valoración a la demandante por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, dictamen de fecha 15 de

noviembre de 2019 (fls. 221 a 226 ibídem), en el que se determinó el 43,82% de pérdida de capacidad laboral.

Pues bien, analizados los dictámenes obrantes en el expediente, advierte la Sala, tanto el emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, como el que profirió la Junta Regional de Bogotá, se basaron en la historia clínica completa de la aquí demandante, exámenes o pruebas paraclínicas y valoraciones por especialistas; así mismo citaron los fundamentos de derecho en que basaron su decisión, que corresponden a la Ley 100 de 1993, el Decreto 917 de 1999 (manual único de calificación), la Ley 776 de 2002, el Decreto 2566 de 2009 por el cual se adopta la tabla de enfermedades profesionales, entre otras; en tanto el dictamen emitido por la profesional Diana Milena Triana Gómez aunque relacionó una serie de valoraciones que tuvo en cuenta para emitir su experticia, no hizo referencia a los fundamentos normativos en que se sustenta su decisión; nótese que aunque hace referencia a criterios de calificación establecidos en unas tablas, no especifica a cuales se refiere o en que compendio normativo se encuentran incluidas, lo que impide a la Sala analizar, si los porcentajes que asignó a cada una de las deficiencias que analizó son consonantes con el manual único de funciones aplicable al caso en concreto y tal como lo afirmó la juez a quo, no es posible a la jurisdicción entrar a hacer conjeturas respecto a la norma que pudo aplicar la médico perito para adoptar su valoración.

Ahora, para arribar a su conclusión relativa a un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al determinado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la médico ocupacional Diana Milena Triana Gómez analizó frente al trastorno depresivo recurrente, se le debe asignar a la actora, una calificación del 30% *"ya que se completan como mínimo 2 años del cuadro, cumpliendo las características de remisión parcial, con presencia de alteraciones del humor".* La gastritis crónica la calificó con un 9.9%, a partir de una endoscopia digestiva tomada a la señora Franco Moreno en el año 2003 en la que se diagnosticó una gastritis crónica atrófica que implica la existencia de una alteración anatómica en su estómago. En lo que atañe a la deficiencia correspondiente a la maloclusión de la boca, también consideró debe asignarse un mayor puntaje debido a que la *"las fracturas y caries son indicativos de la afección severa que la paciente tiene en la apertura del maxilar inferior".*

En audiencia celebrada el 1° de julio de 2020 *(expediente digital, carpeta 07. Audiencia 01.07.2020, audio 01 parte 1 record. 0:06:12)*, la juez de conocimiento tuvo la oportunidad de escuchar a la doctora Sandra Fabiola Franco Barrero, médico ponente del dictamen de determinación de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez a instancias de este trámite procesal. En relación con el trastorno depresivo recurrente, tanto la Junta Nacional como la Junta Regional de Calificación de invalidez asignaron una calificación del 10%. Al respecto la médico Sandra Fabiola Franco señaló que dicho porcentaje obedece a que no existe prueba del tiempo de evolución de la patología, a la falta de continuidad en el tratamiento por parte de la demandante y a la sintomatología referida por la paciente.

Frente a la gastritis crónica, ambas juntas de calificación asignaron un porcentaje del 4.90%; aspecto en relación con el que la ponente de la Junta Regional expresó que no se pudo establecer el grado de severidad de la dolencia, pues en la historia clínica aportada por la paciente, no reposaba ninguna endoscopia de vías digestivas altas que permitiera determinar el grado de afectación del órgano y aclaró que aunque hubiera contado con la endoscopia de 4 de marzo de 2003, se trata de un examen bastante antiguo y la paciente pudo haber sido tratada y el cuadro pudo ser completamente diferente para el año 2013. Sobre los problemas de mala oclusión de la boca señaló en la historia clínica aportada para el dictamen reposa un documento correspondiente a un examen clínico de agosto de 2014 que refiere oclusión normal, buena relación molar y por ello no se le asignó puntaje por mala oclusión.

A partir de lo anotado por la ponente del dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, la Sala advierte otras situaciones que vale la pena tener en cuenta en relación con el experticio emitido por la especialista en salud ocupacional dra. Diana Milena Triana Gómez. En primer lugar se advierte, la citada profesional de la salud estima se le debe asignar a la aquí demandante una calificación del 30% frente a la deficiencia por trastorno depresivo recurrente porque en su criterio, para la fecha de la estructuración de la pérdida de capacidad laboral (28 de mayo de 2013) esa dolencia llevaba dos años de evolución; sin embargo, la ponente del dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, fue clara en señalar, no existe en la historia clínica de la actora, probanza relativa al

tiempo de evolución de ese padecimiento y además advirtió falta de continuidad en su tratamiento.

Además de ello, resulta relevante para la Sala, que en el dictamen aportado con la demanda y cuya declaratoria de validez se pretende, se haya dado un porcentaje de calificación del 9.9% a la deficiencia de gastritis crónica y la profesional de la salud haya arribado a dicho guarismo a partir del análisis de una endoscopia practicada en el año 2003, es decir, por lo menos diez años atrás, de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, examen que como explicó la doctora Sandra Fabiola Franco Barrero, ponente del dictamen emitido por la Junta Regional a instancias del trámite procesal, de un lado no fue aportado junto con la historia clínica de la demandante y no fue analizado por la Junta Nacional como tampoco por la Junta Regional y de otro lado, dada la fecha de su práctica no resultaría concluyente, pues se desconoce si con posterioridad al año 2003, la actora se benefició de algún tratamiento que pudiera variar la condición advertida en aquella endoscopia.

En ese orden de ideas, conforme las apreciaciones expuestas, esta Sala de decisión, no encuentra fundamentos en el dictamen decretado como prueba pericial, que pudiesen enervar la conclusión del dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, máxime cuando las conclusiones a que arribó la doctora Sandra Fabiola Franco en su dictamen, se acompasan con los argumentos esgrimidos en su oportunidad por la Junta Nacional; y mucho menos el dictamen aportado con la demanda puede derruir los argumentos y conclusiones del dictamen de la Junta Nacional, pues se itera, presenta afirmaciones, conclusiones y análisis que le restan credibilidad en especial por la ausencia de medios de convicción tendientes a corroborar lo manifestado, razones suficientes para no tener en cuenta el contenido de la prueba en comento.

Así las cosas, para esta Sala de decisión, no hay lugar a modificar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral establecido en este, pues vale recordar que si bien esta jurisdicción tiene la facultad de efectuar dicha modificación en los dictámenes, lo cierto es que tal decisión debe fundamentarse en los criterios técnicos y médicos contenidos en los medios de prueba que se aporten, y bajo dicha precisión, lo que se advierte es que en el caso de marras el dictamen presentado por la actora

muestra imprecisiones frente a la valoración de los porcentajes de las deficiencias, lo que le quita fuerza de convicción en contraste con el dictamen de la Junta Nacional, el cual genera mayor credibilidad por lo dicho, lo que impide dejarlo sin valor, razón es por la cual se confirmará la decisión absolutoria impartida en primer grado en este aspecto, y consecuencialmente atendiendo al grado porcentual de pérdida de capacidad laboral hallado, no hay lugar al examen de la viabilidad de la pensión de invalidez.

Sin COSTAS en ésta 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 36 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

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 WILSON LINO HIDALGO MONTELAGRE CONTRA ESTRELLA INTERNACIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA S.A. (RAD. 36 2018 00369 02).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada ESTRELLA INTERNACIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA S.A. (correo electrónico del 11 de enero del 2022 folios 4 a 6), lapso durante el cual el demandante guardó silencio, 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 de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes, contra la sentencia proferida por la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de septiembre de 2021 (Archivo 15 expediente digital, record: 38:36), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *que entre el señor WILSON LINO HIDALGO MONTEALEGRE, y la empresa ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA, existieron sendos contratos de trabajo a término fijo o de obra labor, conforme lo indicado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a ESTRELLAINTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA a cancelar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el valor del cálculo actuarial, por el tiempo en que el señor WILSON LINO HIDALGO MONTEALEGRE no estuvo afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones,*

> *esto es, los periodos señalados en numerales 1 a 41 del ordinal primero de la presente sentencia, como se podrá corroborar en el acta, acorde a la parte motiva de la sentencia. Lo anterior, representado en un bono o título pensional, de acuerdo con la liquidación que en efecto realice la señalada entidad, con observancia del Decreto 1887 de 1994.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** en COSTAS a la empresa ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA, liquídense la suma de $3.000.000 como agencias en Derecho."*

Inconforme con la decisión, los apoderados de ambas partes recurrieron la decisión.

En primer lugar, la apoderada de la demandada ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA, presentó recurso de apelación con el fin, principalmente, de que se revoque la sentencia y en su lugar, se absuelva de las pretensiones incoadas en su contra, precisando si bien en la parte considerativa se habla de cálculo actuarial se condena al pago de un bono pensional figuras que son totalmente diferentes, solicitando su revisión.

Por otro lado, refirió, en síntesis, que esa sociedad no tenía la obligación de cotizar al Sistema de Seguros Sociales, ya que esta surgió para el sector petrolero solo con la Resolución 4250 del 28 de septiembre de 1993, advirtiendo, no se trata de un empleador omiso, en tanto el sistema de seguridad social que se introdujo con la Ley 90 de 1946 fue aplicada de manera gradual.

Resalta, antes de la ley 100 de 1993 en Colombia solamente existían regímenes pensionales con prestación definida, situación ésta que fue modificada con la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, a partir del cual se permitió la coexistencia de los modelos pensionales excluyentes, del régimen de prima media con prestación definida y el de ahorro individual, sin que pueda confundirse el concepto de bono pensional con el de título pensional como denominado reserva actuarial, precisando no existía la obligación en cabeza del empleador de aprovisionar hacia el futuro, pues en su sentir no es posible mezclar diferentes regímenes pensionales, el patronal de los seguros sociales y el de Seguridad Social, con el fin de crear una nueva obligación, en tanto la

obligación de realizar aprovisionamientos para pagar el aporte del sistema de seguridad social, reitera sólo surgió con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Advierte que en el remoto e improbable el caso de que se considere que el demandante tiene derecho a que se le validen en esos tiempos de servicios prestados bajo un régimen patronal sin la entrada en vigencia del sistema de seguros sociales, lo procedente sería, a lo sumo el pago de cotizaciones indexadas, pero nunca el pago de un cálculo actuarial irracional, precisando como quiera que no se dijo nada sobre el salario se debe tener en cuenta que existen unas categorías de salario máximo asegurable por el ISS, situación que reitera su petición de pagar únicamente el porcentaje del aporte o cotización debidamente indexada.

Finalmente, dijo, la Corte Constitucional ha impuesto al empleador el pago del 75% de los aportes, tomando como base el salario mínimo de la época en que se desarrolló el vínculo laboral, correspondiendo el 25% restante al trabajador. Ello, tras considerar esa Corporación que es una forma que respeta los criterios de razonabilidad y proporcionalidad del principio de solidaridad (Sentencia T-492 de 2013), aduciendo en dicha providencia se ha establecido una formula en la que se aportan las semanas trabajadas con la accionada en la forma tripartita indicada en el artículo 16 de la Ley 90 de 1946, esto es, que el empleador debe cancelar el 50%, el trabajador el 25% y el estado representado por Colpensiones el otro 25%. (Archivo 15, record: 40:01[1])

[1] "Interpongo apelación contra la decisión respecto de todo lo desfavorable a mí representada tanto los principales como lo accesorio, recurso que procede aceptar, ya tengo una sola palabra doctora para sustentar y gracias.

Bueno sea, lo primero indicar que la juez, pues entre la parte considerativa habla de cálculo actuarial, pero finalmente condena a la figura de lo que denominó bono o bono pensional, circunstancias que son diferentes y en tal sentido solicitó al honorable Tribunal proceda a pronunciarse atendiendo lo contradictorio de la decisión.

Ahora bien, la Ley 90 del 46 en su artículo 16, consagró que los recursos necesarios para cubrir las prestaciones sociales debían ser obtenidos, salvo en casos actuados, de la contribución tripartita forzosa de los trabajadores, el patrono y el Estado, en el artículo 66 consagraron las acciones por omisión de inscripción o declaración de inscripción, o declaraciones tardías o inexactas sin que previera una consecuencia por incumplimiento de una supuesta obligación de aprovisionamiento. Es importante resaltar que el Instituto colombiano de Seguro Social asumió inicialmente los seguros de maternidad y enfermedad general, no temas pensionales, en el año 51 comenzó a regir el Código sustantivo de trabajo, el cual mantuvo a cargo de las empresas con capital de más de 800,000, la obligación del pago de pensiones de jubilación, pero esta prestación dejaría de estar al cargo del empleador cuando el riesgo correspondiera fuera asumido por el Instituto colombiano y en el caso de empleadores de actividades extraídas de la industria del petróleo y sus derivados tal asunción por el ISS se dio con la Resolución 4250 del 28 de septiembre de 93.

Así las cosas, el artículo 72 de la ley 90 del 46 consagra la intangibilidad del sistema de prestaciones patronales, no la amalgama de regímenes como si se tratara de un proceso de alquimia jurídica y se prestaciones patronales, entretanto, seguían rigiendo, obviamente, en las condiciones establecidas por ellos, en la manera que si cuando estaban en vigor un trabajador no alcanzaba a completar los 20 años de servicios, no le existía derecho alguno.

Antes de la ley 100 del 93 en Colombia perdón, solamente existían regímenes pensionales con prestación definida, situación ésta que fue modificada con la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, a partir del cual se permitió la coexistencia de los modelos pensionales excluyentes, del régimen de prima media con prestación definida y el de ahorro individual.

No debe confundirse el concepto de bono pensional con el de título pensional como denominado reserva actuarial cual ha sido considerado como "un pagaré el pasivo de pensiones que debe ser emitido por las empresas privadas que tenían a su cargo el reconocimiento del pago de pensiones de sus trabajadores antes de la entrada en vigencia de la ley 100 del 93". "En relación con los trabajadores que seleccionen el régimen de Prima media y cuyo contrato de trabajo estuviera vigente el 23 de diciembre, pues se hubiere iniciado con posterioridad a esa fecha.

Así las cosas, el artículo 72 de la Ley 90 del 46 en la Ley 33 y el artículo 33 de la Ley 100 del 93, ni ningún otro precepto jurídico instituye la obligación de aprovisionamiento con relación a contratos extinguidos, porque en ellos ya se ha consumado una situación que no puede ser revivida por el legislador so pena de quebrantar derechos adquiridos, pues así un proceder, si se procediera la ley respectiva, sería retroactiva, lo que riña abiertamente como un estado social de derecho. De manera que en punto a contratos financieros antes de la ley 100 de 93 no existía la obligación en cabeza de la del empleador de aprovisionar hacia el futuro pues no es posible entre mezclar diferentes regímenes pensionales, el patronal de los seguros sociales y el de Seguridad Social, con el fin de crear una nueva obligación que la propia guardiana de la Constitución consideró como conculcadora del principio fundamental del Estado social de Derecho.

Se afecta el valor jurídico de la irretroactividad de la ley, base fundamental de un Estado social de Derecho, pues con base en normas que sólo surgen con la ley 100 del 93 se le da efecto retroactivo beneficios contemplados exclusivamente a partir de su vigencia, la obligación de realizar aprovisionamientos necesarios del capital para pagar el aporte del sistema de Seguridad Social, a cargo de empleadores sólo surgió con la Ley 36, el artículo 33 de la ley 100 del 93, antes del 93 no existía el concepto jurídico de cálculo actuarial, es más, en sentencia hito sobre el tema, como son la T 784 del 2010 y la T 712 del 2010 que no fueron consideradas por el despacho la honorable Corte Constitucional lo que ordenó es que la administradora de pensiones liquide las sumas actualizadas de acuerdo con el salario que devengaba el trabajador en el periodo del cual laboro y la empresa transferir esas a la administradora el valor actualizado de la suma que por este el liquidada, por lo que en el remoto e improbable el caso de que se considere que el demandante tiene derecho a que se le validen en esos tiempos de servicios prestados bajo un régimen patronal sin la entrada en vigencia del sistema de seguros sociales, lo procedente, señores magistrados, sería, a lo sumo el pago de cotizaciones indexadas, pero nunca el pago de un cálculo actuarial irracional.

El artículo 72 de la Ley 90 al 43 no puede ser fundamento, una obligación de aprovisionamiento o de pago de cálculo actuarial, porque esta disposición no consagra nada parecido al respecto, sino algo muy diferente. Primero reiterar que quienes no ingresan al sistema de seguros sociales por excluir los nuevos reglamentos, quedan sujetos a la legislación anterior. Segundo que, en caso de cumplir los requisitos del antiguo régimen, los empleadores tenían la obligación de pagar esas pensiones y tercero que cuando el Seguro Social ya me inscripción, y por ende asuma el riesgo, deben afiliar el cumplir el aporte previo para los que queden incluidos en el régimen, no para los excluidos.

Es claro que ninguna norma legal aplicable al caso bajo examen hace referencia a calculo actuariales, ni aprovisionamientos ni bonos pensionales como lo indicó la señora juez para el caso de la referencia. En el concepto aporte previo, según lo señalé el ISS para que cada caso tendría que efectuar eventualmente las empresas del sector privado. Cuando "el Seguro Social no fuera asumiendo las respectivas pensiones dista mucho de un supuesto deber de efectuar aprovisionamientos para efectuar las cotizaciones de Seguro Social cuando así se los exija de acuerdo a la ley, que fue lo que aplicó en este caso la señora juez en efecto. Hacer aprovisionamiento es contrario hace un aporte, por un lado, hacer un aporte es pagar una suma de dinero nunca fue ni se aplicó un absurdo de del deber de reservar un capital y mucho menos destinado a ser aprovisionamientos futuros y muchísimo menos estimados, con bases en tasas de cotizaciones posteriores al tiempo de servicios o intereses técnicos inexistentes, extraños, que conducen a su más desproporcionadas, racionales, como la del presente caso.

El apoderado de la parte actora por su parte impugna el fallo señalando no haberse mencionado los salarios sobre los cuales se debe hacer el cálculo actuarial al que se condenó, solicitando se tenga en cuenta la certificación expedida por la demandada el 11 de abril del 2018 en donde se indican los salarios bases de cotización que son superiores al mínimo legal mensual vigente

---

Solo con la ley 100 se vino a introducir el concepto de cálculo actuarial aplicable en estricto sentido a los términos definidos por el legislador, donde no se enlistó e incluso realizando un esfuerzo interpretativo se incluyó casos como el discutido en referencia. De esta manera, para efectuar el cálculo y actuarial, es indispensable que se aplique las provisiones referidas en cuanto a que el mismo nace para el régimen de prima media, con prestación definida con el parágrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 del 93 y con el restrictivo alcance dado con el propio artículo primero del decreto 1887 de 1994, razón por la que no se podría realizar un cálculo actuarial para relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la entrada en vigencia la ley 100, pues ello significa otorgarle efectos hacia el pasado a una obligación pensional que fue establecida por la Ley 100 del 93, sólo para ciertos casos y con efectos para relaciones vigentes a la entrada en vigencia de dicha ley y no respecto de aquellas que fenecieron, que incluso antes de la entrada en vigor del sistema de seguros sociales.

Ahora bien, en lo que atañe al salario en gracia de discusión lo más ajustado a la entidad, pero no por ello legal, sería que lo sumo se condena al pago de cotizaciones indexadas respecto del salario, pues nada se dijo en la decisión. Con base en las primeras tarifas cotizadas y fijadas en los reglamentos del ISS. En el caso que tampoco se mencionó en la decisión en el Decreto 3090 del 79, modificado por el Decreto 1983 y 2610 del 89, aspectos que deben ser considerados, pues siempre ha existido unas categorías de salario máximos asegurables por el ISS. Nótese que para la época de la cotización por forzosa era tripartita, por lo que en él incluso en ese hipotético evento, mi prohijada sólo estaría en la obligación de pagar el porcentaje de aporte indexado de la cotización que les corresponde.

También solicitó a los honorables magistrados se tenga en cuenta las decisiones de la Corte Constitucional que, en similares casos se ha invertido en lo que ha condenado el empleador a pagar el 50% de los aportes teniendo como base de cotización el monto de los salarios mínimos de la época en que se desarrolló el vínculo laboral, luego de considerar que sólo así se respetan los principios de razonabilidad y proporcionalidad propios de la solidaridad, fundamentos de la Seguridad Social, pues esa reducción busca ser efectivo, dice la Corte del componente de cooperación propio del principio de solidaridad y tiene como origen el artículo 20 de la ley 93, que estableció que el monto de la cotización será pagado en tal porcentaje por el empleador y el restante 25% por el trabajador, la sentencia es la T 492 del 2013. El anterior criterio fue ratificado por la sentencia T 014 del 2016, en la que el máximo órgano constitucional ordenó a COLPENSIONES que realizará el cálculo correspondiente a los aportes equivalentes a las semanas en, pues por debidas por el empleador más no un cálculo actuarial y que en virtud del principio de solidaridad en materia pensional, dispuso que el empleador pagará a COLPENSIONES el 75% de la suma que se establezcan en dicho cálculo y que, si se instará al demandante, para que cancelar el 25% restante.

Aún más nótese que en reciente decisión en la T 281 del 2020, la Corte Constitucional reconoció en un caso muy similar al presente, que los empleadores en igual situación fáctica a la que analizada que no realizaron el pago de cotizaciones no por su propio capricho, sino porque el Instituto no había logrado la cobertura necesaria. Primero que debería recurrirse a un mecanismo alterno que sea equitativo. Pues cobrar un cálculo actuarial al empleador, afirmaría que fue responsabilidad la no entrega de tales no, lo cual es incorrecto que va a aplicar de manera retroactiva después de muchos años, una obligación que legalmente no debía asumir, podría tener una carga excesivamente onerosa sobre su estabilidad financiera. Si todos sus entonces trabajadores solicitaron la realización de un cálculo actuarial, lo que sucede en este caso, lo cual le trataría contra el principio de la equidad, toda vez que se crearía un nuevo desequilibrio, que es ciertamente tendría consecuencias en económicas más o menos graves dependiendo del tamaño de la entidad. Se debe que se debe acudir, dice la corte, a una fórmula en la que, tomando como referencia el salario mínimo de aquella época, se aporten las semanas trabajadas con la accionada en la forma tripartita indicada en los artículos en el artículo 16 de la Ley 90 del 46, con esto, el empleador debe cancelar el 50%, el trabajador un 25%. y el estado representado por COLPENSIONES el otro 25%.

Así las cosas, dejo sustentado mi recurso de apelación solicitando a los honorables magistrados que tenga en cuenta respecto de la decisión tomada por la juez la parte considerativa, de indicarse que se trataba de un cálculo, y finalmente hablarse de un bono pensional y las demás consideraciones respecto del salario a considerar, y pues que mi representada no está obligada a la imposición, pues al pago de la condena impuesta en la en la decisión recurrida. Doctora, muchísimas gracias y discúlpeme lo extenso."

de cada época, teniendo en cuenta que el demandante se encuentra en el régimen de ahorro individual donde se analiza el aporte en dinero acumulado para obtener una pensión. (Archivo 15, record: 53:22[2])

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda y subsanación (Archivo 1 expediente digital, páginas 21 a 34 y 76 a 88), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en el mismo archivo página 35, solicitando se declare que con la demandada ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA existieron sendos contratos de trabajo desarrollados de manera interrumpida entre el 16 de marzo de 1986 al 30 de mayo de 1993; periodos en los cuales su empleadora no canceló los aportes a seguridad social en pensiones. En consecuencia, se le condene al reconocimiento y pago de los aportes a seguridad social de los tiempos laborados para dicha compañía, mediante cálculo actuarial que para el efecto realice PORVENIR. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones** por cuanto se declaró la existencia de 41 contratos de trabajo a término fijo o de obra o labor, condenando a la demandada a cancelar a favor de la cuenta de ahorro individual del demandante

[2] "Gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación frente a la decisión que tomó el despacho, teniendo en cuenta que dentro de la decisión que romo el despacho, pues sí, es cierto, acierta en estos tiempos, en el modo en que se deben pagar esos aportes, lo que no es cierto, lo que no se pudo llegar a decir que nunca se mencionó los salarios sobre los cuales se debía hacer dicho cálculo actuarial. Entonces, su Señoría, que dentro del libelo demandatorio se presentó una certificación emanada por ESTRELLA INTERNACIONAL SERVICE. SUCURSAL COLOMBIA, donde se indican los salarios base de afiliación. Que nosotros tomamos, Señoría, para que el honorable Tribunal tenga en cuenta de que en el año 86 certifico por parte de ESTRELLA INTERNACIONAL, hay un salario $48,120, cuando el salario mínimo para la fecha $16,808, para lo cual no sólo sucede para esta fecha, sino también tomemos, por ejemplo, el de 1989 ante salario base dan $254,310 del salario mínimo para la fecha $32.556. Allí es donde deberíamos nosotros afectada, el tema de pensión del señor Wilson Lino, teniendo en cuenta que se encuentra en el régimen de ahorro individual, donde allí se tiene en cuenta que los aportes que los dineros que el acumulado para obtener o bien sea suspensión o alguna reliquidación de la misma, razón por la cual su Señoría solicito del honorable Tribunal, se tengan en cuenta dichos salario, base de liquidación que fueron certificados en el 11 de abril de 2018 por la señora Sandra Liliana Saavedra, teniendo en cuenta que si se verían afectados la pensión el señor Wilson Hidalgo con respecto a los tiempos ya anunciados por la señora juez 36 laboral del circuito que son los mismos que certificó estrella internacional.

Su señoría, simplemente solicitaron al que no honorable Tribunal que dichos tiempos se tengan en cuenta y en este esto único que afectaría el recurso de apelación."

administrada por PORVENIR el cálculo actuarial correspondiente a los periodos indicados en la parte considerativa, por el tiempo que el actor no estuvo afiliado al sistema de seguridad social el pensiones, representado ello en un bono o título pensional de acuerdo a la liquidación que al efecto realice la AFP con observancia del Decreto 1887 de 1994, lo anterior tras considerar que conforme la jurisprudencia de las altas Cortes los empleadores están obligados a efectuar los aportes a pensión aun cuando en el territorio no existiera cobertura del ISS, pues los periodos reclamados por el actor fueron efectivamente prestados y no puede verse truncado su derecho pensional por la omisión en el pago de aportes, precisando si bien para dicha época el empleador no estaba llamado a inscripción por el ISS lo cierto es que debía realizar los aprovisionamientos correspondientes.

Así pues, de acuerdo con los términos de la apelación ya reseñados, el examen de la Sala se limitará a los aspectos expresamente consignados por los recurrentes en la alzada, en virtud del principio de consonancia, quienes no controvirtieron la existencia de la relación laboral en los periodos señalados en la demanda y en la parte considerativa de la providencia apelada.

En ese orden, a efecto de resolver el primer aspecto apelado por la encartada, debe señalar la Sala, si bien la Corte Suprema de Justicia en sus pronunciamientos venía exponiendo el criterio según el cual no era obligatorio realizar la afiliación y por ende la cotización de aportes por el hecho de que en el lugar donde se hubiera prestado el servicio no existía cobertura del Instituto de Seguros Sociales, y por esa razón, no se podía hablar de incumplimiento imputable al empleador, no siendo este responsable de dichos aportes por el tiempo en el que no hubo cobertura de dicho Instituto, lo cierto es que en Sentencia SL9856 del 16 de julio de 2014 dentro de la Radicación No. 41475[3],

---

[3] *Planteado así el estado de la jurisprudencia de la Sala, en virtud de la nueva composición, se considera necesario fijar el criterio de la mayoría de sus integrantes, como enseguida se anota.*

No se somete a duda que la dificultad, si no imposibilidad, logística y financiera que comportaba la implantación del sistema general de pensiones, impuso que su entrada en vigencia se hiciera en forma gradual; por ello, es perfectamente justificable que la asunción de los riesgos amparados por el mismo, no rigiera paralelamente en todas las regiones de la geografía nacional, sino que, en la medida en que se iba haciendo viable, la garantía que implicaba que las pensiones dejaran de estar a cargo del empleador, se fue extendiendo a zonas en las que las condiciones de variada índole permitían el avance. Incluso, no se desconoce que aún llegado el momento en que adquirió vigor jurídico la Ley 100 de 1993, un amplio sector no había alcanzado la protección.

Aun cuando es cierto el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales, no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas.

Precisamente el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 clarificó la situación al disponer «El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta Ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que al momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar dicho riesgo serán menos favorables que las establecidas para aquellos por la legislación sobre jubilación anterior a la presente ley»; de forma que al contemplar esas situaciones, no puede entenderse que excluyó al patrono de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.

En efecto, bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

La sentencia de la Sala Plena de esta Corte, de 9 de septiembre de 1982, reconoce que el empleador tiene una serie de compromisos, en el periodo en el que no existió cobertura; justamente en ella se lee que«la filosofía misma del sistema de Seguridad Social demuestra diáfanamente que lo que se pretendía con él era el beneficio general e indiscriminado de los trabajadores, especialmente en cuanto se ampliaba sistemáticamente la cobertura de las prestaciones para abarcar un extenso grupo de los mismos, que hasta ese momento carecía de tales prestaciones. Las normas correspondientes significaron a la postre un mejoramiento integral de los trabajadores y una tecnificación indudable, de lo cual hasta el momento carecía la legislación laboral del país.

Así pues, desde el propio comienzo de esta nueva etapa de la seguridad social en el país quedó suficientemente claro, además de la citada aspiración técnica, que los riesgos originarios de las prestaciones sociales estarían a cargo del patrono respectivo, solamente mientras se organizaba el Seguro Social Obligatorio. Fue así como el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, en cláusula repetida luego por los artículos 193-2 y 259-2 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que "mientras se organiza el Seguro Social obligatorio corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con los trabajadores, ya sean empleados u obreros"».

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

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

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

fue reexaminado el tema considerándose inviable estimar que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligaciones respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, con fundamento en que ello desconoce la protección integral que se debe al trabajador, pasando por alto que éste último no tiene por qué ver frustrado su derecho al excluirse el periodo durante el cual prestó su servicio bajo el amparo de un aparente vacío normativo, pues esos lapsos tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

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

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

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

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

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

Agregó la Corte en dicho pronunciamiento que el empleador tiene una serie de compromisos por los periodos en los que no existió cobertura, y no se puede imponer la afectación del derecho a la pensión del trabajador porque se desconozcan dichos periodos o por virtud del tránsito legislativo; por lo tanto el patrono debe responder por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, como quiera que sólo de esa manera se libera de la carga que le corresponde en virtud de las obligaciones contractuales entre las partes.

En el caso propuesto en la jurisprudencia traída a colación, si bien se trata de una situación de falta cobertura en algunas zonas geográficas, tal hipótesis, se equipara perfectamente al caso de las empresas petroleras para quienes surgió la obligación de afiliación de sus trabajadores al I.S.S., con posterioridad, ya que la consecuencia en ambos casos es la misma, precisamente, la falta de asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por parte del I.S.S.

Y pese a que en dicho pronunciamiento se hace mención a la aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, en el literal c) del parágrafo 1, que hace referencia a la vigencia del contrato de trabajo para la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, para el caso de autos, salvado el escollo relacionado con la falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales para el sector petrolero en la época de vigencia de los contratos de trabajo del aquí demandante, a efectos de tener en cuenta dichos tiempos de servicios para su derecho pensional, bien podemos acudir al literal d)[4] del mismo parágrafo, -introducido al artículo 33 original por la reforma realizada en la Ley 797 de 2003-, en el cual se dispone la contabilización de tiempo de servicios como trabajadores vinculados con

---

[4] ***Parágrafo 1°.*** *Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:*

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;
b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;
c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.
d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.
e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador, simplemente, sin que allí se exija la vinculación laboral para la referida época.

Valga aquí rememorar lo considerado en sentencia de casación laboral ya citada:

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

Ahora bien, en esa misma dirección se ha pronunciado en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional, como por ejemplo, en Sentencia T-410 de 2014, en la cual, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, concluyó que el condicionamiento relacionado con la necesidad de vigencia de la relación laboral para la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, para la contabilización de los tiempos de servicios en los cuales no se realizaron aportes por el empleador, previsto en el literal c) del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el mismo literal del parágrafo 1º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, es inaplicable, en consideración a que *"…infringen la protección prodigada por los artículos 48 y 58 de la Constitución a los derechos adquiridos en materia pensional, pues los mencionados apartes normativos impiden el traslado de los aportes correspondientes a los tiempos servidos por trabajadores que prestaron su fuerza laboral en empresas que antes de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de una pensión y cuyos contratos de trabajo finalizaron con anterioridad a la entrada en vigor de la misma"*.

A más de lo anterior, téngase en cuenta que, para un caso de idénticas características al presente, la misma Corporación mediante Auto 068 del 20 de marzo de 2014, clarificó el tema de los aportes a la seguridad social en los sectores donde aún no había cobertura del ISS, o no existía una norma que obligara a los empleadores a efectuar estos respectivos aportes; en este auto la Corte Constitucional consideró que debía sujetarse a lo resuelto en la sentencia T-784 de 2010, ya que en esta se decidió sobre un caso en el que una persona que tuvo vínculos laborales con la compañía petrolera Chevron Petroleum Company hasta antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, solicitó se le

ordenara a esta última el reconocimiento y pago de los aportes pensionales correspondientes al tiempo que laboraron para ellos. Puntualmente dijo ese Alto Tribunal:

> *"…Así las cosas, en la sentencia T-784 de 2010 la Corte Constitucional concedió el amparo del derecho a la seguridad social, pues la reconstrucción que hizo del régimen pensional aplicable a quienes trabajaban para las empresas dedicadas a la actividad petrolera, le permitió acertadamente advertir que estas últimas sí estaban obligadas desde la Ley 90 de 1946 a efectuar los aprovisionamientos correspondientes para efectuar las cotizaciones al seguro social cuando así se les exigi[era] de acuerdo con la ley. No obstante, está claro en el proceso que durante todo el tiempo que el señor Julio César Ariza Pinilla trabajó para las entidades demandadas, estas últimas se beneficiaron de la fuerza de trabajo del tutelante, quien prestó sus servicios personales bajo subordinación jerárquica, pero no hicieron los aprovisionamientos pensionales que le depararan a este último al llegar a su vejez, una vida verdaderamente digna y humana…".*

De tal reseña jurisprudencial, resulta claro que desde 1946 existía la obligación de los empleadores de realizar los aprovisionamientos a efectos de realizar los aportes pensionales correspondientes a favor de sus trabajadores, una vez fuera llamada por el ISS.

De tal suerte, no son de recibo para la Sala las hipótesis expuestas por la gestora judicial de la enjuiciada en la alzada en cuanto indica que la empresa a la que representa no tenía la obligación de realizar el cálculo actuarial o aprovisionamientos, argumentando que el llamado a inscripción ocurrió con posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, por lo que no se atenderán de manera favorable tales argumentaciones, por las razones expuestas de manera precedente.

Por otra parte, en lo que hace a la inconformidad que se hizo consistir en disponer el pago únicamente del porcentaje que le correspondía al empleador, baste con señalar, la demandada no probó en autos que durante la vinculación laboral al demandante se le hicieran los descuentos correspondientes para tal fin, siendo precisamente el empleador el obligado a recaudarlos; además, tampoco acreditó que hubiese cumplido con la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar las cotizaciones al sistema de Seguro Social, mientras entraba en vigencia este, pues si bien el ISS llamó a inscripción a las empresas petroleras con posterioridad a la existencia de los vínculos contractuales con el actor, ello no significa que tal deber haya quedado condicionado en el tiempo, pues únicamente lo que se prorrogó fue la

posibilidad de transferir las cotizaciones al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, lo cual como se vio, no se hizo, por ello deberá efectuarse el pago del cálculo actuarial en las condiciones expuestas por la Juez a *quo,* confirmándose su decisión.

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

Al respecto en sentencia SL738-2022 Rad. 87040 del 28 de febrero del 2022. citando la SL4222 del 2021 la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral expresó:

> *"Sobre esto último, esta Corporación en sentencia CSJ SL 2584-2020, reiterada en la decisión CSJ SL673-2021 indicó que* ***el pago del cálculo actuarial está exclusivamente a cargo del empleador, sin que el trabajador tenga que contribuir con algún aporte o porcentaje****. Así se pronunció la Sala en dicha oportunidad:*
>
> > *La razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente.*
> >
> > *Por tal razón, las disposiciones que trascribe la censura para respaldar su tesis no resultan aplicables en este asunto, toda vez que la condena cuyo pago le fue impuesta en las instancias consiste en el título pensional correspondiente al lapso de vinculación, más no el pago de cotizaciones al sistema de pensiones que es lo que aquellas regulan.*
> >
> > *Además, el parágrafo 1.° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la dicha ley tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión debe tenerse en cuenta para efectos de la misma, para lo cual «el empleador o la caja» deberán trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que en modo alguno la norma establezca la contribución por parte del trabajador.*
> >
> > *En efecto, la referida disposición dispone «En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional».*
> >
> > […]

> *De modo que no le asiste razón a la sociedad recurrente en cuanto afirma que el Tribunal se equivocó al condenarla al pago del cálculo actuarial por la totalidad del tiempo en que el actor laboró para ella, y no por el pago del 75% de los aportes a pensión indexados."*

Por otro lado, es importante anotar, no es posible disponer el pago de los aportes por los periodos no cotizados a pensión a favor del demandante con la correspondiente indexación, como lo aspira la recurrente, en tanto las consecuencias de la omisión en la afiliación de un trabajador –que es lo que ocurre en el caso de marras- se encuentran consagradas en la ley y el método para el cálculo de la reserva actuarial está regulada en el Decreto 1887 de 1994.

Así mismo se aclara a la demandada que la orden impuesta por la *a quo* tanto en la parte considerativa como en la resolutiva fue el pago del cálculo actuarial, el cual conforme lo establece el parágrafo 1.° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993[5], deberá estar representado a través de un bono o título pensional, ello para que se pueda realizar el computo del tiempo de servicio prestado por el demandante como trabajador vinculado antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, de modo que ninguna incongruencia se presenta en la decisión de la falladora de primera instancia.

Finalmente, y en cuanto a las inconformidades de la parte demandante y demandada relacionadas con el salario a tener en cuenta para efectuar dicho cálculo actuarial, resulta necesario traer a colación el Decreto 1887 de 1994 a través del cual se establece la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que se debe trasladar a las administradoras de fondos de pensiones.

---

[5] "**ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ.**

(…)

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

(…)

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, **trasladen, con base en el cálculo actuarial**, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, **el cual estará representado por un bono o título pensional."**

Señalando en cuanto al salario que se debe tomar para éste operación aritmética lo siguiente:

> *"**ARTICULO 4o. SALARIO DE REFERENCIA**. Para efectos del artículo anterior, se entiende por salario de referencia el que el trabajador tendría a la edad de 57 años de edad si es mujer o 62 si es hombre. Dicho salario se obtiene de multiplicar el salario base de liquidación por el trabajador a 31 de marzo de 1994, por la relación que exista entre el salario medio nacional a la edad de los 57 años si es mujer o 62 años si es hombre, y el salario medio nacional a la edad que tenía el trabajador a 31 de marzo de 1994. La tabla de salarios medios nacionales será establecida por el DANE y oficializada por el Gobierno Nacional.*
>
> *El salario base de liquidación devengado al 31 de marzo de 1994 estará conformado por los factores que, de conformidad con lo dispuesto en el Código Sustantivo del trabajo, constituyen salario. En todo caso el salario base de liquidación no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente en dicha fecha, **ni superior a 20 veces dicho salario.***
>
> *PARAGRAFO. Para el caso de empleados que, habiendo estado vinculados al 23 de diciembre de 1993, ya no lo están al 31 de marzo de 1994 **el salario de referencia se calculará utilizando el último salario base de liquidación."***

Conforme a lo anterior, luce evidente que el salario de referencia para efectos del cálculo actuarial debe ser el último devengado[6] por el señor WILSON LINO HIDALGO MONTEALEGRE conforme a los extremos laborales declarados por la Juez *a quo* y que no fueron objeto de apelación, es decir, el de mayo de 1993, el cual de acuerdo a la constancia emitida por la Gerencia de Recursos Humanos de la sociedad demandada de fecha 11 de abril del 2018 visible en el archivo 1 del expediente digital páginas 70 y 72, corresponde a **$188.790**, precisándose el salario base de liquidación no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente para 1993 (*último año hasta donde existió la omisión en el pago de aportes pensionales conforme fue pedido en la demanda*), ni superior a 20 veces dicho salario, tal como lo establece el Decreto 1887 de 1994, inciso 1° del artículo 4, respetando las tablas de categorías de salarios del entonces ISS, para establecer el IBC correspondiente a los aportes objeto del cálculo actuarial, adicionándose en este punto la sentencia de primera instancia.

En los términos que anteceden, agotándose de ésta manera la competencia de la Sala, por el estudio de los aspectos que la motivaron, habrá de confirmarse la

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

sentencia de primer grado, adicionándose en punto al salario que se debe tener en cuenta para efectos de la elaboración del cálculo actuarial.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

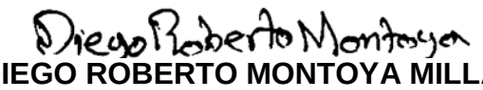
R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primer grado, únicamente en el sentido de señalar que el salario de referencia para la liquidación del cálculo actuarial corresponde a la suma de **$188.790**, precisándose en todo caso el salario base de liquidación no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente para 1993 (*último año en donde existió la omisión en el pago de aportes pensionales*), ni superior a 20 veces dicho salario, respetando las tablas de categorías de salarios del entonces ISS, para establecer el IBC correspondiente a los aportes objeto del cálculo actuarial.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

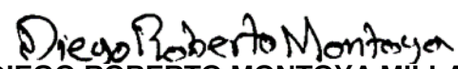
PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NELLY RINCÓN ROZO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., OLD. MUTUAL Y NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. (RAD. 36 2018 00372 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

A U T O

Obra escrito presentado por el doctor JOSÉ SAUL VALDIVIESO VALENZUELA (fls. 4 a 16), mediante el que comunica la renuncia al poder que le fue otorgado por el Ministerio de Hacienda, en virtud de la cesión del contrato de prestación de servicios No. 3364-2021; así mismo aporta constancia de comunicación electrónica de dicha decisión a la cartera ministerial. Teniendo en cuenta que la presente solicitud cumple con las previsiones establecidas en el artículo 76 del C.G.P. SE ACEPTA LA RENUNCIA presentada.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Magistrado

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES (fls. 18 Y 19) y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. (fls. 21 a 23), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de

Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, respecto de la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de diciembre de 2021 (expediente digital, carpeta 18 audiencia 2.12.2021, archivo 02, récord: 1:00:04), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la señora NELLY RINCÓN ROZO.*
>
> ***SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.*
>
> ***TERCERO: CONSÚLTESE** con el Superior la presente sentencia, en favor de la parte demandante, en caso de no ser apelada acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del Código Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social"*

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 NELLY RINCÓN ROZO en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(páginas 7 y 8, archivo "01Expediente digitalizado.pdf", expediente digital)*, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 5 a 7 ibidem, aspirando principalmente se declare la nulidad del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) con COLFONDOS S.A.; como consecuencia de condene a PORVENIR S.A. como administradora que pensionó a la demandante a restituir todas las cotizaciones con sus rendimientos obtenidos en virtud de la vinculación de la demandante, se condene a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el RPM, junto con los valores obtenidos mientras estuvo afiliada al RAIS, actualizar su historia laboral, reconocer y pagar a su favor la pensión de vejez y reconocer el retroactivo causado desde la fecha de la última cotización de la demandante al sistema de pensiones,

lo ultra y extra petita y las costas del proceso. En subsidio de la pretensión primera principal solicitó se declare la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS.

Obtuvo, sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones, por cuanto se absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas. Consideró la Juez de primer grado, se acreditó que la AFP COLFONDOS S.A. incumplió con el deber de información y buen consejo que le asistía al momento de la afiliación de la demandante al RAIS, sin embargo, señaló que no es procedente acceder a las pretensiones por cuanto desde el año 2018 la demandante decidió pensionarse con el RAIS, situación jurídica consolidada y hecho consumado en términos de lo dispuesto en la sentencia SL-373 de 2021; advirtió que declarar la ineficacia de la afiliación en este caso afectaría ostensiblemente el sistema general de pensiones e indicó que dicho criterio es de aplicación obligatoria.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, en la que se registra como fecha de su nacimiento el 9 de septiembre de 1960 *(página 88, archivo "01Expediente digitalizado.pdf", expediente digital)*, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 5 de junio de 2018 *(página 89, archivo "01Expediente digitalizado.pdf", expediente digital)*, es

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

decir, cuando ya había alcanzado la edad requerida 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 apenas con 661,41 semanas de cotización (fl 75 ibidem), equivalentes a 12,67 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.

No obstante lo anterior, 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 nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según lo informado en el libelo demandatorio, acaeció el 13 de octubre de 2000 con fecha de efectividad a partir del 1° de diciembre de 2000 *(página 209 y 266, archivo "01Expediente digitalizado.pdf", expediente digital)*, por afiliación que hiciera a COLFONDOS S.A., específicamente conforme 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 tunc[2], 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):

> *"(…)*

[2] Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020; SL4875 de 2020; SL-4062 de 2021; SL-4063 de 2021 y SL-3710 de 2021.

> *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 actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[3], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más recientemente en

[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 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

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***

---

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.

> ***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, en consonancia con el criterio del órgano de cierre de esta jurisdicción precedentemente analizado, y atendiendo los medios probatorios incorporados al plenario, sería factible, en principio, predicar un incumplimiento de la carga de la prueba en cabeza de la AFP accionada ante la ausencia de medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante en los términos aquí referidos al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, lo que daría lugar a la declaratoria de ineficacia del tránsito de régimen pensional realizado por la actora el 13 de octubre de 2000, con efectividad al **01 de diciembre de 2000.**

No obstante, revisado el expediente es posible establecer que PORVENIR S.A. reconoció pensión de vejez a la demandante, mediante comunicación de 12 de febrero de 2018, *(páginas 286, 273 y 274 archivo "01Expediente digitalizado.pdf", expediente digital)*, en virtud de la solicitud que para el efecto realizó la actora el 26 de diciembre de 2017, prestación que hasta la fecha ha venido percibiendo, supuestos fácticos que aceptó en el interrogatorio de parte recepcionado por la Juez de primer grado en audiencia del 2 de diciembre de 2021 parte [4]

Lo anterior, conduce a concluir que la demandante al momento de solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado había perdido la calidad de afiliada y por el contrario detentaba la de pensionada, en tanto ha venido beneficiándose de la prestación económica, hasta hoy, desde hace más de tres años, garantizándose de esta forma su derecho pensional.

Atendiendo lo anterior, precisa la Sala, la ineficacia del traslado solo resulta predicable para aquellas personas que suscribieron el formulario de afiliación sin que dicha selección haya estado precedida de un consentimiento informado, esto

[4] minuto 00:20

es, con la inobservancia del deber de información que como se explicó en demasía está a cargo de las AFP como administradoras del RAIS, y siempre que ostente la calidad de afiliado, siendo la afiliación el acto de ingreso al sistema general de pensiones[5], condición que perdió la demandante al aceptar la pensión que le fuera reconocida por PORVENIR S.A., adquiriendo la categoría de pensionada por vejez, en los términos y modalidades previstas en el régimen de ahorro individual al que se encuentra vinculado.

Y es que en materia pensional, particularmente en materia de movilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, las calidades de *afiliado y pensionado* tienen efectos diferentes; así por ejemplo, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, permite la trasferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, siempre que se tenga la condición de afiliado, esto es, *"no haya adquirido la calidad de pensionado"*, disposición que fuera declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-841 2003, en la que esa Corporación consideró que *"Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado"*.

Sobre el particular resulta imperioso hacer referencia a la sentencia SL-373 de 2021 donde la Corte Suprema de Justicia, analizó un caso de similares contornos fácticos, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado, para en su lugar determinar la imposibilidad de que, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, un pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado del régimen de prima media con prestación definida, en razón a que la calidad de pensionado "*es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir*" pues no se trata solo de retrotraer

[5] La Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que *"La precisión del concepto "afiliación" también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina "alta", y aquéllas en que no lo está (se denomina "baja").*

la afiliación sino todos los actos surgidos como consecuencia del reconocimiento de la prestación.

Puntualmente sostuvo esa Corporación:

> *"(…)*
>
> *Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.*
>
> ***Para la Corte la respuesta es negativa**, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)[6], **lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto**. Basta con relevar algunas situaciones:*
>
> *Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.*
>
> *Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.*
>
> *Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.*
>
> ***Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.***

[6] SL1688-2019, SL3464-2019

> *Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.*
>
> *Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.*
>
> *La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado**. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones***.
>
> *(...)"* (Negrilla y subrayas de la Sala).

Bajo tales postulados argumentativos, habiéndose encaminado la acción por una pensionada del régimen de ahorro individual, no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el **13 de octubre de 2000**, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia.

Lo anterior atendiendo el criterio jurisprudencial expuesto y adoptado por esta Sala Decisión, que se acoge como posición auxiliar en casos como el de autos; persuasiva por provenir del máximo ente rector de la jurisdicción ordinaria, postura que ha asumido esta colegiatura en ejercicio de la autonomía judicial, sin que adoptar el criterio expuesto en Casación Laboral sobre el tema, plasmado en la sentencia*CSJ SL373-2021* implique tornar este proveído en carente de razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en criterio reiterado apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta temática, siendo ello plausible.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado.

COSTAS a cargo de la parte demandante en esta instancia.

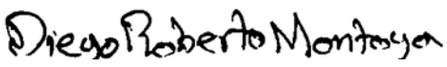
En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

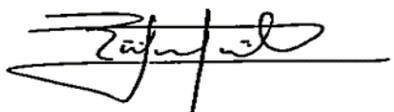
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

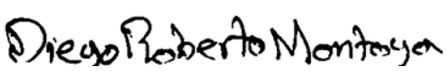


RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $300.000, 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 HERSAN ARTURO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ CONTRA SERVIHUMANO LTDA. (RAD. 36 2018 00501 02).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, sin haberse presentado los alegatos de conclusión en esta instancia por ninguna de las partes, 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 el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de septiembre de 2021 (Expediente digital, audiencia virtual, récord: 1:10:01), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a SERVI HUMANO LTDA de todas las pretensiones formuladas en su contra.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** en COSTAS al demandante. Liquídense con la suma de $100.000 por concepto de agencias en derecho.*
>
> ***TERCERO: CONSÚLTESE** con el Superior la presente sentencia, en caso de no ser objeto del recurso de apelación por el extremo accionante, acorde a lo dispuesto en el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo, como quiera que las pretensiones resultan totalmente adversas al mismo"*

Inconforme con la decisión, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia. Consideró, la

sentencia de primer grado fue proferida con desconocimiento de las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso; la juzgadora no hizo una valoración integral y coherente. Refirió, la juez no interrogó a las partes sobre el objeto del proceso, adoptando una actitud omisiva frente a la práctica de la prueba.

Frente a las documentales, estimó, la juez no analizó las pruebas obrantes a folios 35 y 41 del expediente digital correspondiente al requerimiento de presentación inmediata al puesto de trabajo suscrito el 30 de septiembre de 2015, por el representante legal de la sociedad demandada, a través del cual requirió al demandante por un supuesto incumplimiento de sus labores. Frente a este documento no se presentó tacha de falsedad, por lo que constituye plena prueba y demuestra que entre las partes existe un contrato laboral. Resaltó, SERVIHUMANO es una sociedad limitada y de ninguna manera se puede colegir que se trate de una cooperativa de trabajo como lo analizó el despacho.

Refirió a folios 32, 33, 43, 45 y 46 obra documento suscrito por la señora Viviana como jefe de recursos humanos de la demandada, no como auxiliar administrativa relativos a requerimientos a la ARL POSITIVA, reintegro laboral y descargos, que constituyen prueba de la relación laboral del demandante y SERVIHUMANO LTDA.

Frente al despido injusto motivado por el empleador, resulta falsa la premisa relativa a que el demandante no se presentó a laborar el 24 de agosto de 2015, lo que se evidencia con la actitud de la jefe de recursos humanos, quien rindió declaración en el sentido de negar que en esa fecha el demandante se presentó a trabajar al término de su incapacidad médica y que ella misma en representación de la demandada le impidió retomar su labor, lo que fue indebidamente valorado por el juzgado.

Se valoró indebidamente el documento de folios 34 suscrito por Viviana Giraldo remitido a la ARL POSITIVA, donde consta que se le negaba al actor el reintegro a su trabajo hasta tanto se enviara un tutor o informe de la novedad a la empresa. A folios 40 a 43 obra fallo de tutela en el que consta la confesión relativa a la relación laboral existente entre las partes. A folio 36 obra contestación del demandante a la sociedad de la que también se colige la existencia de una

relación laboral, que tampoco fue valorada por el juzgado. También dijo, se probó que el representante legal de SERVIHUMANO LTDA. mintió en su interrogatorio frente al llamado a descargos al actor, hecho que demuestra la existencia de una relación laboral; mintió respecto a que no le diera ordenes al demandante; tampoco se valoró que la demandada pagaba la seguridad social al demandante; explicó, el demandante se presentó a trabajar el 24 de agosto pero su empleador lo devolvió, con la finalidad de despedirlo.

Consideró, la testigo Viviana Giraldo se contradice frente a la época en que estuvo vinculada con la demandada y por tanto no es claro que tuviera conocimiento de los hechos que motivan la demanda; además, en sus afirmaciones hizo referencia a un convenio de asociación, pero también a prestación de servicios, cosa que la demandada no desvirtuó y en general hizo afirmaciones contrarias a lo que consta en el proceso. Estimó se acreditó con suficiencia la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, así como sus extremos temporales y también que la terminación de su contrato obedeció a su condición de salud ya que la demandada sabía de las recomendaciones laborales que tenía el actor y por las cuales no podía volver a conducir motocicleta. Estimó se demostró que para el 24 de agosto de 2015, el demandante gozaba de protección especial al amparo de la ley 361 de 1997. En ese orden no hay duda de los perjuicios materiales y morales que se le causaron al actor[1]. Audiencia virtual del 27 de septiembre de 2021, récord: 1:10:47)

---

[1] *"**Apoderado demandante (1:10:47):** Gracias juez, si habiendo escuchado la sentencia y con el debido respeto me permito manifestarle al despacho que interpongo el recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia por su señoría, recurso que presentó en los términos del artículo 29 y 53 de la constitución política de Colombia 62, 65, 66 del Código procesal del trabajo, 203, 372 numeral 7 del Código General del proceso, recurso que me permitió sustentar en los siguientes términos.*
Consideró que la sentencia de primera instancia fue proferida con total desconocimiento de las de las pruebas documentales legalmente y oportunamente allegadas al proceso, frente a las cuales la señora juez no realizó una valoración integral y coherente conforme el ejercicio del juez, que no es otro más que la búsqueda de verdad, situación que deriva de un fallo desfavorable, a la parte recurrente, omisiones que me permitió relacionar en los siguientes términos.
Frente a las pruebas de interrogatorio de parte, tal como se observa el documento del vídeo de audiencia de la señora juez, omitió dar cumplimiento estricto al artículo 1 y 372, número Numeral 7 del Código General del proceso. En tal sentido, el operador judicial no interrogó a las partes sobre el objeto del proceso, lo cual es obligatorio tomando una actitud emisiva frente a la búsqueda de la verdad, situación que constituye una omisión frente a la práctica de las pruebas solicitadas por la parte demandada, frente a la prueba documental, señor juez, omitió su decisión en el análisis jurídico de las siguientes pruebas, ya que señor se probó sin que fuera valorado por el despacho lo obrante a folio 35 del expediente digital 41, consistente en el regimiento (sic) en el requerimiento de presentación inmediata al puesto de trabajo suscrito de fecha de septiembre, septiembre de 2000 septiembre 30 de 2015 por el señor Mauricio Gerardo, representante general de la empresa demandada. Documento a través del cual el mencionado representante legal requirió al demandante por un supuesto incumplimiento de sus obligaciones laborales, situación que no fue definitivamente tenía en cuenta por el despacho al no haber presentado, al no haberse presentado a laborar el 24 de agosto de 2015 del término incapacidad laboral, haciendo referencia estrecha (sic), expresa

a dicho documento la existencia del contrato de trabajo entre las partes, o sea que omitió tener en cuenta el juzgador. Al amparo de la legislación laboral conforme el artículo 22 y subsiguientes del Código, el Código Laboral.

Cabe resaltar que frente a este documento no se presentó por el apoderado de la parte actora dentro del término procesal correspondiente tacha de falsedad o son los cimientos, razón por la cual, así como la advirtió la señora juez en primera instancia en audiencia de pruebas al no permitir la exhibición de dicho documento para interrogar a la parte de dicho elemento probatorio, se debía tener como cierto ya que no había sido objetado en tachado de falso por la parte demandada en su escrito de contestación de la demanda y por ende aceptado, por lo que el contenido de dicho documento constituye plena prueba frente a los hechos de la demanda y demuestra. Plena prueba frente a los hechos constitutivos de la demanda de que el día de la empresa SERVI HUMANO y el señor HERNÁN hay un contrato laboral por demás nótese señora, señor magistrado, que la empresa SERVI HUMANO es limitada de ninguna parte, se puede colegir que sea una CTA o una cooperativa de trabajo, tal como lo valoró el despacho.

Se probó que fuera valorado por el despacho que folios 32 del expediente digital 33, 33, 43, 45, 46 obra documento suscrito por la señora Viviana, quien lo suscribe como jefe de recursos humanos de SERVI HUMANA, no como auxiliar administrativa, cosa que valoro el despacho como positiva, siento que es una mentira fehaciente a la verdad. Como así lo dijo en su testimonio, bajo la gravedad de juramento, faltando con esto la gravedad, en cuanto a la naturaleza de su cargo en relación con el señor y los hechos de la demanda, dichos documentos hacen referencia a los a los requerimientos contestados al ARL positiva para el pago de incapacidades, reintegro laboral, descargos del señor que constituyen prueba de la relación laboral y de la condición en que se encontraba con SERVI HUMANO LTDA, que repito, no es una, no es una cooperativa de trabajo asociado, como lo pretendía, es, como lo pretendió asumir el despacho.

Del despido injusto motivado por el empleador, quien argumentó la falsa premisa de que mi que mi representado no se presentó a laborar el 24 de agosto de 2015 al término de su incapacidad, lo anterior se evidencia con la actitud de la citada jefe de recursos humanos quien compareció como testigo del proceso y rindió declaración en el sentido de negar al despacho que el día 24 de agosto de 2015 el señor ARTURO efectivamente se presentó a laborar al término de su incapacidad médica y que ella misma representación de la empresa SERVI HUMANO en su condición de jefe de recursos, le impidió tomarse retomar su labor, cosa que asumió el despacho y lo toma en contrario, siento que si efectivamente hay pruebas de que el señor se presentó a asumir sus labores y fue la empresa SERVIHUMANO LTDA la que le impidió por medio de la misma señorita Viviana, contradiciendo una prueba legal y oportunamente, allegaba al proceso que no fue tachada ni desconocida y que constituye plena prueba como el empleador lo frago, constituye plena prueba como lo fraguó la manera de impedir el reintegro del señor.

Se probó sin que fuera valorado por el por el despacho que el documento, obrante a folios 34 suscrito por las por la compareciente, señorita Viviana Giraldo, que en fecha 24 de agosto, en su condición de jefe de recursos humanos, suscribe carta remitida a ARL positiva, en el sentido de notificar que se le negaba el señor Rodríguez, su reintegro de trabajo hasta tanto se enviará un tutor o informe de dicha novedad a la empresa. Frente a lo cual, la citada testigo también faltó a la verdad del testimonio, bajo la gravedad de juramento que rindió el despacho, pero que el despacho contrario sensu, le dio valor sin que así hubiera lugar.

Se probó sin que fuera valorado por el despacho folios 40 a 43, obra del fallo de acción de tutela, donde si bien es cierto el despacho lo mencionó, no tuvo en cuenta la confesión que que guardaba en ella, que es la relación laboral que SERVI HUMANOS aceptó tener con el Sr. HERSAN y que la justa causa de trabajo, fue la justa causa de despido, según la contestación fue no haberse presentado a laborar el 24 de agosto de 2015 y refiere el señor HERSAN como trabajador, con lo cual no queda duda, la existencia del contrato de trabajo, hecho que el juzgador no valoró.

Se probó sin que fuera valorado por el despacho que Folio 36 obra prueba documental que hace referencia a la contestación presentada por el señor HERSAN, señor al señor (sic), representante legal de seres humanos, en sentido de que justificar su existencia laboral, ya que desde el día 24 de agosto de 2015 había sido rechazado para la empresa, hecho que no valoró el despacho, negando la relación laboral, para entregársela ante un requerimiento que ese mismo día se escribió la entonces jefe de recursos humanos, señora Viviana Giraldo, que para los efectos negó su cargo para aceptar su reintegro a la empresa y que solo hasta pasados 30 días fue requerido por la supuesta omisión de nueva sede presentado el 24 de agosto, cuando en realidad así lo hizo y quedó documentado, hecho que no valoró el despacho.

Mediante confesión de parte de efectuada por el representante legal de la empresa SERVIHUMANO se logró probar, se probó sin que fuera valorado por el despacho que el representante legal de SERVIHUMANOS, mintió al negar que hubiera llamado al señor HERSAN a descargos, cómo se lo se sostiene el minuto 35 de la de la grabación, cuando es cierto, según prueba documental.

Se probó sin que fuera valorado por el despacho que el representante legal mintió, que SERVIHUMANO le pagaba las incapacidades al demandante minuto 40, cuando tanto el demandante como una testigo afirmaron que SERVIHUMANO se las pago hecho constitutivo de la relación laboral. Se probó sin que fuera valorado por el despacho que SERVIHUMANO le cancelaba los salarios, los salarios al señor HERSAN, hecho constitutivo de la relación laboral.

Se probó sin que fuera valorado por el despacho que SERVIHUMANO, era quien pagaba la Seguridad Social del demandante, hecho constitutivo de la relación laboral. Se probó sin que fuera valorado por el despacho que el señor HERSAN se presentó a la nueva a reanudar labores el 24 de agosto. Pero que fue SERVIHUMANO quien lo devolvió con una finalidad de despedirlo. Se probó sin que fuera valorado por el despacho, que es el que negó que el señor está fuera empleado de la cooperativa, hecho que es cierto, ya que el empleado es de s SERVIHUMANO es limitada y qué sirve, SERVIHUMANO limitada no es una cooperativa como lo acogió el despacho, sin ningún sustento legal. Se probó que fuera valorado por el despacho que el representante legal mintió al afirmar que SERVIHUMANO no le daba instrucciones al demandante hecho que es contrario, ya que suscribieron contrato de trabajo, por demás de prestación de servicios que tampoco se desvirtuó y según la declaración del demandado y la testigo y la testigo, SERVIHUMANO era quien coordinaba la labor, la labor del señor HERSAN tal como quedó en la grabación, hecho que no acogió el despacho, pues asumió lo contrario, siendo que sí había una relación de subordinación, ya que era SERVIHUMANO quien le indicaba la forma de trabajar al señor HERSAN.

Frente a la testigo la Viviana Giraldo, la señorita Viviana Giraldo se produce aunque fuera valorado por el despacho que afirmó ser empleada factor humano desde el 2014. Y, por lo tanto, no tendría que tener conocimiento de los hechos. También dijo que había trabajado con SERVIHUMANO hasta el 2016, contradiciendo la primera respuesta, lo que resulta ampliamente contradictorio, afirmó que el señor HERSAN firmó Convenio de Asociación con con SERVIHUMANO minuto 122, pero que el Convenio de Asociación también dice de prestación de servicios, cosa que SERVIHUMANO no desvirtúo, pero que el despacho no lo no, lo advirtió tampoco, afirmó que el señor HERSAN fue contratado de mensajero y que realizaba actividades de mensajería para SERVIHUMANO, hecho que no asumió que no tuvo en cuenta el despacho.

Afirmó que SERVIHUMANO tenía convenios asociativos con varias empresas para la prestación del servicio de mensajería, pero no afirmó que en ningún momento que fuera el señor HERSAN quién tuviera dichos contratos, no se acordó de las empresas actuales prestaba el servicio de mensajería afirmó que la que la que la vinculación del señor HERSAN fue a finales del 2015 hecho totalmente contradictorio con lo presentado de la demanda, y lo transcurrido.

Pongo de presente señora juez, que la testigo también afirmó que para esa fecha no trabaja con seres humanos, por lo tanto no entiendo que no entiendo cómo el despacho pudo haber valorado tal testimonio cuando ni siquiera se acordaba de la relación laboral que tenía con SERVIHUMANO, siendo que el accidente fue laboral negó que el señor HERSAN se hubiera presentado en las oficinas del SERVIHUMANO en agosto 24 de 2015, cosa asumida por el por el despacho, negando la prueba documental que para ello hay para retomar sus actividades laborales, esto es falso, ya que la prueba documental demuestra lo contrario. Afirmó que para el momento de presentarse el señor HERSAN ya trabaja a trabajar en agosto 24 y ya no trabajaba como con factor humano y no llevaba el caso también indicó que digamos que yo tuve conocimiento del señor HERSAN hasta donde nos informaron como que había tenido un accidente. Lo que resulta contradictorio y falso, y tristemente lo acogió el despacho porque demuestra las mentiras en que incurrió la testigo afirmando cosas contrarias a lo aportado al proceso.

También anotó que no se acordaba que el señor HERSAN se le hubiera presentado en agosto 24 de 2015, pero sí recuerda que varias veces les llevo la incapacidad. Afirmó que SERVIHUMANO será aquí en remuneraba al señor HERSAN, SERVIHUMANO quien lo contrataba así lo afirmó en el minuto 132, sin que el despacho hubiera tenido en cuenta, afirmó que esas manos contrato las labores del señor HERSAN como mensajero. Negó que el procedimiento de descargos lo llevará la firma que el señor Daniel Quintero era quien coordinaba el trabajo del señor HERSAN hecho, con lo que se demuestra la subordinación, terminó, terminó diciendo la citada testigo, que no sabía de las funciones que realizaba el señor HERSAN el día del accidente, pero ella sabía que era mensajero de SERVIHUMANO LTDA sólo el término, indicando que sólo realizaba funciones de pago y otros sin que los documentos aportados de ésta, sin que los documentos aportados esta firma como jefe de relaciones humanas. Nunca cabe duda que que el el hierro que cubre el despacho al asumir como verdadero e las afirmaciones de esta testigo.

Señor magistrado, no cabe la menor duda de que mi descontento y sustento del recurso de apelación que impera en esta oportunidad está basado en que se probó ampliamente la relación laboral y contrario sensu a lo que acogió el despacho, si se mostraron los extremos laborales, ya que el señor HERSAN, según la prueba documentada y las Incapacidades, trabajo desde el 22 de abril de 2014 hasta el 5 de octubre, fecha en que le terminaron el contrato de trabajo y en gracia de discusión, si bien si no lo hubiera cogido así, el despacho debió haber acogido el 24 de agosto de 2015, fecha en que la señora Viviana le impidió reintegrarse al señor HERSAN a su actividad laboral.

También se probó señor, que la terminación de su contrato obedece a su condición de salud, es evidente que que es evidente que el SERVIHUMANO no es ninguna cooperativa de trabajo, como lo cogió, como lo acogió, como mal lo acogió el despacho siendo que no probó, siendo que no lo probó, ni siquiera mostró los estatutos que lo pudieran regir o documental alguna donde el despacho pudiera sustraer que era una cooperativa de trabajo, así como asumió, por el contrario, se probó que SERVIHUMANO es una empresa limitada regida por el Código de Comercio y que fue ésta la que le contrató los servicios del señor HERSAN

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 HERSAN ARTURO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda y su subsanación (expediente virtual, archivo 01.

---

como mensajero y que bajo la figura de cooperativa se sustrajo y así lo acogió el despacho de las obligaciones laborales que tienen con el señor HERSAN.
Nótese señor Magistrado que la demandada SERVIHUMANO no desvirtúa la presunción legal del que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997 en cuanto a que el despido fue con ocasión del estado de su salud, ya que, como lo confesó el apoderado de la parte demandada a las empresas SERVIHUMANO sabía que el señor HERSAN tenía recomendaciones laborales emitidas por ARL positiva y no se los socializó, por el contrario hizo todo lo posible porque su condición de salud, pero no podía continuar conduciendo moto, así lo afirma el demandante al responder que con ocasión al accidente laboral no pudo conducir más, mal lo hizo el el despacho al asumir que no sería que el señor HERSAN, no se encontraba en esta condición de salud, siendo que venía después de un año de ser operado y de una positiva definitivamente, no sé, lo acogido por el despacho contraría la el artículo 53 de la Constitución en cuanto a la formalidad frente a la materialidad frente a las a la bueno, a la materialidad. (sic)
Así las cosas, señor magistrado, ya no queda y al no quedar desvirtuada la presunción de la citada ley, es evidente que la demanda SERVIHUMANO es limitada, es acreedora de todas las consecuencias legales, donde incluso se encuentra que el despido se sin efectos, contrario a lo que acogió el despacho y se reintegre al trabajador al mismo puesto o a uno mejor según sus capacidades. Pues en ningún lado la honorable Corte Constitucional de Colombia ha dejado escrito que se requiera de un carnet de pérdida de capacidad o una pérdida de capacidad para que un trabajador se encuentre bajo estas condiciones tal como lo acogió el despacho, por lo que, en aplicación del principio de ultra y extra petita y en aplicación del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia en atención a que si bien es cierto se renunció a esta pretensión en la subsanación de la demanda, pero que pero que hecho el debate probatorio que no acogió el a quo y el análisis conjunto de las pruebas, se logró probar que, efectivamente, al momento del despido del señor HERSAN, que se puede fechar el 24 de agosto de 2015, fecha en que le impidieron el ingreso, se encontraba acogido por la protección especial de que trata la citada ley y que fue con ocasión accidente de trabajo que fue despedido, ya que la empresa SERVIHUMANO no demostró lo contrario, cosa que si lo demostró el trabajador al mostrar documento firmado por la señora Viviana, que le impidió su ingreso es reintegró a sus labores, cosa que no valoró el despacho.
Con este despido injustificado y estando cobijado por el fuero de enfermedad que, repito, no fue desvirtuado, no hay lugar a dudas de los perjuicios materiales que le causaron a mi prohijado, ya que a la fecha no ha no ha podido conseguir empleo, pues no supera los exámenes ocupacionales por las secuelas del accidente laboral, lo cual degenera en perjuicios morales ya que ha sido excluido del mundo laboral contrario a lo acogido por el por el despacho.
Conforme a lo anterior, solicito su Señoría dar curso del presente recurso de apelación ante el Tribunal, para que, conforme a los argumentos de este recurso, se revoque la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, se acceda a despacharlas pretensiones declarativas y condenatorias formuladas en la demanda. Asimismo, reiteró, teniendo en cuenta los argumentos presentados en los alegatos de conclusión frente a las pruebas de interrogatorio de parte y testimonial que bajo la gravedad de juramento rindieron el señor Mauricio Sánchez y la señora Viviana y que fueron acogidos plenamente por el despacho se compulsan copias a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN para que investigue el presunto delito de falsedad del testimonio que pudieron haber incurrido los citados con relación a la prueba documental solicitada por ellos, que obra dentro del expediente y que, tal como se indicó, no fue objeto de tacha de falsedad, desconocimiento en los términos del artículo 269 y 275 del Código General del proceso, dentro de la oportuna dentro de la oportunidad procesal y que por el contrario haciéndose ver al despacho las diferencias que había entre los documentos, las contradicciones que hubo, entre las afirmaciones y las confesiones el despacho decidió valoradas de manera positiva para denegar las las pretensiones de la demanda. En este sentido, dejó de planteado mi recurso de apelación frente a la decisión de este despacho. Muchas gracias doctora."

Expediente digital. pdf folios 80 A 88), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 77 a 79 ibídem, encaminadas a que se declare entre las partes existió un contrato de trabajo que se extendió entre el 1° de abril de 2014 y el 5 de octubre de 2015; se declare que la terminación del contrato obedeció a una decisión injusta del empleador; se declare que la terminación del contrato obedeció al accidente sufrido por el demandante el 5 de mayo de 2015, que le generó una incapacidad permanente parcial; se condene a la demandada a reintegrar al trabajador y al pago de los salarios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, auxilio de transporte, prima de servicios causados desde la fecha de despido hasta la presentación de la demanda, los aportes a seguridad social en salud y pensión, la indemnización por despido injusto, indemnización de que trata el artículo 65 C.S.T., sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, indemnización establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, perjuicios morales, perjuicios materiales y las costas del proceso. Sin embargo, en audiencia de 6 de julio de 2021, en la etapa de saneamiento y fijación del litigio, el apoderado del demandante desistió de las pretensiones 8 y 9 declarativas; primera, sexta y séptima de condena y determinó que las demás pretensiones excluyen lo relativo a reconocimientos posteriores a la terminación del contrato, como quiera que se derivaban del reintegro.

Obtuvo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones, en tanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por el actor, condenando en costas a éste último. Para arribar a tal conclusión la juez de primer grado concluyó que si bien el demandante prestó un servicio a la CTA demandada, no se puede definir con claridad que ello hubiera ocurrido en virtud de una relación laboral, pues con la documental aportada y el testimonio recaudado, la demandada logró derribar la presunción legal establecida en el artículo 24 C.S.T., pues de ellos se colige que la actividad desarrollada por el demandante lo fue a favor de los clientes de la cooperativa, al punto que debía presentarse directamente con el cliente para prestar el servicio y no en las instalaciones de la demandada; tampoco encontró acreditada la presencia de subordinación por parte de la pasiva; advirtió que en la diligencia de descargos rendida por el actor, se le advierte su calidad de cooperado, misma que reconoce el trabajador, por lo que de este solo documento tampoco es posible concluir la presencia de un vínculo laboral. Resaltó, la parte demandante no hizo

ningún esfuerzo probatorio para demostrar los supuestos en que fundó sus anhelos. Añadió que si aún en gracia de discusión se aceptara la existencia de un contrato laboral, el demandante tampoco demostró los extremos de su vínculo con la enjuiciada. Finalizó diciendo, el demandante no acreditó que la relación con la demandada terminó con motivo de su estado de salud y no gozaba de estabilidad laboral reforzada.

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

En los juicios del trabajo es primordial para el Juez establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y acreditados los extremos resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En el presente caso, precisamente el distanciamiento se presenta en ese sentido, pues mientras el demandante afirma que prestó sus servicios como mensajero para SERVIHUMANO LTDA, la demandada se opone, indicando que la relación laboral pretendida por el actor no existió, por cuanto éste prestó sus servicios en virtud del convenio de asociación.

Conforme lo anterior, conviene memorar desde sus albores inspiró la filosofía cooperativista la doble connotación de sus miembros como asociados-trabajadores, se fijó como retribución a sus servicios los excedentes repartibles y se les dotó de características singulares completamente diferenciables de aquellas que rigen el contrato de trabajo, tal y como lo esclareció la Corte Constitucional en Sentencia C-211 de 2000[2]

[2] *"Las cooperativas de trabajo asociado se diferencian de las demás en que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador. Siendo así no es posible hablar de empleadores por una parte, y de trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente. Esta la razón para que a los socios-trabajadores de tales cooperativas no se les apliquen las normas del Código Sustantivo del Trabajo, estatuto que regula solamente el trabajo dependiente, esto es, el que se presta bajo la continuada dependencia o subordinación de un empleador y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina salario. En las cooperativas de trabajo asociado no existe ninguna relación entre capital-empleador y trabajador asalariado pues el capital de éstas está formado principalmente por el trabajo de sus socios, además de que*

Ahora, la figura de las cooperativas de trabajo asociado, encuentra su regulación en la Ley 79 de 1988, que al respecto estipuló:

> *"**ARTICULO 70**.- Las cooperativas de trabajo asociado son aquéllas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios."*

Frente a las diferencias que se susciten entre las cooperativas y sus asociados son de conocimiento de la justicia ordinaria laboral, o en su caso, del trámite arbitral, siendo la fuente del derecho pretendido las normas estatutarias de la cooperativa, por así disponerlo el art. 59 del mismo compendio normativo.

> *"**ARTICULO 59**.- En las cooperativas de trabajo asociado en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberán tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho."* (Subraya de la Sala).

Igualmente, debe recordarse la prohibición consagrada en el artículo 7º de la Ley 1233 de 2008, el cual prevé:

> *"1. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado **no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión.** En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado.*
>
> *2. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como asociaciones o agremiaciones para la afiliación colectiva de trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social ni como asociaciones mutuales para los mismos efectos.*
>
> *3. Cuando se comprueben prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante y las cooperativas o las precooperativas de trabajo asociado, **serán solidariamente responsables por** las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado y las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado quedarán incursas en las causales de disolución y liquidación*

---

el trabajador es el mismo asociado y dueño. Así las cosas no es posible derivar de allí la existencia de un empleador y un trabajador para efectos de su asimilación con los trabajadores dependientes."

> *previstas en la ley, sin perjuicio del debido proceso, y les será cancelada la personería jurídica. (Resaltado de la Sala).*
>
> *4.Tanto la potestad reglamentaria como la disciplinaria sólo será ejercida por la precooperativa o cooperativa de trabajo asociado. En ningún caso, tales potestades podrán ser ejercidas por el tercero contratante. Si esto llegare a suceder se configurará de manera automática un contrato de trabajo realidad y, además, el contratante deberá soportar los efectos previstos en el numeral anterior, sin perjuicio de otras consecuencias legales (Resaltado de la Sala).”*

En la misma dirección, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, consagra:

> ***“Artículo 63. Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado.*** *Reglamentado por el Decreto Nacional 2025 de 2011*. ***El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes****”. (Resalta la Sala)*

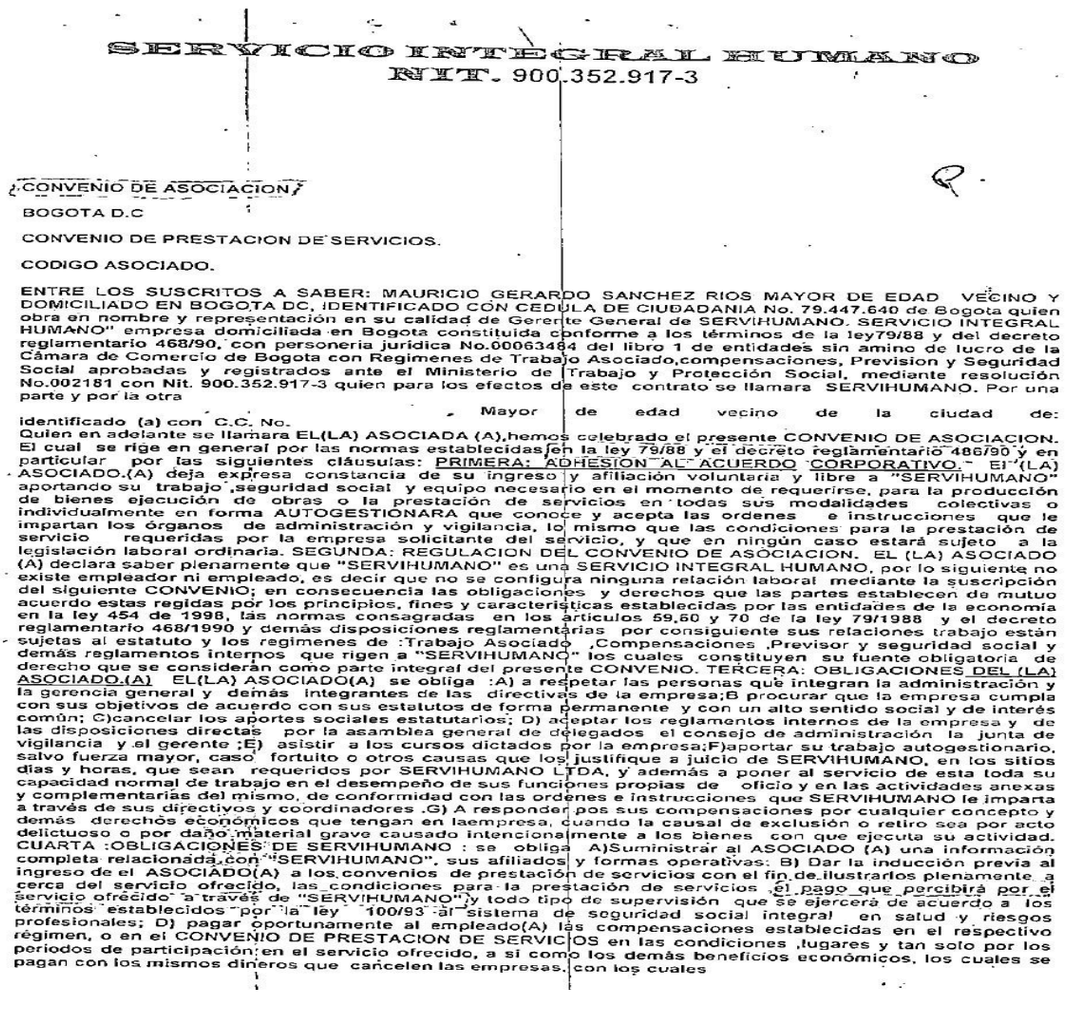
Ahora bien, bajo los anteriores presupuestos, aborda la Sala el estudio del caso puesto a consideración, en virtud de lo cual para establecer la procedencia o no de las pretensiones incoadas es menester, el análisis íntegro del acervo probatorio, teniendo en cuenta la totalidad de las pruebas documentales recaudadas de las cuales resultan de especial relevancia para resolver:

En primer lugar, obra certificado de existencia y representación legal de la demandada *(expediente digital, archivo 01. Expediente digitalizado 2018-501.pdf, pags. 20 a 24)*, en el que consta que SERVI HUMANO LTDA. se encuentra inscrita en la Superintendencia de la Economía Solidaria; que cambió su nombre de Cooperativa de Trabajo Asociado COOPEREMOS CTA, por el de SERVICIO INTEGRAL HUMANO, pudiendo usar la sigla SERVI HUMANO LTDA y tiene como objeto social y actividad socioeconómica:

De la citada documental, contrario a lo afirmado por el recurrente, se extrae con claridad, que la demandada es una entidad de economía solidaria cuyo nombre es SERVICIO INTEGRAL HUMANO y puede usar la sigla “SERVI HUMANO LTDA.”; sin que los términos de su sigla desdibujen el carácter cooperativo de la entidad, mismo que se acompasa con su objeto social.

De otro lado reposa en el expediente convenio de asociación celebrado por las partes *(expediente digital, archivo 01. Expediente digitalizado 2018-501.pdf, pags. 26 y 27)*, que en sus cláusulas primera y segunda expresa:

> *"**PRIMERA: ADHESIÓN AL ACUERDO CORPORATIVO** EL (LA) ASOCIADO (A) deja expresa constancia de su ingreso y afiliación voluntaria y libre a "SERVIHUMANO", aportando su trabajo, seguridad social y equipo necesario en el momento de requerirse, para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios en todas sus modalidades colectivas o individualmente en forma AUTOGESTIONADA que conoce y acepta las ordenes e instrucciones que le impartan los órganos de administración y vigilancia, lo mismo que las condiciones para la prestación de servicio requeridas por la empresa solicitante del servicio, y que en ningún caso estará sujeto a la legislación laboral ordinaria.*
>
> ***SEGUNDA: REGULACION DEL CONVENIO DE ASOCIACIÓN.** EL (LA) ASOCIADO (A) declara saber plenamente que "SERVIHUMANO" es una SERVICIO INTEGRAL HUMANO (sic) por lo siguiente no existe empleador ni empleado, es decir que no se configura ninguna relación laboral mediante la suscripción del siguiente CONVENIO. (...)"*



SERVICIO INTEGRAL HUMANO
NIT. 900.352.917-3

¿CONVENIO DE ASOCIACION?

BOGOTA D.C

CONVENIO DE PRESTACION DE SERVICIOS.

CODIGO ASOCIADO.

ENTRE LOS SUSCRITOS A SABER: MAURICIO GERARDO SANCHEZ RIOS MAYOR DE EDAD VECINO Y DOMICILIADO EN BOGOTA DC, IDENTIFICADO CON CEDULA DE CIUDADANIA No. 79.447.640 de Bogota quien obra en nombre y representación en su calidad de Gerente General de SERVIHUMANO. SERVICIO INTEGRAL HUMANO" empresa domiciliada en Bogota constituida conforme a los términos de la ley79/88 y del decreto reglamentario 468/90, con personeria juridica No.00063484 del libro 1 de entidades sin amino de lucro de la Cámara de Comercio de Bogota con Regimenes de Trabajo Asociado,compensaciones, Prevision y Seguridad Social aprobadas y registrados ante el Ministerio de Trabajo y Protección Social, mediante resolución No.002181 con Nit. 900.352.917-3 quien para los efectos de este contrato se llamara SERVIHUMANO. Por una parte y por la otra

Mayor de edad vecino de la ciudad de:
identificado (a) con C.C. No.
Quien en adelante se llamara EL(LA) ASOCIADA (A),hemos celebrado el presente CONVENIO DE ASOCIACION. El cual se rige en general por las normas establecidas en la ley 79/88 y el decreto reglamentario 486/90 y en particular por las siguientes cláusulas: PRIMERA: ADHESION AL ACUERDO CORPORATIVO. El (LA) ASOCIADO.(A) deja expresa constancia de su ingreso y afiliación voluntaria y libre a "SERVIHUMANO" aportando su trabajo ,seguridad social y equipo necesario en el momento de requerirse, para la producción de bienes ejecución de obras o la prestación de servicios en todas sus modalidades colectivas o individualmente en forma AUTOGESTIONARA que conoce y acepta las ordenes e instrucciones que le impartan los órganos de administración y vigilancia, lo mismo que las condiciones para la prestación de servicio requeridas por la empresa solicitante del servicio, y que en ningún caso estará sujeto a la legislación laboral ordinaria. SEGUNDA: REGULACION DEL CONVENIO DE ASOCIACION. EL (LA) ASOCIADO (A) declara saber plenamente que "SERVIHUMANO" es una SERVICIO INTEGRAL HUMANO, por lo siguiente no existe empleador ni empleado, es decir que no se configura ninguna relación laboral mediante la suscripción del siguiente CONVENIO; en consecuencia las obligaciones y derechos que las partes establecen de mutuo acuerdo estas regidas por los principios, fines y caracteristicas establecidas por las entidades de la economia en la ley 454 de 1998, las normas consagradas en los articulos 59,60 y 70 de la ley 79/1988 y el decreto reglamentario 468/1990 y demás disposiciones reglamentarias por consiguiente sus relaciones trabajo están sujetas al estatuto y los regimenes de :Trabajo Asociado ,Compensaciones ,Previsor y seguridad social y demás reglamentos internos que rigen a "SERVIHUMANO" los cuales constituyen su fuente obligatoria de derecho que se consideran como parte integral del presente CONVENIO. TERCERA: OBLIGACIONES DEL (LA) ASOCIADO.(A) EL(LA) ASOCIADO(A) se obliga :A) a respetar las personas que integran la administración y la gerencia general y demás integrantes de las directivas de la empresa;B procurar que la empresa cumpla con sus objetivos de acuerdo con sus estatutos de forma permanente y con un alto sentido social y de interés común; C)cancelar los aportes sociales estatutarios; D) aceptar los reglamentos internos de la empresa y de las disposiciones directas por la asamblea general de delegados el consejo de administración la junta de vigilancia y el gerente ;E) asistir a los cursos dictados por la empresa;F)aportar su trabajo autogestionario, salvo fuerza mayor, caso fortuito o otros causas que los justifique a juicio de SERVIHUMANO, en los sitios dias y horas, que sean requeridos por SERVIHUMANO LTDA, y además a poner al servicio de esta toda su capacidad normal de trabajo en el desempeño de sus funciones propias de oficio y en las actividades anexas y complementarias del mismo, de conformidad con las ordenes e instrucciones que SERVIHUMANO le imparta a través de sus directivos y coordinadores .G) A responder pos sus compensaciones por cualquier concepto y demás derechos económicos que tengan en laempresa, cuando la causal de exclusión o retiro sea por acto delictuoso o por daño material grave causado intencionalmente a los bienes con que ejecuta su actividad. CUARTA :OBLIGACIONES DE SERVIHUMANO : se obliga A)Suministrar al ASOCIADO (A) una información completa relacionada con "SERVIHUMANO", sus afiliados y formas operativas: B) Dar la inducción previa al ingreso de el ASOCIADO(A) a los convenios de prestación de servicios con el fin de ilustrarlos plenamente a cerca del servicio ofrecido, las condiciones para la prestación de servicios ,El pago que percibirá por el servicio ofrecido a través de "SERVIHUMANO" y todo tipo de supervisión que se ejercerá de acuerdo a los términos establecidos por la ley 100/93 al sistema de seguridad social integral en salud y riesgos profesionales; D) pagar oportunamente al empleado(A) las compensaciones establecidas en el respectivo régimen, o en el CONVENIO DE PRESTACION DE SERVICIOS en las condiciones ,lugares y tan solo por los periodos de participación en el servicio ofrecido, a si como los demás beneficios económicos, los cuales se pagan con los mismos dineros que cancelen las empresas. con los cuales

SERVIHUMANO tenga CONVENIO y prestar sus servicios personales por medio de sus asociados QUINTA: FRENTE DE TRABAJO, se entiende por frente de trabajo la actividad que desarrolla cada ASOCIADO (A)dentro de cada CONVENIO DE PRESTACION DE SERVICIOS a través de "SERVIHUMANO" para un tercero. En virtud del vinculo contractual asociativo desde el momento de aceptación en la empresa se mantendrá la relación asociativa hasta el momento que se mantenga el frente de trabajo dentro el CONVENIO DE PRESTACION DE SERVICIOS .SEXTA: DERECHOS ECONOMICOS. EL (LA)ASOCIADO(A)solamente podrá desarrollar la actividad encomendada en el tiempo que requiera y únicamente por este tiempo tendrá derecho al pago de las compensaciones consagradas en el respectivo régimen y convenio suscrito por la PRESTACION DE SERVICIO. Todo trabajo suplementario en DIA Domingo o de descanso obligatorio, mientras no sea una actividad que según el régimen de trabajo asociado haya de ejecutarse así debe autorizarlo "SERVIHUMANO" o sus representantes, previamente por escrito .PARAGRAFO. Cuando "SERVIHUMANO" requiera equipos, herramientas y demás medios materiales de trabajo que posea EL EMPLEADO podrá convenir con este el uso de lo mismos, en cuyo evento para el caso de se remunerado, lo seria independientemente de las compensaciones que reciba por su trabajo. SEPTIMA. AUTORIZACIONES. De conformidad con el estatuto, EL (LA) ASOCIADO(A) autoriza permanentemente e irrevocable a la empresa para que retenga de las compensaciones que reciba por cualquier concepto las sumas que le adeuda a esta por aportes sociales, libranzas, seguridad social. OCTAVA: TERMINO PARA EL PAGO DE COMPENSACIONES POR DESVINCULACION. De conformidad con las normas estatutarias y reglamentarias de la empresa, dispondrá de un plazo máximo de ciento veinte dias (120) para proceder la devolución pago de los aportes sociales. PARAGRAFO. En ningún caso por terminación de la relación de trabajo por parte de "SERVIHUMANO" se reconocerán indemnizaciones de ninguna naturaleza por no estar contempladas en el régimen de trabajo asociado .NOVENA: DURACION Y TERMINACION. La duración de este CONVENIO DE ASOCIACION es iguales al tiempo continuo o descontinuó de la prestación del servicio requerido por la empresa. Sin embargo el mismo se terminara: A) por retiro voluntario de EL (LA) ASOCIADO(A) en especial ante la imposibilidad de solicitud de retiro de la empresa donde "SERVIHUMANO" presta sus servicios por intermedio de sus asociados a las expresasen CONVENIO: D) por exclusión o muerte del asociado. DECIMA: CLAUSULA COMPENSATORIA. El (LA) ASOCIADO(A) declara una vez mas que conoce y acepta en su plenitud y con todas sus consecuencias juridicas que este en un convenio VOLUNTARIO DE ASOCIACION. Sin embargo. EL (LA) ASOCIADO(A) expresa conjuntamente con "SERVIHUMANO" que las diferencias o conflictos que surjan entre ellos con asociación de este CONVENIO, razón que se originan en el acuerdo con la empresa, se procurara someterlas a procedimientos de conciliación, sin perjuicio de los arreglos directos no hubiere animo conciliatorio ,la controversia se someterá al procedimiento arbitrario.

DECIMO PRIMERA: AFILIACION A LA SEGURIDAD SOCIAL. SERVIHUMANO LTDA afiliara a LA SEGURIDAD SOCIAL Y PARAFISCALES a todos sus empleados con la compensación minima que no debe ser inferior a $616.000 (seiscientos dieciseis mil PESOS MCTE)

El presente CONVENIO DE ASOCIACION reemplazara y deja sin valor cualquier otro verbal o escrito, que hubiera celebrado con las partes con anterioridad, igualmente cualquier modificación debe efectuarse por escrito. Para constancia se firma por las partes intervinientes, en la ciudad de siendo el día del mes de del año en hojas tamaño oficio con logotipo de "SERVIHUMANO"

Firma

SERVIHUMANO LTDA

MAURICIO G SANCHEZ
REPRESENTANTE LEGAL
SERVIHUMANO
NT. 900264024-4

Firma

Hersan Arturo Rodriguez R

NOMBRE ASOCIADO(A)
CC 80229045

HUELLA INDICE DERECHO

Obran también en el expediente, formulario de afiliación del demandante a la EPS COMPENSAR con fecha ilegible *(expediente digital, archivo 01. Expediente digitalizado 2018-501.pdf, pags. 28)* constancia de afiliación del actor a la ARL POSITIVA el 22 de abril de 2014 (pag 29 ibídem), calificación de pérdida de capacidad laboral del actor por arte de ARL POSITIVA de 30 de diciembre de 2015 (pág. 33 ibídem) donde se le determinó el 8.35% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración 6 de agosto de 2015; reporte de incapacidades liquidadas al actor (fls. 35 y 36 ibid.).

Igualmente reposa el documento denominado “requerimiento de presentación inmediata al puesto de trabajo” fechado 30 de septiembre de 2015 *(expediente digital, archivo 01. Expediente digitalizado 2018-501.pdf, pag 41),* al que hizo referencia el recurrente en su apelación, señalando no había sido objeto de análisis por parte de la juzgadora de primer grado.

Bogotá D.C, 30 de Septiembre de 2015

SEÑOR:
HERSAN ARTURO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
BOGOTÀ D.C

REFERENCIA: REQUERIMIENTO DE PRESENTACION INMEDIATA AL PUESTO DE TRABAJO.

MAURICIO GERARDO SANCHEZ RIOS, mayor de edad, identificado con C.C No 79.447.640 de Bogotá, actuando en calidad de representante legal de la empresa **SERVIHUMANO LTDA**, empresa legalmente constituida, identificada con NIT No 900.352.917-3 Por medio de la presente le solicito de manera respetuosa, presentarse de manera inmediata para que dé cumplimiento a las obligaciones laborales comprometidas a favor de la empresa **SERVIHUMANO LTDA**, empresa con la cual usted firmo un contrato de trabajo y que por circunstancias del accidente que le ocurrió, a escasos días de haber ingresado a la empresa, accidente que lo mantuvo incapacitado de manera permanente hasta el día 23 de Agosto de 2015; el día 24 de Agosto de 2015 fecha en la que debía presentarse a laborar no lo hizo, por esta razón se le requiere de manera inmediata ya que han pasado varios días y no hemos recibido una nueva incapacidad o comunicado de su renuncia, por este inusual comportamiento le solicito presentarse en un término de dos (2) días contados desde el recibido de esta comunicación para qué se presente a trabajar, rinda descargos y presente un documento que le acredite el incumplimiento que da origen a este requerimiento de lo contrario se tomaran las medidas correspondientes a un abandono de trabajo contemplado en el código laboral

Atentamente,

MAURICIO GERARDO SANCHEZ RIOS
C.C No 79.447.640 de Bogotá
SERVIHUMANO LTDA
NIT No 900.352.917-3

Documental en la que se hace referencia a que las partes firmaron un contrato de trabajo y a que no se presentó a laborar el 24 de agosto de 2015, por lo que se le citó a rendir descargos.

Se aportó acta de diligencia de descargos *(expediente digital, archivo 01. Expediente digitalizado 2018-501.pdf, pag. 43 a 46),* que en algunos de sus apartes señala:

> *“A los días 5 del mes 10 del año 2015 se inició diligencia de descargos del trabajador HERSAN ARTURO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, identificado con*

> *Cédula No. 80.229.048 quien presto se (sic) en la empresa SERVIHUMANO LTDA, con el ánimo de recibir información sobre la situación de la continuidad como asociado Cooperativo a su vez rendir un descargo frente a la comunicación que debía presentar en materia de incapacidad y disposición de continuar desarrollando las labores de mensajería como inicialmente quedó establecido en el convenio cooperativo (…)*
> *Cuál es la intención de haberse asociado a la empresa Cooperativa SERVIHUMANO LTDA? Contestó: Trabajar y dependiendo de la empresa que le habían nombrado vincularme a una de ellas, ¿era consiente usted de que la cooperativa solamente se comprometía a conseguirle una oportunidad laboral alguna empresa? Contesta: si ese era el propósito desde el principio.''*

Se incorporó como prueba, el fallo de tutela proferido por el Juzgado Treinta Penal Municipal con función de control de garantías, en el que se ordenó a SERVI HUMANO LTDA. el pago de incapacidades a favor del demandante e incidente de desacato dentro de la misma acción constitucional cuyo trámite fue negado por encontrar atendidas las órdenes impartidas *(expediente digital, archivo 01. Expediente digitalizado 2018-501.pdf, pag. 43 a 46).*

Absolvió interrogatorio el representante legal de la sociedad demandada Mauricio Gerardo Sánchez Ríos *(expediente digital, carpeta04. Audiencia y acta 06.07.2021, audio 01 record. 28:35)*, quien refirió, el demandante nunca ha sido empleado de la cooperativa, fue un asociado, por ello se le pagaban compensaciones y no salarios; el actor no debía presentarse en las instalaciones de la demandada a prestar ningún servicio; el servicio lo prestaba a terceros cuando tenía tiempo de hacerlo; no tenía que cumplir horario; es cierto que la cooperativa pagó los aportes a seguridad social del demandante, como quiera que este es una de sus obligaciones legales. No es cierto que el demandante se hubiera presentado el 24 de agosto de 2015 a reiniciar sus labores, porque no era empleado, su condición era de asociado; el demandante como asociado no recibía órdenes directas de la cooperativa.

También absolvió interrogatorio el demandante Hersan Arturo Rodríguez Rodríguez *(expediente digital, carpeta04. Audiencia y acta 06.07.2021, audio 01 record. 57:15)*, Señaló es cierto que tuvo incapacidades continuas hasta el 23 de agosto de 2015, con motivo de su accidente de tránsito; para el 24 de agosto de 2015 no tenía incapacidad vigente; es cierto que ARL POSITIVA cerró su caso relativo a su accidente de tránsito el 23 de agosto de 2015; no tenía claro que se vinculó a la demandada en calidad de asociado; al momento de su vinculación

con la demandada tenía claro que sus actividades dependían de su tiempo disponible; POSITIVA no le dio recomendaciones para volver a laborar, el 24 de agosto de 2015 se presentó en SERVIHUMANOS para volver a trabajar, pero una señora Viviana Giraldo de recursos humanos le dijo que no lo podía volver a recibir porque no habían sido notificados por la ARL; por teléfono también se comunicó con la señorita Viviana para averiguar si ya la ARL les había respondido, pero nunca le informaron eso, hasta el día que lo citaron a descargos. Aseguró prestaba sus servicios personales a SERVIHUMANOS e incluso trasladaba personal de ellos para ir a visitar las empresas, les hizo envíos a Servientrega y mandados pequeños; desde las 8 A.M. hasta las 5 P.M. desarrollaba labores de mensajería en la empresa. Finalizó señalando que desde el 24 de agosto de 2015, no ha podido volver a manejar motocicletas.

Rindió testimonio la señora Viviana Marcela Giraldo Ballestas *(expediente digital, carpeta04. Audiencia y acta 06.07.2021, audio 01 record. 1:18:25)*, trabajó con SERVIHUMANO LTDA. entre los años 2014 y 2016 y su cargo era asistente administrativa. Le consta que el demandante Hersan Rodríguez realizó un convenio asociativo con SERVIHUMANO y ocasionalmente, cuando él contaba con el tiempo, realizaba algún servicio como mensajero con la moto; dependiendo del servicio que solicitaran los clientes, como radicación de documentos. Le pagaban según la disponibilidad que el actor presentara; al demandante se le informaba que había un servicio específico y él manifestaba si podía hacerlo o no. Cuando manifestaba que si podía, se le suministraba la dirección para que fuera a atender el servicio; cuando lo terminaba, le avisaba a SERVIHUMANO. Hersan firmó un convenio asociativo y el documento es claro respecto a que entra como asociado a la cooperativa; al actor se le informó que el servicio lo iba a prestar a terceros y no a la demandada. Recuerda que el demandante se vinculó a la demandada en abril de 2015; él prestó dos o tres servicios nada más; le consta que al actor se le pagaron todas las incapacidades. No recuerda que el demandante se hubiera presentado en las instalaciones de la demandada para manifestar que iba a retomar sus actividades; no es cierto que le hubiera dicho al demandante que la ARL debía darle una autorización para volver a trabajar; la parte contable de SERVIHUMANO le hacía los pagos al actor; los asociados solo asistían a la empresa cuando tenían dudas sobre pagos pero no para recoger

servicios; el demandante no cumplía horario; el coordinador de nombre Daniel era quien contactaba al actor y le preguntaba si podía hacer el servicio

Pues bien, una de las inconformidades del censor, radica en que según su dicho, la juez a quo no tuvo en cuenta todos los medios de prueba aportados para adoptar su decisión; particularmente se dolió de no haberse analizado el requerimiento de presentación inmediata al puesto de trabajo, de 30 de septiembre de 2015, donde el representante legal de SERVIHUMANO LTDA. hace expresa referencia a obligaciones laborales por parte del aquí demandante para con la entidad y a la eventual situación de "abandono de trabajo" (fl. 41), documento que según su dicho, por no haber sido tachado ni desconocido por la parte demandada constituye *"plena prueba*" de la existencia de un contrato de trabajo entre las partes.

Al respecto recuerda la Sala, lo que se pretende en este juicio es la declaratoria de un contrato de trabajo con la encartada; sin embargo, mal se haría en concluir su existencia a partir del contenido de un solo documento sin auscultar todo el abanico probatorio obrante en el paginario.

En este orden se tiene que, aunque el mentado documento firmado por el representante legal de la demandada hace referencia a la existencia de un contrato de trabajo con el aquí demandante, también lo es que el señor Hersan Arturo Rodríguez suscribió un convenio de asociación cooperativa, que en su cláusula primera es claro en señalar, la vinculación del actor, no está sujeta a la legislación laboral, documentos que resultan por demás contradictorios en su dicho, lo que impide que únicamente a partir de ellos pueda demostrarse la existencia de un contrato de trabajo entre las partes.

Ahora, los formularios de afiliación del demandante a seguridad social en salud y riesgos laborales por parte de SERVIHUMANO S.A., no permiten concretar la existencia del contrato de trabajo reclamado, en tanto simplemente acreditan el cumplimiento de un deber legal por parte de la enjuiciada, pues conforme el artículo 6° de la ley 1233 de 2008, un cooperado no puede afiliarse como independiente sino que debe ser afiliado por parte de la cooperativa; sin embargo,

el pago de los aportes está a cargo del afiliado a la CTA, a la que le corresponde recaudar el valor de los aportes.

La diligencia de descargos rendida por el actor, tampoco ofrece luces en este sentido, en tanto allí se hace referencia a la continuidad de actividades de mensajería que fueron establecidas en el convenio cooperativo y además el señor Rodríguez Rodríguez afirmó conocer que "*la cooperativa solamente se comprometía a conseguirle una oportunidad laboral alguna empresa"*; además, conforme lo establece el artículo 7º de la Ley 1233 de 2008 en su numeral cuarto, a que ya se hizo referencia, la potestad disciplinaria está en cabeza de la entidad cooperativa, por lo que de ninguna manera, los descargos rendidos por el aquí demandante pueden ser indicativos de la existencia de un vínculo laboral.

Así las cosas, solo resta por analizar el testimonio de Viviana Marcela Giraldo Ballestas, quien en su declaración afirmó haberse desempeñado como asistente administrativa al servicio de SERVIHUMANO LTDA., pero en el documento aportado con la demanda *(página 37, archivo 01. Expediente digital)*, firma en calidad de coordinadora de recursos humanos, circunstancia que lleva al recurrente a concluir que la testigo faltó a la verdad en su declaración.

A tono con ello sea del caso resaltar, el testimonio de la señora Giraldo no fue tachado de sospechoso por el apoderado de la parte demandante, y aunque se evidencia la contradicción respecto al cargo afirmado en la diligencia y el consignado en la documental, está sola circunstancia no permite concluir que la deponente faltara a la verdad en todas sus afirmaciones relativas al vínculo que existió entre las partes.

Nótese que la testigo señaló que el demandante en su calidad de cooperado y cuando contaba con tiempo, prestaba servicios de mensajero con moto a terceros que eran los clientes de la cooperativa, podía decidir si atendía o no el servicio dependiendo de su tiempo, le pagaban de acuerdo a los servicios que atendiera y al momento de la suscripción del convenio asociativo se le informó que los servicios eran a favor de terceros y no de SERVIHUMANO LTDA, afirmaciones que respecto de las cuales no obra ninguna probanza documental o testimonial que permita desvirtuarlas, contrariamente sus manifestaciones fueron coherentes

con lo dicho por el representante legal de la demandada en su interrogatorio y no existe ninguna razón para suponer que faltó a la verdad en su dicho.

Así las cosas, del análisis íntegro del material probatorio vertido en autos, es claro que el demandante desarrollaba actividades de moto mensajero a favor de terceros, que eran clientes de SERVIHUMANO LTDA. En ese orden a juicio de esta Sala, en autos quedó probado que la labor desempeñada por el demandante se ejecutó en virtud del contrato asociativo suscrito con la demandada, que ofrecía servicios de mensajería al actor según su disponibilidad de tiempo; nótese que aunque el demandante en su interrogatorio aseguró que prestaba sus servicios personales a SERVIHUMANOS e incluso trasladaba personal de ellos para ir a visitar las empresas, en horario de 8 A.M. a 5 P.M., no obra ninguna probanza que soporte tales afirmaciones

En ese orden, para la Sala no es posible establecer la existencia de una relación laboral en los términos solicitados en la demanda, *(esto es con la CTA como empleador)* pues se itera, con las pruebas aportadas se demostró que la prestación del servicio por parte del actor, fue como trabajador cooperado, a favor de terceros que eventualmente requerían servicios de mensajería, es decir como asociado de la cooperativa de trabajo demandada y no por un contrato de trabajo, precisando si bien en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, se encuentra prohibido a las Cooperativas de Trabajo Asociado servir como intermediarias para vincular personal para desarrollar actividades misionales permanentes, aspecto que incluso ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Casación Laboral 25713 de 2006, ratificada en Sentencia No. 36560 SL-665 del 25 de septiembre de 2013[3], lo cierto es que las consecuencias derivadas de la referida prohibición

[3]“ *Debe la Corte precisar que la contratación con cooperativas de trabajo asociado para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios se halla permitida y reglamentada por la ley, pues constituye una importante fuente de trabajo a través de la organización autogestionaria de personas que deciden asociarse para trabajar de manera solidaria bajo sus propias reglas. Pero es claro que la celebración de contratos con esas entidades no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de una persona natural o jurídica.*

Esa conducta no cuenta con respaldo jurídico y constituye una reprochable tergiversación del objetivo que persiguió la ley al permitir el funcionamiento de esos entes cooperativos, en los que debe prevalecer real y efectivamente, mas no sólo en apariencia, el trabajo cooperado y mancomunado de los trabajadores que de manera libre hayan tomado la decisión de organizarse para desarrollar su capacidad laboral.

conllevarían al estudio de la verificación de la existencia del contrato con una empresa usuaria, situación que no puede ser objeto de estudio en este proceso por cuanto además de SERVIHUMANO LTDA. no existe ningún otro convocado a juicio

Corolario de lo anterior, ante la inexistencia del contrato de trabajo reclamado quedan en consecuencia sin vocación de prosperidad las pretensiones condenatorias incoadas, dado que las mismas derivaban de la prosperidad de la declaración de la existencia de una relación laboral.

Así las cosas, se agota la competencia en esta instancia, por el estudio de los puntos objeto de apelación y habiéndose arribado a similares conclusiones que la juez *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

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

---

Por esa razón, cuando se ha contratado a una cooperativa de trabajo asociado para que preste un servicio, ejecute una obra o produzca determinados bienes, es claro que en el evento de que los trabajadores que adelanten la ejecución de las actividades en desarrollo del respectivo contrato se hallen sin duda sujetos a una subordinación típicamente laboral respecto del beneficiario del servicio, de la obra o de la producción de bienes, deberán ser considerados como sus trabajadores para todos los efectos legales, por concurrir allí los elementos que configuran una verdadera relación de trabajo, como con acierto lo concluyó en este caso el Tribunal, lo cual es fiel trasunto del principio de la primacía de la realidad, elevado hoy a rango constitucional por el artículo 53 de la Constitución Política.

Y no podrá considerarse legalmente en tales eventos que la subordinación laboral que se ejerza sobre los asociados que haya enviado la cooperativa para el cumplimiento del contrato sea adelantada por delegación de ésta porque, en primer lugar, en la relación jurídica que surge entre el trabajador cooperado y la cooperativa de trabajo asociado no puede darse una subordinación de índole estrictamente laboral por cuanto esa relación no se encuentra regida por un contrato de trabajo, según lo dispone el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, y, en segundo lugar, porque la posibilidad de delegar la subordinación laboral en un tercero la ha previsto la ley para otro tipo de relaciones jurídicas, como las surgidas entre una empresa usuaria y una empresa de servicios temporales, calidad que, importa destacar, no puede asumir una cooperativa de trabajo asociado por ser sus funciones legales diferentes a las del envío de trabajadores en misión.

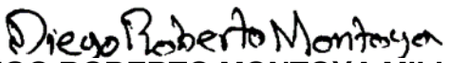
Desde luego, no podrá considerarse que en quien ha acudido a la fraudulenta utilización de la contratación con una cooperativa de trabajo asociado exista algún elemento que razonablemente pueda ser demostrativo de buena fe de esa persona, porque si realmente ostenta la calidad de empleadora, se estará en presencia de una conducta tendiente a evadir el cumplimiento de la ley laboral, lo que, en consecuencia, amerita la imposición de sanciones como la moratoria debatida en el presente proceso".

R E S U E L V E

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

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.



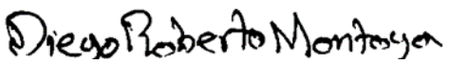
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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 $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 DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLAUDIA EUGENIA ROJAS WIESNER CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 36 2019 00215 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PORVENIR, COLPENSIONES y la DEMANDANTE (fls. 4 a 8, 10, 11, 13 y 14) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 2 de diciembre del 2021 *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 58:13 Archivo 12 expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la señora CLAUDIA EUGENIA ROJAS WIESNER, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 26 de junio del 96, a través de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A***.**
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otro concepto.*

> ***TERCERO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante CLAUDIA EUGENIA ROJAS WIESNER.*
>
> ***QUINTO:*** *Se* ***DECLARARÁ*** *no probada la excepción de prescripción.*
>
> ***SÉPTIMO:*** *Se* ***CONDENA*** *en costas a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES (sic) Liquídense con la suma de 1 SMLMV.*
> ***CONSÚLTESE*** *con el Superior la presente decisión a favor de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada.”*

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

Así, en primer lugar, COLPENSIONES solicita se revoque la decisión en primer lugar por cuanto de la documental aportada en el proceso se puede evidenciar que ya se superó la fecha de redención y pago del bono pensional, por lo que resulta aplicable las decisiones de la Corte Suprema de Justicia cuando estudian el tema de ineficacias solicitadas por personas que tienen la calidad de pensionados.

De otro lado aduce el deber de información ha variado con el tiempo, pues para el año 1996 cuando se trasladó la demandante, si bien la Ley 100 ya hablaba de que la elección del régimen pensional fuera el resultado del debido conocimiento de las características de cada régimen, para aquella época era imposible para los fondos de pensiones prever cuales serían las cotizaciones pensionales de la demandante en el futuro, es decir si serían continuas, si serían con el IBC, o si tendría hijos, factores que en dicho régimen varían las condiciones pensionales. Por tanto, asegura esa firma del formulario de afiliación con la AFP PORVENIR es completamente válida, y no hay lugar a declarar su ineficacia, pues éste fue firmado de forma libre, y sin presiones, y con el cumplimiento del deber exigido para 1996.

Indica que en caso que efectivamente para el año 1996 la demandante no haya recibido la debida asesoría por parte del fondo privado con respecto a las características de cada régimen pensional, esto se vio saneado con el tiempo porque la demandante estuvo en el régimen de ahorro individual durante varios años, lo que permite concluir que su voluntad era estar en el régimen de ahorro individual, considerando que además se debe tener en cuenta la garantía al principio de sostenibilidad financiera, ya que la demandante cuando solicita regresar al régimen de prima media contaba con

menos de 10 años para adquirir la edad de status pensional. (Audiencia virtual record: 59:51)[1]

PORVENIR por su parte, solicita se revoque en su totalidad la sentencia, señalando no haberse valorado que el consentimiento informado para su libre escogencia se materializo con la suscripción de solicitud de afiliación o formulario de afiliación, documento público que no fue tachado de falso, en el cual la actora hacía constar que se realizaba de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorada conforme lo exigía el artículo 114 de la ley 100 de 1993.

Adicionalmente, expresa PORVENIR siempre le garantizó el derecho de retracto, conducta que se probó con la publicación que se realizó en el diario el Tiempo, el día 14 de enero de 2004, como lo dispuso inicialmente el

[1] "Gracias doctora me permito interponer recurso de apelación el cual sustento de la siguiente manera, y es que solicitó al Tribunal Superior de Bogotá se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se de aplicación al precedente jurisprudencial señalado por la Corte Suprema de Justicia cuando la ineficacia del traslado de quien ya tiene una calidad de pensionado se trata, pues si bien la actora no tiene dicha calidad lo cierto de la documental aportada en el proceso se puede evidenciar que ya se superó la fecha de redención y pago de bono pensional, lo cual tenía lugar el 25 de julio del presente año, por lo que resulta aplicable la sentencia SL 373 del 2021, ya que el fundamento de la mencionada jurisprudencia para negar la ineficacia del traslado de pensionados consiste precisamente en la imposibilidad de retrotraer actos como el pago del bono pensional, lo cual además genera un perjuicio a terceros como es la Nación y mi representada.

Por otra parte, se deja de presente que en los fallos de la Corte Suprema de Justicia traídos a colación por el Despacho, si bien la Corte ha indicado que el deber de información se debe acreditar en todos los procesos, lo cierto es que ese deber de información ha variado con el tiempo, para el año 1996 cuando se trasladó la demandante, si bien la ley 100 ya hablaba que la elección del régimen pensional fuera el resultado del debido conocimiento de las características de cada régimen, para aquella época era imposible para los fondos de pensiones prever en qué condiciones serían las cotizaciones pensionales de la demandante en el futuro, es decir si serían continuas, si serían con el IBC, o si tendría hijos factores que en dicho régimen varían las condiciones pensionales. Por tanto, es dable reiterar que esa firma del formulario de afiliación con la AFP PORVENIR es completamente válida, y no hay lugar a declarar su ineficacia, pues el mismo fue firmado de forma libre, y sin presiones, y el cumplimiento del deber de información fue cumplido exigido para 1996.
Además, no se puede dejar de lado la manifestación que hace la Corte Suprema de Justicia al indicar que cada caso se debe estudiar de forma particular y con respecto a esto solicito al Tribunal estudiar de forma particular el caso aquí debatido, teniendo en cuenta que la demandante no tenía una expectativa legitima de pensionarse con mi representada.

Adicionalmente, también es dable indicar que en el caso que efectivamente para el año 1996 la demandante no haya recibido la debida asesoría por parte del fondo privado con respecto a las características de cada régimen pensional, esto se vio saneado con el tiempo porque la demandante estuvo en el régimen de ahorro individual durante varios años, antes de estar inmersa en la prohibición del artículo 2 de la ley 797, luego si tuvo tiempo de sobra para preocuparse por algo tan importante como su futuro pensional o para enterase como lo fue de público conocimiento que COLPENSIONES paso a ser la administradora del régimen de prima media, pues se liquidó con las pensiones continuo administrando los aportes de sus afiliados. Pero por el contrario la demandante nunca se acercó a esta entidad a preguntar sobre sus cotizaciones y futuro pensional, lo que permite concluir que su voluntad era estar en el régimen de ahorro individual, lo que además se debe tener en cuenta puesto que es necesario garantizar el principio de sostenibilidad financiera de mi representada, ya que la demandante cuando solicita regresar al régimen de prima media ya contaba con menos de 10 años para adquirir la edad de status pensional.

Por todo lo anterior, solicito al Tribunal Superior de Bogotá que se tenga en cuenta todas las particularidades que expongo y se absuelva a mi representada de recibir en el régimen de prima media a la demandante y tenerla como su afiliada, en tal sentido sustento mi recurso de apelación muchas gracias."

artículo 3 del decreto 1191 del año 94, sin que la actora ejerciera dicha facultad.

Por otro lado, indica no procede la condena por la devolución de los gastos de administración, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, se destina el 3% de la cotización a los gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, los cuales no forman parte integral de la pensión de vejez, y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción, razón por la cual indica ordenar la devolución de estos gastos de administración a COLPENSIONES configura un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada, en la medida que no existe norma que ordene tal devolución, pues de forma clara, y sin lugar a interpretaciones diferentes, el artículo 113 de la ley 100 menciona cuales son los dineros que deben ser trasladados cuando existe un cambio de un régimen pensional y estos son el saldo de la cuenta individual incluidos con sus rendimientos. (Audiencia virtual record: 1:04:01[2])

[2] "Muchas gracias su señoría y 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 a valorar.

En primer lugar, para declarar la ineficacia la falladora de primera instancia pues acontecieron respecto al deber de información como un deber de ser probado por parte de mi representada haberse suministrado una información clara y suficiente sobre los efectos que acarrea un cambio de régimen pensional, por lo anterior no se valoró que el consentimiento informado para su libre escogencia se materializo con la suscripción de solicitud de afiliación o formulario de afiliación, documento público que no fue tachado de falso, el cual expresaba que pues la actora hacía constar que realizaba de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorada sobre los aspectos de este, entre otros conceptos, conforme lo exigía el artículo 114 de la ley 100 del 93, es decir, señores magistrados que no se trata de una simple declaración vacía incluida en un contrato de afiliación, sino de un requerimiento legal señalado sobre la firma de la parte demandante, quien se presume como una persona capaz para obligarse.

Adicionalmente, no se puede desconocer que PORVENIR siempre le garantizó el derecho de retracto, conducta que se probó con la publicación que se realizó en el diario el Tiempo, el día 14 de enero de 2004, como lo dispuso inicialmente el artículo 3 del decreto 1191 del año 94, sin que la actora ejerciera dicha facultad, lo cual no se valoró como una negligencia de su parte, debe valorarse como tal.

Además, con la declaratoria de ineficacia del traslado entre regímenes, también se desconoce el principio de la autonomía privada con la que contaba la demandante, definida por jurisprudencia constitucional en sentencia C 341 del año 2006, como el poder de las personas reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante los intereses y derechos de los titulares y por ende pues crear derechos y obligaciones, pues que se respete el orden público y las buenas costumbres.

Sin perjuicio de lo anterior, tampoco procede la condena por la devolución de los gastos de administración, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 del 93, también del régimen de prima media se destina el 3% de la cotización a los gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, dichos gastos de administración no forman 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 la devolución de estos gastos de administración a COLPENSIONES, pues se configura un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada, en la medida que no existe norma que pues ordene tal devolución, pues de forma clara, y sin lugar a interpretaciones diferentes, el artículo 113 de la ley 100 menciona cuales son los dineros que deben ser trasladados cuando existe un cambio de un régimen pensional, esto es el saldo de la cuenta individual incluidos pues sus rendimientos, lo que evidencia que no están destinados a financiar la prestación de la afiliada, y por ende no pertenecen a ella, sino el fondo privado como

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 (*Archivo 1 expediente virtual, páginas 3 y 4),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Archivo 1 expediente virtual, páginas 4 a 6),* aspirando se declare la nulidad del traslado efectuado a PORVENIR el 13 de julio de 1996, en consecuencia, se condene a esta AFP a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual junto con las correcciones monetarias que hayan de hacerse por la devaluación de los aportes, igualmente se ordene a COLPENSIONES a recibirla sin solución de continuidad junto con los aportes, se actualice y corrija la historia laboral. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante el 26 de junio de 1996 al RAIS administrado por PORVENIR. En consecuencia, se ordenó a dicha AFP a transferir a COLPENSIONES todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual incluyendo cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otro concepto y a COLPENSIONES se le ordenó actualizar la historia laboral de la demandante. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado, precisando si bien se pudo haberle brindado información al actor sobre los beneficios del RAIS, no le explicó las consecuencias de su traslado.

---

contraprestación la administración para incrementar el valor del capital existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado.

En consecuencia, no procede esta pretensión ya que ordenarla debe condenarse igualmente a la parte demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, ya que así lo tiene decantado la Sala Civil del Honorable Corte Suprema de Justicia en tratándose de las restitución mutuas, uno de los efectos jurídicos previstos en el artículo 1746 del Código Civil en cuanto a la nulidad de un acto jurídico, en cuanto a la parte que recibió frutos de la relación contractual que resulto nula, pues está en la obligación de restituirlos, pues de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin causa.

Por lo anterior, de manera muy respetuosa solicito a los honorables magistrados del Tribunal superior de Bogotá, revocar en su integridad la sentencia emitida por el despacho. 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 2002[3].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 25 de julio de 1961 *(Archivo 1 expediente digital, página 14),* por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 3 de septiembre del 2018 *(Archivo 1 expediente digital, página 13)*, esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 499.57 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 9 años, 8 meses y 17 días *(Historia Laboral Archivo 2 expediente digital),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **26 de junio de 1996** con fecha de efectividad a partir del **01 de julio de 1996** *(Archivo 1 expediente digital, páginas 24 y 25)* por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el el formulario de

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

afiliación suscrito con esa AFP y la misiva de notificación de afiliación que le fue enviada por Porvenir al empleador de la demandante.

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la

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

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

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".*

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

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

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

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

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

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

---

[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.

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*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante (Archivo 12, record: 11:09) no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor le dijo que el fondo tenía mayor liquidez, además, que podría pensionarse a una edad menor a la establecida en la Ley, que los recursos del fondo estaban protegidos y tendrían mayor estabilidad dada la liquidación en su momento del ISS, pero de manera alguna le indicaron sobre las modalidades pensionales en el RAIS, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, requisitos para pensionarse anticipadamente, entre otros aspectos.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de

publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (Archivo 1, expediente digital página 25), 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.

Respecto al comunicado de prensa alegado en la apelación por Porvenir *(Archivo 1 expediente digital, páginas 157 a 159)* es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

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

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

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

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
> *…*
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.*
>
> *Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(26 de junio de**

1996 , efectivo el 01 de julio de ese año), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio 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.

Así mismo baste con señalar a COLPENSIONES en punto su apelación, no puede estudiarse la presente acción teniendo en cuenta a la demandante como pensionada, pues dicho status aún no lo ha adquirido y si bien obra prueba de una "*Constancia de recepción de bono pensional"* (*Ver páginas 30 y 31 Archivo 1 expediente digital*) es claro que dicho dinero debió ingresar fue a la cuenta de ahorro individual de la actora, sin que por ello se pueda entender como pensionada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[6] *(Archivo 1 expediente digital, páginas 74 y 75),*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

[6] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 30 de abril de 2021 (*Archivo 7 expediente digital*).

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

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

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

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

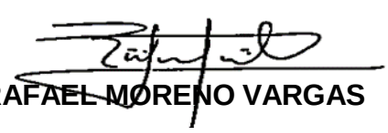
R E S U E L V E

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

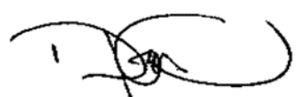
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EDUARDO RUEDA RAMÍREZ CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (RAD. 37 2020 00032 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandada (fls. 246 a 248), 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 agotar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, respecto de la sentencia proferida por el Juez Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de abril de 2021 (Audiencia virtual, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 236, récord 26:26, acta de audiencia folio 237), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a la entidad demandad UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el Doctor EDUARDO RUEDA RAMIREZ de conformidad con lo expuesta en la parte considerativa de esta sentencia.*
> ***SEGUNDO: DECLARAR** el levantamiento de la medida cautelar decretada en la providencia proferida el 04 de julio de 2017 conferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO del TOLIMA..*
> ***TERCERO: CONDENAR** en COSTAS a la parte demandante, fijo como agencias en derecho la suma de $500.000 pesos a favor de la entidad demandada, por secretaria tásense en la oportunidad procesal pertinente."*

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 EDUARDO RUEDA RAMÍREZ en este proceso, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folio 20) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 20 y 21), aspirando se declare la nulidad de las resoluciones RDP 053918 de 16 de diciembre de 2015 y RDP 006664 del 16 de febrero de 2016, proferidas por la UGPP, mediante las que se determinaron unos mayores valores recibidos por el demandante por concepto de compartibilidad pensional y se ordenó su devolución y en su lugar se declare, no debe reintegrar suma alguna por concepto de mayores valores recibidos.

El proceso fue inicialmente presentado ante la jurisdicción administrativa, donde luego de pasar por varios despachos, finalmente la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección A del Consejo de Estado, declaró sin competencia a esta jurisdicción para conocer del presente asunto y en su lugar declaró que eran la especialidad laboral es la competente (fls. 185 a 191 y 202 a 207). Con tal motivo el expediente arribó al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Ibagué, que declaró su falta de competencia por el factor territorial y dispuso la remisión Bogotá, correspondiendo por reparto al Juzgado 37 Laboral del Circuito de esta Ciudad.

Obtuvo el demandante sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus pretensiones, por cuanto el juez de primer grado absolvió a la UGPP de las pretensiones de la demanda y dispuso el levantamiento de medida cautelar decretada por el Tribunal Administrativo del Tolima mediante providencia de 4 de julio de 2017. Lo anterior, tras considerar el *a quo* que la pensión reconocida por la UGPP al demandante, como responsable de las obligaciones pensionales del ISS empleador, tiene vocación de compartida con la pensión de vejez que le reconoció COLPENSIONES y pese a tener conocimiento de esta situación, para los ciclos de octubre de 2014 a junio de 2015 recibió doble mesada pensional; situación que fue advertida por la UGPP, sin que pueda considerarse que el

demandante actuó de buena fe, pues aún a sabiendas de la compartibilidad de las pensiones, guardó silencio frente al doble pago que recibió.

Con el fin de resolver lo pertinente, se tiene que obra en el expediente la resolución RDP 053918 de 16 de diciembre de 2015 (fls. 2 a 11), en la que consta que mediante resolución No. 204 de 10 de abril de 2000, el Seguro Social en liquidación en calidad de patrono, le reconoció al demandante una pensión de jubilación convencional en cuantía inicial de $3’458.499,oo., a partir del 1° de abril de 2000 y mediante resolución No. 377 del 6 de junio de 2000, se modificó el valor de la primera mesada en la suma de $3’501.205,oo

En la resolución RDP 053918 de 16 de diciembre de 2015 (fls. 2 a 11), también consta que mediante resolución GNR182221 de 15 de julio de 2013, COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez a Eduardo Rueda Ramírez, en cuantía de $4’607.780,oo a partir del 1° de julio de 2013, acto administrativo que fue revocado mediante la resolución VPB 17641 de 9 de octubre de 2014, para en su lugar reconocer una pensión de vejez compartida en cuantía de $4’416.560,oo efectiva a partir del 6 de junio de 2008.

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

Igualmente, consta en la ya citada resolución RDP 053918 de 16 de diciembre de 2015, que la UGPP en ejercicio de sus facultades, adelantó una investigación administrativa, a partir de la que pudo determinar, que a pesar del carácter compartido de la pensión de jubilación, el señor Rueda Ramírez recibió mesadas pensionales plenas por parte de Colpensiones y de la UGPP, durante los ciclos de octubre de 2014 a junio de 2015 y determinó que por este concepto el pensionado debe devolver a la entidad, la suma de $55'018.731,oo, más los intereses de mora que se causen, decisión que fue recurrida por el aquí demandante y confirmada por la UGPP mediante la resolución RDP 006664 de 16 de febrero de 2016 (fls. 12 a 17), que en uno de sus apartes señaló:

> *"Que se verifica el cobro de mayores valores de mesadas pensionales por parte del señor (a) EDUARDO RUEDA RAMÍREZ, por efecto de la compartibilidad pensional toda vez que entre el 1° de octubre de 2014 al 30 de junio de 2015, recibió el pago de la mesada pensional en exceso del mayor valor que por compartibilidad le correspondía.*
>
> *Que en esas condiciones, el señor (a) EDUARDO RUEDA RAMÍREZ continuó cobrando la(s) mesada(s) pensionales en su totalidad tal como da cuenta el resumen de mayores valores pagados, suscrito por la subdirección de nómina de pensionados de la UGPP radicado No. 201580011099862 del 06 de noviembre de 2015, que hace parte integral del presente acto administrativo, y que da certeza de los cobros efectuados por el señor EDUARDO RUEDA RAMÍREZ; entendidos dichos cobros como mesadas recibidas en abono en cuenta o por ventanilla, sin tener derecho a la totalidad de aquellas, cuando era conocedora de la situación que daba origen a la modificación en el pago de su mesada pensional por consecuencia de la compartibilidad, y en modo alguno rechazó el pago por ventanilla o en abono en cuenta, según el caso".*

Frente a este problema jurídico, consistente en establecer si el demandante debe reintegrar a la UGPP los dineros que le fueron pagados por concepto de mayores valores de mesadas pensionadas recibidas, debe recordarse, solo procede la devolución de lo pagado, cuando se acredite, que el actuar del demandante no estuvo revestido de buena fe. Así lo ha adoctrinado la jurisprudencia laboral, que señala dicha conducta como límite para recuperar prestaciones concedidas en exceso. Puntualmente, en sentencia SL 2536-2020 esa Corporación consideró:

> *"En línea con lo anterior cabe recordar que, en casos similares al presente, ya se tiene establecido que la devolución de los mayores valores de las mesadas pensionales no es viable**, si la entidad interesada en ello no acredita la mala fe del pensionado en su proceder**. En efecto, así lo ha dicho en sentencias como la CSJ SL 2009-2019, en la que recordó lo expuesto en otro caso parecido:*

"No se accede a la devolución de lo pagado en exceso al actor, como consecuencia de la indebida liquidación de la pensión de jubilación, en tanto la Corte ha adoctrinado que no habrá lugar a ordenar la devolución de las sumas pagadas al accionado, «por cuanto hubo buena fe en su proceder, además de que fue la propia Universidad la que incurrió en error al proferir el acto administrativo, y no existen elementos de juicio que permitan deducir que el ex-trabajador pudo haber actuado de manera mal intencionada» (CSJ SL, 27 ene. 2010, rad. 35348).

Se trata de un criterio decantado, que se ha iterado en diversas oportunidades, como cuando se pronunció la sentencia CSJ SL4660-2018, en estos términos:

No se equivocó el juez plural al sustentar en la buena fe, la negativa al reembolso de las sumas pagadas de más, ya que es la propia jurisprudencia laboral la que señala dicha conducta como límite para recuperar prestaciones concedidas en exceso, estableciendo como condición, que los estipendios así otorgados no pueden, por ese solo hecho, tornarse en inamovibles. En providencia CSJ SL, 4 de mayo de 2006, rad. 26969, se consideró:

[…]

"En el presente caso, la disposición acusada le otorga a la administración, la facultad de demandar 'en cualquier tiempo' los actos administrativos mediante los cuales se reconozcan prestaciones periódicas, precisando que 'no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe'. Quiere ello decir, que la norma acusada, en cuanto le concede a la administración tal facultad, no vulnera los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, tal y como han sido entendidos por la Corte en múltiples fallos, por cuanto el legislador no está partiendo de la mala fe de los administrados, ni tampoco está defraudando expectativas legítimas que a los mismos se les hubiesen creado. Se trata, simplemente de que ningún ciudadano puede esperar que, con el paso del tiempo, se regularice o se torne intocable una prestación económica que le ha sido otorgada en contra del ordenamiento jurídico y en deterioro del erario público. Ello indica entonces, que si bien el legislador debe actuar sin menoscabar los derechos legítimamente adquiridos, no está imposibilitado para permitir a la administración, de manera excepcional, demandar en cualquier tiempo su propio acto, cuando encuentre que éste se ha proferido contrariando el ordenamiento jurídico, ello con el fin de defender intereses superiores de la comunidad". (Subraya la Sala)

Bajo esos criterios, correspondía a la promotora del litigio, la demostración de que el pensionado no actuó de buena fe, bien por inducir en error de la administración o por haberse beneficiado de un hecho fraudulento, tal como lo ha expuesto la Sala, de manera pacífica y reiterada, en sentenci*a CSJ SL, 26 ene. 2010, rad. 36095:*

Ahora bien, en cuanto a la orden de devolver las sumas de dinero recibidas por concepto de mesadas pensionales, bajo el entendido de no haberse demostrado la buena fe del llamado a responder, contrario a lo que dedujo el Tribunal, a juicio de la Sala, lo que fluye evidente es que FERNANDO VARÓN GUZMÁN actuó bajo la invencible convicción de reunir los requisitos previstos convencionalmente para tener derecho a la pensión de jubilación, que finalmente le reconoció su empleadora; muestra de ello es que se acogió al "PLAN E", conforme lo manifestó expresamente a la entidad (fl. 160), dispuesto para trabajadores con derecho a pensión, empero, sin que hubiera aducido algún elemento de juicio con la intención de inducir a error al ente promotor del litigio.

Bajo la precedente perspectiva, como el reconocimiento de la pensión de jubilación se generó en un error atribuible exclusivamente a la empleadora, a pesar de que, para efectos de constatar la carencia de las exigencias convencionales en cabeza del demandado, tenía en su poder toda la información del demandado, sumado a la

> *ausencia de mala fe de éste, son suficientes* ***para arribar a la conclusión de que no era viable ordenar la devolución de lo ya cancelado****."* (Negrilla y subrayas de la Sala).

En los términos analizados, obra en el expediente administrativo (cd. folio 98), copia de la resolución 204 de 10 de abril de 2000 mediante la cual, el Instituto de Seguros Sociales le reconoció pensión de jubilación al señor Eduardo Rueda Ramírez, acto administrativo desde el cual se le puso de presente, el carácter compartido de la prestación, como consta en su parte resolutiva, donde se señaló:

> *"ARTÍCULO CUARTO: Afiliar al doctor EDUARDO RUEDA RAMÍREZ, al Seguro Social, para que reciba las prestaciones asistenciales ordenadas por la Ley en su calidad de pensionado.*
>
> *ARTICULO QUINTO: La percepción de esta pensión es incompatible con otra asignación que provenga del Tesoro Público, cualquiera sea la denominación que se adopte para el pago de la contraprestación del servicio conforme a lo dispuesto por la Constitución Política, artículo 128, Ley 151 de 1959, artículo 4°, Decreto Reglamentario 1848 de 1969, artículo 77 y artículo 32 del Decreto 1042 de 1978, salvo las excepciones que contemplan la Constitución y la Ley.*
>
> *ARTÍCULO SEXTO: La pensión de pagará de la forma establecida en esta resolución hasta cuando el Seguro Social Asegurador le reconozca al doctor EDUARDO RUEDA RAMÍREZ, la pensión de vejez. A partir de este reconocimiento el Seguro Social Patrono, solamente pagará la diferencia que resulte de restar de la pensión de jubilación, la pensión de vejez, ajuste que se producirá en forma automática en la nómina de pensionados del Seguro Social – Patrono."*

A partir de lo anterior es claro para la Sala, que desde el año 2000, el señor Eduardo Rueda Ramírez conocía que la prestación de jubilación que le reconoció el ISS patrono, es compartida con la de vejez que le reconoció Colpensiones, sin que obre en el expediente que el aquí demandante hubiera manifestado inconformidades en este sentido.

En ese orden, cuando Colpensiones le reconoció su pensión de vejez, tenía conocimiento que no podía recibir dos mesadas pensionales; empero no solicitó a la UGPP que se aclarara la razón por la cual para los ciclos comprendidos entre octubre de 2014 y junio de 2015, continuó recibiendo la mesada completa de su pensión de jubilación, cuando para entonces solo podía recibir el mayor valor.

A partir de lo anterior, como lo afirmó el a quo, el silencio del demandante frente a esta situación no puede entenderse como un actuar de buena fe, pues se itera, conociendo del carácter compartido de las prestaciones, recibió las dos mesada

pensionales, por lo que la orden impartida por la UGPP en la resolución RDP 053918 de 16 de diciembre de 2015, relativa a la suma de los mayores valores pagaros al actor, se encuentra ajustada a derecho. Teniendo en cuenta las resultas del proceso, la Sala acompaña la decisión del a quo de levantar la medida cautelar que había sido decretada.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la CONFIRMACIÓN de la sentencia de primer grado, de conformidad con las razones esbozadas por esta Sala de Decisión.

SIN COSTAS en la alzada.

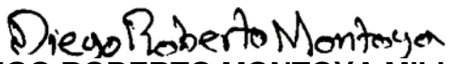
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la alzada.

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

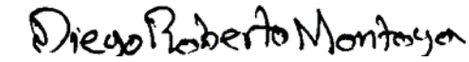
PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ELMA YOLANDA GÓMEZ VILLAMARIN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, AFP PROTECCIÓN y AFP PORVENIR S.A. (RAD. 38 2020 00467 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogado NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS como apoderado de la demandada PORVENIR S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido por JENNIFER LORENA MOLINA MESA en su calidad de profesional adscrita a la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADO S.A.S. (fl.11).

Se reconoce personería adjetiva a la abogada MAYRA ALEJANDRA BOHADA ROJAS como apoderada de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido por MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO en su calidad de representante legal suplente de la firma MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIAIZADOS S.A.S. (fl.19).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante y las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR (fls. 3 a 25), 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 la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de noviembre del 2021 (*Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo 22 expediente virtual, récord 1:51:27*), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a las A.F.P. PROTECCION S.A., y PORVENIR S.A. de todas y cada una de las súplicas formuladas en la demanda por ELMA YOLANDA GOMEZ VILLAMARIN. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: EXCEPCIONES**, dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.*
>
> ***TERCERO: COSTAS** lo serán a cargo del demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $500.000, en favor de cada una de las demandadas.*
>
> ***CUARTO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, **CONSÚLTESE** con el SUPERIOR."*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación manifestando, que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones emana de una responsabilidad de carácter profesional, que les impone el deber de suministrar al afiliado la información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dicho traslado, ello desde la creación del sistema general de pensiones, es decir, desde la misma entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, precisando no empezó a existir esta obligación de los fondos con el estatuto de consumidor, y mucho menos tampoco con las leyes 1478 del 2014, y el decreto 2061 del 2015.

Indica se debe tener en cuenta que la decisión de hacer un traslado de régimen pensional no es cualquier decisión, porque es la decisión que va a definir el futuro del afiliado, entonces no puede llegar con una información incompleta, y mucho

menos en un tiempo o lapso corto, en donde la persona no esté segura o no conozca ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes.

Aduce, en ningún momento se está teniendo en cuenta que la señora ELMA YOLANDA nunca se le informó respecto de sus aportes, de los aportes voluntarios, que pasaría con su capital en caso de fallecimiento, pues ella misma mencionó en su interrogatorio que lo desconocía, tampoco se le habló de requisitos o retracto, pues realmente la información que ella recibió fue solamente que el Instituto de Seguro social se iba a acabar.

Por lo que en su sentir, brilla por su ausencia prueba alguna por parte del fondo pensional que demuestre en primera medida que se le dio información veraz, amplia y suficiente a sus potenciales afiliados antes y durante la afiliación del deber que tenían estos fondos pensionales de contratar personal idóneo, y asesores o promotores capacitados para que ellos pudieran brindar esa información veraz y oportuna, considerando el a quo le está dando toda la carga o le está generando esa carga de la prueba que no tiene que recaer sobre ella, porque ella no es la que tiene el conocimiento pensional, son las AFP las que tienen el conocimiento pensional y fueron ellas quienes buscaron a su poderdante para realizar el respectivo traslado.

Manifiesta, se tiene que hacer una análisis previo, calificado y global de los antecedentes del usuario, y los pormenores de los regímenes pensionales con el fin de que el asesor pueda emitir un consejo o recomendación al afiliado acerca de lo que le conviene y lo que no, o lo que le puede perjudicar, pues el afiliado también tiene derecho de ser asesorado por los representantes de ambos regímenes pensionales.

Por otro lado, menciona cuando la actora se trasladó a la AFP PORVENIR, ni siquiera o el amigo que ella menciona le brindó una nueva asesoría, solamente le dijo que firmara el formulario de afiliación porque necesitaban completar su cuota.

Finalmente, en punto a que la demandante es un afiliado lego, indica que aun cuando ella tuviera el conocimiento o trabajara en un sector financiero, o la afiliada estuviera cercana al sistema pensional, eso no justifica que necesariamente se le tenga que dar la información, y que ella tenga que conocer o comprender como

funciona cada régimen, pues se deben examinar esas circunstancias particulares y en el caso presente no se tuvo en cuenta nada de lo mencionado y más cuando en ningún momento dijo haber conocido alguno de los beneficios o de las desventajas del régimen, razones por las cuales solicita se revoque la decisión de primer grado y se concedan sus pretensiones[1]. *(Audiencia virtual concentrada*

[1] "Muchísimas gracias su señoría, atendiendo el traslado que me fue cedido me permito sustentar el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el a quo, por las siguientes consideraciones, en el siguiente orden fáctico, jurídico y probatorio a saber.

Primero respecto a la nulidad del traslado de régimen por vicio en el consentimiento afectando la decisión del traslado de manera libre, espontánea y sin presiones, conviene precisar que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones emana de una responsabilidad de carácter profesional, que les impone el deber de suministrar al afiliado la información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dicho traslado, eso fue así desde la creación del sistema general de pensiones, es decir, desde la misma entrada en vigencia de la ley 100 del 93, el 1 de abril del año 1994, desarrollado por el artículo 90 y subsiguientes de la misma norma. 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 en la formalización de su afiliación a la administradora, es decir, que no empezó a existir esta obligación de los fondos con lo emanado con el estatuto de consumidor, y mucho menos tampoco con las leyes 1478 del 2014, y el decreto 2061 del 2015.

Estos fondos pensionales desde su creación tienen la obligación de brindar la información, pues ellos tienen el conocimiento y son instituciones especializadas e idóneas pues con la experiencia que resultan ser confiables para los afiliados o para los ciudadanos quienes van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura, en forma eficiente, eficaz y oportuna y esto resulta ser una responsabilidad de carácter profesional.

Ahora bien, también hay que tener en cuenta que la decisión de hacer un traslado de régimen pensional no es cualquier decisión, porque es la decisión que va a definir el futuro del afiliado, entonces no puede venir con una información incompleta, y mucho menos en un tiempo o lapso corto, en donde la persona no esté segura o no conozca ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes.

Ahora bien, esta apoderada no comparte las consideraciones que dio el a quo de primera instancia, solamente se está basando en que no se le podía presentar una proyección de mesada pensional a mi poderdante, pues por supuesto la proyección puede llegar a varia y pues esto no implica que no haya una falta de información, entonces dentro de las consideraciones del a quo en primera instancia, en ningún momento está teniendo en cuenta que la señora ELMA YOLANADA nunca se le informó respecto a aportes, a aportes voluntarios, respecto que pasaría con su capital en caso de fallecimiento, ella misma mencionó en su interrogatorio que lo desconocía, tampoco se le habló de requisitos, retracto, realmente la información que ella recibió fue solamente que el Instituto de Seguro social se iba a acabar, y diferente como lo menciona también el a quo de primera instancia, que el Seguro social se encontraba en una crisis económica y que un padre que cuida de su hijo busca lo mejor para él, no significa que ella no pudiera recibir la información o no tuviera la obligación la AFP de brindarle toda la información y ella misma escogiera a que fondo quisiera permanecer, independientemente si el seguro social contaba con una crisis económica o no, entonces es aquí donde quiero mencionar que el a quo no está teniendo en cuenta la falta de información, que debe conocer el afiliado tanto ventajas como desventajas, no solamente lo bueno o no solamente lo malo, y no solamente de un régimen sino de los dos regímenes.

Ahora bien, también me gustaría hablar de la carga de la prueba, para eso me gustaría traer a colación lo fundamentado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31984 y 3131 y sentencia del 22 de noviembre del 2011, radicado 33083. "Dicha cargar de la prueba recae directamente sobre quien gravita de suministrar el deber de información, en la medida que con ello la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, tal y como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil, así las cosas brilla por su ausencia la prueba alguna por parte del fondo pensional que demuestre en primera medida que se le dio información veraz, amplia y suficiente a sus potenciales afiliados antes y durante la afiliación del deber que tenían estos fondos pensionales de contratar personal idóneo, y asesores o promotores capacitados o capacitarlos para que ellos pudieran brindar esa información veraz y oportuna. En este caso el a quo le está dando toda la carga o le está generando esa carga de la prueba a mi poderdante, carga de la prueba que no tiene que recaer sobre ella, porque ella no es la que tiene el conocimiento pensional, son las AFP las que tienen el conocimiento pensional y fueron ellas quienes

artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Archivo 22, récord 1:52:17).

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 ELMA YOLANDA GOMEZ VILLAMARIN en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(Archivo 1, expediente virtual página 5)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(Archivo 1, expediente virtual páginas 1 a 5*), aspirando se declare la nulidad de la afiliación efectuada del régimen de prima media al de ahorro individual el 28 de diciembre de 1995 con la AFP PROTECCIÓN, como también la efectuada con la

---

buscaron a mi poderdante para realizará el respectivo traslado. Entonces no se le puede dar la carga de la prueba a ella, pues son ellos quienes llevaron el formulario, fueron ellos quienes contratan los promotores, son ellos quienes tienen el conocimiento pensional, entonces en ningún momento se le puede recaer la carga de la prueba a la demandante.

Tampoco está teniendo en cuenta el a quo la sentencia SL3349 de este año, el año 2021, en donde se, en donde habla esta sentencia que información tiene que brindar la AFP, donde se menciona que la información debe ser características, condiciones, acceso o efectos y riesgos que cada una de los regímenes pensionales, también la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, nada de eso está teniendo en cuenta el a quo de primera instancia, también se tiene que hacer una análisis previo, calificado y global de los antecedentes del usuario, y los pormenores de los regímenes pensionales con el fin de que el asesor pueda emitir un consejo o recomendación al afiliado acerca de lo que le conviene y lo que no, o lo que le puede perjudicar, el afiliado también tiene derecho de ser asesorado por los representantes de ambos regímenes pensionales.

Ahora bien, las administradoras de pensiones siempre deben brindar la información sin importar si el usuario ya había estado antes en el régimen o quisiese devolverse, es decir, acá también, tampoco se está teniendo en cuenta que cuando la señora ELMA YOLANDA se trasladó para la AFP PORVENIR, ni siquiera este personaje o el amigo que ella menciona le brindó una nueva asesoría, solamente le dijo que firmara el formulario de afiliación porque necesitaban completar su cuota, pero no se está teniendo en cuenta que aún, aunque estuviera en el mismo régimen y con anterioridad haya hecho una primera afiliación con el régimen de ahorro individual con solidaridad no se le tuviere que brindar la información, por el contario se le tiene que ratificar la información y como el mismo a quo de primera instancia decía ella cambio de salario, ella cambio de un puesta de trabajo, entonces con más veraz tenía que tener en cuenta todas esas características que ella tenía.

Y adicional, tampoco se puede hablar de un afiliado lego, porque aun cuando ella tuviera el conocimiento o trabajara en un sector financiero, o el afiliado estuviera cercano al sistema pensional, eso no justifica que necesariamente se le tenga que dar la información, y que ella tenga que conocer o comprender como funciona cada régimen, en cada caso los jueces deben examinar esas circunstancias particulares y pues ene l caso presente no se tuvo en cuenta nada de lo mencionado.

Adicional a eso también quisiera que no se tuvo en cuenta en lo absoluto, que mencionó la señora ELMA YOLANDA en su interrogatorio, ella en ningún momento ni siquiera dijo haber conocido alguno de los beneficios o de las desventajas, no se tuvo en cuenta uno de estos temas, sino que simplemente dio la carga de toda la información a ella. Pues ya dejado así solicito a la, al Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral que revoque en su totalidad la sentencia proferida por el a quo y que en consecuencia se concedan las pretensiones decretadas en la demanda. Muchísimas gracias."

AFP PORVENIR el 24 de mayo del 2012, en consecuencia se ordene a la AFP PORVENIR a retornar todos los valores que hubiera recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos que se hubieren causado, así mismo se ordene a Colpensiones recibirla en el régimen de prima media y mantenerla afiliada sin solución de continuidad, costas y agencias en derecho, lo *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones**, por cuanto se absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra por la actora y la condenó en costas. Lo anterior, tras considerar no encontrar probado que quien brindo la asesoría para el traslado hubiera desplegado conductas tendientes a causar un perjuicio o un daño especifico, ni que haya sido constreñida o engañada, además expresó el acto de afiliación quedó ratificado o convalidado con los traslados realizados dentro del régimen de ahorro individual, por lo tanto, su afiliación al RAIS gozaba de eficacia, precisando el hecho de desconocer la ley no puede ser un sustento para la ineficacia del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 20 de febrero de 1965 (*Archivo 2 expediente digital, página 7*1), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado,

[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".

mediante la peticiones elevadas ante PROTECCIÓN y PORVENIR el 8 de julio del 2020 (*Archivo 2 expediente digital, páginas 88 a 93 y 113 a 118*) y ante COLPENSIONES el 16 de abril del 2020 (*Archivo 2 expediente digital, páginas 102 a 107*), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años 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 46 semanas pues las restantes 320.57 son cotizaciones simultaneas (*ver historia laboral válida para bono pensional expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Archivo 10 expediente digital página 24*) equivalentes a 10 meses y 22 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.

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 diciembre de 1995** con fecha de efectividad 1° de enero de 1996 (*Expediente digital, Archivo 10 pagina 22 y Archivo 11 pagina 21)* específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN y en 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 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** de la actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A. antes DAVIVIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[4], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"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

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.*

---

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

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

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues, contrario a lo asentado por el juez de primer grado, para la Sala en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Al punto sea del caso precisar, si bien al absolver el interrogatorio de parte[5] la demandante refirió que le informaron aspectos como que podría pensionarse a cualquier edad, según su propio dicho, nunca le precisaron cuáles eran las condiciones para acceder a dicho beneficio, ni el capital requerido para poder hacerlo. Asimismo, fue clara en indicar que no recuerda que se le haya dicho cómo se obtenía o calculaba el valor de su mesada, que no le entregaron una proyección y menos aún la ilustraron sobre si le convenía o no trasladarse, insistiendo en que en lo que más se hizo énfasis fue en que el ISS se iba acabar.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, la demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, olvidando DAVIVIR hoy PROTECCIÓN ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por la actora.

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 (Archivo 11 expediente digital, pagina 21),

[5] Audiencia del 25 de noviembre del 2021, récord 5:50, Archivo 22 expediente digital.

este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa visto en el archivo 10 del expediente digital (páginas 55 a 57), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –DAVIVIR hoy PROTECCION- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus

potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
> *...*
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.*

La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 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 PROTECCIÓN antes DAVIVIR, omitió en el momento del traslado de régimen (28 de diciembre de 1995), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO**

del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP *(historial vinculaciones Archivo 10 expediente digital página 22),* 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 parágrafo al art. 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.*
>
> *(…)*
>
> *7.2.4. Es claro, entonces, que las Salas creadas en el marco del programa de descongestión no tienen competencia para modificar la jurisprudencia de la Sala permanente, ni para crear nuevas líneas interpretativas, y que cuando por mayoría consideren que es necesario realizar esta clase de cambios, deben remitir el asunto a la Sala permanente.*
>
> *7.2.5. Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016.*
> *De esta manera, se advierte también estructurado un defecto orgánico, que torna viable la concesión del amparo constitucional."*

Bajo tal orientación, entratándose de la ineficacia del traslado, como ya se anotó, no resulta relevante los traslados efectuados por la afiliada dentro del mismo régimen.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (*ver certificado afiliación Archivo 10 expediente digital, página 48*), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se revocará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es

suficiente indicar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Además, se advierte, los gastos de administración 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 actora a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

> *"Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*
>
> *[…]*
>
> *La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual,* ***ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***
>
> *Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por*

> *el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

Igualmente, en la sentencia 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 esta misma dirección, se dispondrá el pago debidamente indexado de la devolución de dichos gastos de administración, pues 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, 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)

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por las encartadas[6], 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*

[6]Colpensiones Archivo 8 pagina 15, Porvenir Archivo 10 páginas 17 y 18 y Protección Archivo 11 páginas 14 y 11. Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante autos del 20 de septiembre del 2021 y de Porvenir y Protección el 1° de octubre del 2021 (proferido en audiencia)

> *expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
>
> *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*
>
> *Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (…)"* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se revocará la decisión de primer grado para en su lugar declarar la Ineficacia del traslado de régimen pensional de la accionante, ordenando a la demandada PORVENIR (actual administradora), efectuar el traslado del saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro de la demandante, para que Colpensiones reciba dichas sumas y la tenga como afiliada.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la demandada AFP PROTECCIÓN.

En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

REVOCAR la sentencia proferida por el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional efectuado por ELMA YOLANDA GOMEZ VILLAMARON el 28 de diciembre de 1995 (con fecha de efectividad el 1° de enero de 1996) al Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia para todos los efectos se tendrá que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

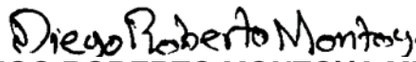
SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **PORVENIR S.A.,** como actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante, a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas de administración, debidamente **indexados** conforme a lo expuesto.

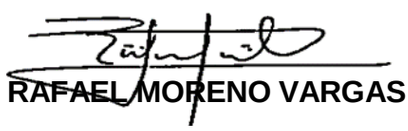
CUARTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a recibir los saldos trasladados de la **AFP PORVENIR,** a favor de la accionante, teniéndola válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de la demandada AFP PROTECCIÓN.

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