TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTA D.C.

SALA LABORAL

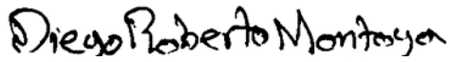
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DOMINGO PACHON CASTILLO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 02 2020 00294 01).

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada VIVIANA MORENO ALVARADO, 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 (fl. 7).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES mediante correo electrónico del 7 de marzo de los corrientes (fls. 3 a 5), 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 propuesto por la demandada COLPENSIONES así como el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 16 de

febrero del 2022 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 38:56, acta de audiencia expediente digital Archivos 14 y 15*), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES a través de su representante legal o quien haga sus veces a pagar al demandante DOMINGO PACHÓN CASTILLO identificado con C.C. No. 7.301.594 la pensión de invalidez bajo los lineamientos establecidos en la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la ley 100 de 1993, a partir del 1 de mayo de 2017, en cuantía inicial equivalente en 1 salario mínimo legal mensual vigente para dicha data, teniendo en cuenta que los aportes se realizaron siempre sobre el mínimo.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES a reconocer al demandante un retroactivo pensional por las mesadas causadas a partir del 24 de septiembre de 2017 y hasta que se efectúe su inclusión en nómina de pensionados.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, causados sobre el retroactivo pensional ordenado en el numeral anterior a partir del 24 de septiembre de 2017 y hasta que se efectúe su pago.*
>
> ***CUARTO:** Se **DECLARARÁ PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de prescripción propuesta por la demandada respecto de las mesadas pensionales causadas y no reclamadas con antelación al 24 de septiembre de 2017. Igualmente, se **DECLARARÁN NO PROBADAS** las excepciones propuestas.*
>
> ***QUINTO:** Se **CONDENARÁ** en costas a la parte accionada COLPENSIONES, en las que se incluirá por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a 1 salario mínimo mensual legal vigente.*
>
> ***SEXTO:** Si no fuere apelado la presente decisión, CONSÚLTESE con el superior."*

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, señalando si bien existen unos pagos para los ciclos de junio del 2013 a septiembre del 2017, aduce los mismos fueron objeto de investigación estableciendo que efectivamente esos aportes se realizaron no estando activo para los periodos de cotización.

Indica que como la estructuración de la invalidez se produjo el 3 de octubre del 2015 no puede ser beneficiario de la condición más beneficiosa, pues es requisito indispensable que la estructuración se genere del 29 de diciembre del 2003 al 29 de diciembre del 2006, señalando tampoco cumple con el número de semanas requeridas para obtener la pensión de invalidez, esto es, ni las 26 semanas ni las 50 anteriores a la data de estructuración, reiterando los pagos efectuados se realizaron cuando ya no estaba activo en el sistema, solicitando se revoque la

sentencia y no se condene a los intereses moratorios como tampoco a las costas del proceso[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 41:02, acta de audiencia 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 del demandante DOMINGO PACHON CASTILLO las pretensiones elevadas en la página 2 del Archivo 4 expediente digital, las cuales encuentran apoyo en los hechos relacionados en las páginas 2 a 4 ibídem, dirigidas principalmente a que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, junto con los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, derechos *ultra y*

[1] "Gracias su señoría, siendo esta la oportunidad me permito interponer recurso de apelación frente a la sentencia proferida en instancia, solicitándole de manera respetuosa a los magistrados del Tribunal Superior Sala Laboral, se revoque la decisión teniendo en cuenta los siguientes argumentos.

Primero que todo efectivamente, escuchando la parte motiva de la sentencia si bien existen unos pagos de los ciclos 2013 06 al 2017 09, como también se ha expuesto en el acta del comité por parte de mi representada, lo cierto es que esos mismo pagos se tuvieron en cuenta y así lo ha reflejado COLPENSIONES, no ha hecho, no ha sido contrario a lo que ha manifestado dentro del transcurso de la presente diligencia, y se realizó por ende una investigación administrativa con el fin de establecer esos periodos, lo que se ostenta bajo 222346158, que efectivamente esos aportes se realizaron no estando activo para los periodos de cotización, como se ha reflejado en las contestaciones por mi representada, de esta forma ese es uno de los criterios para poder oponerme al reconocimiento pensional del a quo y más cuando efectivamente la estructuración se realizó el 3 de octubre de 2015, y para ser beneficiario de la condición más beneficiosa, se requiere que se cumpla con unos requisitos que no se están cumpliendo en este momento,. Y es que justamente la estructuración se produzca dentro del 29 de diciembre de 2003 al 29 de diciembre del 2006, y para poder ser beneficiario de la norma que se está sugiriendo reclamar, siendo así que el demandante no cumple ni siquiera con la fecha de estructuración para que se aplique la ley 860 de 2003, ni tampoco cumple con el monto de las semanas cotizadas, haciendo un paralelo dentro de las 26 semanas anteriores a la fecha de estructuración o las 50 anteriores a la fecha de estructuración requeridas conforme a los estudios realizados por mi prohijada, mi representada y esto es que si bien existen esos pagos, los pagos se aplicaron pero de igual manera existió una investigación administrativa porque no se encontraba activo para las fechas en mención y por ende es improcedente el reconocimiento pensional, bajo el parámetro de la condición más beneficiosa a favor del demandante.

Por todo lo anterior, se solicita de manera respetuosa a los magistrados que se haga una valoración adecuada con el fin de establecer que para que se aplique una normativa anterior, pues debe señalarles cuales a la fecha de estructuración, cuál era la norma aplicable y en este caso, señalarla si era a las 26 semanas anteriores o 50 semanas anteriores a la fecha de estructuración y el estado de no activo por parte del demandante por pagos incompletos o sin aportes por el mismo, o realizar aportes que pues no se encontraba, como ya he reiterado, activo en el sistema.

De esta forma dejo sustentado mis alegatos de apelación con el fin de que sea estudiado, valorado de manera adecuada por los magistrados y se revoque la decisión de instancia, y no condenar en costas a mi representada, ni intereses moratorios, toda vez que primero que todo no se ha causado el derecho, no se adeudan mesadas pensionales y nos encontramos frente a que los aportes realizados cuando no se encontraba activo en el régimen pensional, de esta forma dejo sustentado mis alegatos, mi recurso gracias."

extra petita, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones,** por cuanto se condenó a COLPENSIONES a reconocer la pensión de invalidez a partir del 1 de mayo del 2017 data de última cotización al sistema, ordenando el pago de las mesadas a partir del 24 de septiembre del 2017 por efectos de la declaratoria parcial de la excepción de prescripción como también al pago de los intereses moratorios desde la misma data. Lo anterior tras estimar encontrar acreditadas las 50 semanas requeridas por la norma para hacerse beneficiario de la pensión de invalidez, como también probado su estado de invalidez, indicando en la última historia laboral expedida por Colpensiones se encuentran acreditadas todas las semanas cotizadas por el accionante desde el 2013 hasta el 2017, sin que puedan desconocerse tales pagos, pues fueron aceptados por la demandada. Respecto a los intereses moratorios señaló su procedencia ante la mora en el pago de las mesadas pensionales.

Bajo tal entendido, habida cuenta que se conoce del presente proceso además del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones en el grado jurisdiccional de consulta en su favor, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el actor fue calificado por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, con una pérdida de capacidad laboral del 56%, estructurada el 3 de octubre del 2015, de origen común (Archivo 1 expediente digital páginas 40 a 45).

En ese orden, de conformidad con lo previsto en el artículo 39[2] de la Ley 100 de 1993, vigente para la fecha de estructuración de invalidez el actor (3 de octubre

---

[2] ***Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez.*** *Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

Parágrafo 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[2].*

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.*

del 2015) tendrán derecho a la pensión de invalidez los afiliados al sistema que de acuerdo al artículo 38 *ejusdem* sean declarados inválidos[3] y acrediten 50 semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de su invalidez.

Con relación al primero de los requisitos, esto es, la condición de invalidez, el mismo se encuentra acreditado al tenor de lo consagrado en los artículos 38 y 250 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 860 de 2003, en atención a que de conformidad con el dictamen emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el señor PACHON CASTILLO cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 56% (Archivo 1 expediente digital página 43).

Frente a las semanas de cotización, si bien COLPENSIONES funda su defensa en que el actor se encuentra retirado del sistema desde mayo del 2013, conforme a lo expuesto en los diferentes actos administrativos que negaron el derecho (*ver por ejemplo la página 213 del archivo 9 del expediente digital*):

> Que conforme a la petición elevada por el solicitante en la cual señala que le tengamos en cuenta los tiempos el consorcio Colombia Mayor, se le informa que la Dirección de Ingresos por Aportes mediante radicado interno N° 2017_5785623 emitió la siguiente respuesta:
>
> *"con respecto a RI 2017_4151719 anexo, se informa que para los ciclos 201211, 201302, 201306 a 201704 se refleja gestión por cobro al consorcio mediante RI 2017_4055800, que posee la siguiente respuesta "Para los ciclos 2012/11, 2013/02, se realizará cobro al Consorcio Colombia Mayor, mediante una cuenta de reprocesos, a la espera que se inicie el proceso de revisión y aprobación ante el Ministerio de Trabajo, así como su posterior giro a Colpensiones para ser aplicado a su historia laboral." Y RI 2017_5154463, el cual posee la siguiente respuesta "Para el ciclo 201306 a 201704 presenta fecha de retiro a partir del 31 de mayo de 2013, por lo cual, no es viable realizar el cobro de los subsidios posteriores a esa fecha. Acorde a lo anterior, es necesario que usted valide con el Consorcio Colombia Mayor el estado de su afiliación al Programa de Subsidio al Aporte en Pensión (PSAP), teniendo en cuenta que esta entidad como administradora del programa es la encargada de realizar las afiliaciones, procesar los retiros y reactivaciones además de realizar la entrega de los cupones de pago." Por tal motivo no procede corrección alguna ya que el afiliado refleja retiro del Consorcio 201305."*
>
> De acuerdo a lo anterior, es pertinente informarle al peticionario, que los ciclos adeudados por el Consorcio Colombia Mayor se verán reflejados en la historia laboral una vez sea emitido el pago correspondiente por parte de dicha entidad.

Se tiene que, revisados los anexos de la contestación de la demanda, en especial el REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS actualizado al 1° de octubre del 2021

---

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

(Archivo 8 expediente digital, páginas 19 a 25), se evidencia que para los ciclos 2013 05 a 2017 04 –mayo 2013 al mes de abril del 2017- la propia encartada incluye dichos periodos con 30 días de cotización y con la anotación en la casilla de observaciones de: "*Pagó como Régimen Subsidiado",* reportando en total 929 semanas de cotización, precisando la Sala si bien COLOMBIA MAYOR certificó lo siguiente (Pagina 158 Archivo 9 expediente digital):

Colombia Mayor
Consorcio 2013

FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL

LA(EL) GERENTE DE LA REGIONAL CENTRO DEL CONSORCIO COLOMBIA MAYOR 2013

CERTIFICA

Que el señor DOMINGO PACHON CASTILLO, identificado con cédula de ciudadanía número 7301594, se encuentra afiliado al FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL - PROGRAMA DE SUBSIDIO AL APORTE EN PENSIÓN, en el grupo poblacional TRABAJADOR INDEPENDIENTE URBANO, desde el 01/08/2002 hasta el 02/05/2013, siendo su estado actual CANCELADO, por motivo MORA SUPERIOR A 6 MESES SUSPENDIDO, de acuerdo a lo establecido en numeral 4 del Artículo 2.2.14.1.24 del Decreto 1833 del 16 de noviembre de 2016.

Datos Afiliación Histórica:

Tipo	Fecha de Afiliación	Fecha de Retiro	Motivo
AFILIACIÓN	01/08/2002	02/05/2013	Suspensión MORA SUPERIOR A 6 MESES CONTINUOS
		02/05/2013	Cancelación - MORA SUPERIOR A 6 MESES SUSPENDIDO

Se expide a solicitud del interesado a los 24 días del mes de abril del año 2017.

GLADYS GUEVARA TORRES
GERENTE REGIONAL
CENTRO

Se debe tener en cuenta que conforme a las planillas de pago visibles en las páginas 46 a 94 del Archivo 1 del expediente digital, el promotor de la Litis en calidad de trabajador independiente canceló el valor total de la cotización sin descuento alguno por subsidio, valores que fueron recibidos por la administradora de pensiones sin objeción, tanto así que todos esos periodos de mayo del 2013 al mes de abril del 2017 fueron incluidos en su historia laboral, luego entonces se permite colegir la Sala que COLPENSIONES aceptó o convalido la cancelación de tales las cotizaciones que fueron realizadas directamente por el accionante.

Nótese que aun cuando la demandada en su impugnación señala que el accionante no se encontraba activo en el sistema desde mayo del 2013, revisada la historia laboral ya citada en la casilla 38 que se nombra con RA, en la cual se "*indica si existe un registro de afiliación o relación laboral"* , se anota por la propia enjuiciada **SI**, es decir, de mayo del 2013 a abril del 2017 sí existió un registro de afiliación, por ende bajo tales disquisiciones, para la Sala deben contabilizarse

todas las semanas cotizadas por el accionante que se encuentran debidamente registradas en el Sistema de COLPENSIONES.

Así las cosas, en el periodo del **3 de octubre del 2012 al 3 de octubre del 2015** (*3 años anteriores a la fecha de estructuración)*, el demandante acumula un total de **150,85** semanas cotizadas, que lo hacen beneficiario de la pensión reclamada a partir del momento en que se estructuró dicho estado (3 de octubre del 2015), tal como lo establece el Inciso 3 del artículo 40 de la Ley 100 de 1993[4], precisándose pese a lo anterior no se modificará la decisión de primer grado en cuanto a la data en que resulta ser beneficiario el actor de la prestación pensional, en virtud de la consulta que se surte en favor de Colpensiones, en tanto la Juez *a quo* señalo que era a partir del 1° de mayo del 2017 (día siguiente a la última cotización efectuada).

En cuanto al monto y dado que las cotizaciones se realizaron sobre la base de un salario mínimo mensual legal vigente, la pensión será igual al referido salario legal, tal como lo dispuso la Juzgadora de primer grado. Se confirma, este punto.

Ahora en cuanto a la data desde la cual se deben cancelar las mesadas pensionales, debe analizarse en primer lugar la excepción de prescripción propuesta en oportunidad por la demandada Colpensiones[5], advirtiéndose el derecho se hizo exigible el 3 de octubre del 2015 (data de estructuración de la invalidez), elevando el demandante la respectiva reclamación administrativa para el reconocimiento de su derecho pensional el 10 de agosto del 2016[6], la cual se resolvió de manera desfavorable mediante resolución GNR 364045 del 1 de diciembre del 2016 (Páginas 37 a 41 Archivo 9 expediente digital), frente a la cual se interpusieron los recursos de la vía gubernativa, desatados a través de los actos administrativos SUB 107324 del 27 de junio del 2017 (Páginas 205 a 209 Archivo 9 expediente digital) y DIR 11485 del 25 de julio del 2017 (Páginas 200 a 204 Archivo 9 expediente digital), éste último mediante el cual se resolvió el recurso de apelación, decisión notificada el 25 de agosto del 2017 (Página 190 Archivo 9 expediente digital), por lo que el fenómeno prescriptivo quedó en

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

[5] Desde la contestación de la demanda Archivo 8 expediente digital, pagina 12, la cual se admitió por el Juzgado mediante auto del 24 de enero del 2022 (Archivo 11 expediente digital)

[6] Conforme se extrae del contenido de la Resolución GNR 364045 del 1 de diciembre del 2016 (Archivo 9 expediente digital página 37)

suspenso hasta dicha fecha -25/08/2017-, acudiendo a la jurisdicción solo hasta el 24 de septiembre del 2020 (Acta Reparto página 95 Archivo 1 expediente digital), es decir cuando ya habían transcurridos los tres años previstos en el artículo 151 del C.P.L. y S.S. entre la fecha en que se resolvió de manera definitiva el derecho pensional y la interposición de la demanda, por lo que la prescripción cobró operatividad y esa medida se encuentra probado el medio exceptivo alegado sobre las mesadas causadas con anterioridad al 24 de septiembre del 2017, tal como se dispuso en primera instancia, prohijándose tal decisión.

Téngase en cuenta que la demanda se admitió el 13 de julio del 2021 (Archivo 5 expediente digital), siendo notificada a COLPENSIONES el 29 de septiembre del 2021 (Archivo 7 expediente digital), es decir, dentro del año establecido en el artículo 94 del C.G.P.

En ese orden, se calculará el retroactivo pensional causado, desde el 24 de septiembre del 2017 con corte al 29 de abril del 2022 (fecha de la presente sentencia), obteniendo esta Corporación una suma adeudada de **$51.233.599,63**, el cual se seguirá causando hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina de pensionados, adicionándose en este punto el fallo de primer grado

Tabla Retroactivo Pensional				
Fecha inicial	***Fecha final***	***Valor mesada calculada***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
24/09/17	*31/12/17*	*$ 737.717,00*	*4,23*	*$ 3.123.002,0*
01/01/18	*31/12/18*	*$ 781.242,00*	*13,00*	*$ 10.156.146,0*
01/01/19	*31/12/19*	*$ 828.116,00*	*13,00*	*$ 10.765.508,0*
01/01/20	*31/12/20*	*$ 877.803,00*	*13,00*	*$ 11.411.439,0*
01/01/21	*31/12/21*	*$ 908.526,00*	*13,00*	*$ 11.810.838,0*
01/01/22	***29/04/22***	*$ 1.000.000,00*	*3,97*	*$ 3.966.666,7*
Total retroactivo			***$ 51.233.599,63***	

En relación con los intereses moratorios, resulta pertinente mencionar, se encuentran contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 previstos para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales. La finalidad de estos intereses, a voces de la Corte Suprema, no es otro que la de resarcir los perjuicios ocasionados a los pensionados por la cancelación tardía de sus mesadas pensionales y, con ello, hacer efectiva la garantía prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, con apego al cual uno de los principios mínimos

fundamentales aplicables al trabajo es el de asegurar *"(…) el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones (…)"*[7].

Del mismo modo, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios[8] de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta de la respectiva entidad de seguridad social y a su posible apego a los postulados de la buena fe, salvo que la negativa se funde en el ordenamiento legal vigente o que la definición del derecho obedezca a las reglas jurisprudenciales fijadas, entre otras condiciones analizadas en concreto, pudiéndose colegir en consecuencia, el pago tardío de mesadas pensionales de una prestación pensional, debe ser sancionado en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando no se evidencie una razón que justifique el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía a la demandante[9], criterio reiterado recientemente por la Corte en sentencia SL3130-2020[10], en la que precisó:

> *"(…)*
> *En primer lugar, que permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de* ***manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe.*** ***Ello con la salvedad de algunos casos en los que, según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas.***
>
> *(…)"* (Negrilla y subrayas de la Sala).

Así las cosas, y tal como se analizó en apartes anteriores, la razón de COLPENSIONES para negar la petición efectuada por el demandante encontraba asidero en que se encontraba retirado por parte del consorcio COLOMBIA MAYOR desde mayo del 2013, sin embargo como se pudo ver recibió a conformidad los pagos de las cotizaciones realizadas por el actor, incluyéndolas en su historia laboral, razón por la cual para esta Corporación no existe una razón que justifique su actuar y en ese sentido debe ser condenada la pasiva al pago de los intereses moratorios a partir del 24 de septiembre del 2017, por los efectos de

[7] Sentencia SL1681 de 2020.
[8] CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras, reiteradas en sentencia SL3130 de 2020.
[9] Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.
[10] En la cual hace extensivos los intereses moratorios cuando lo pretendido es la reliquidación o reajuste.

la declaratoria parcial de la excepción de prescripción como atrás se estudió y como fue establecido por la Juez de primer grado.

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 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 pasiva, lo atinente a derecho es sea condenada en costas, motivos por los cuales se confirma la sentencia en este aspecto.

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.

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

COSTAS en apelación a cargo de COLPENSIONES.

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: CONCRETAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para establecer que el retroactivo adeudado del 24 de septiembre del 2022 con corte al 29 de abril del 2022, asciende a la suma de **$51.233.599,63**, cifra que se seguirá causando hasta la fecha efectiva de la inclusión en nómina de pensionados.

SEGUNDO: ADICIONAR la decisión del Juzgado 2° 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 al demandante.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de la Juez 2° Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en el grado de jurisdiccional de Consulta. **COSTAS** de la apelación a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

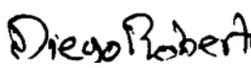
(EN USO DE PERMISO)

OSVALDO TENORIO CASAÑAS

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 DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

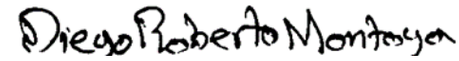
PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ERNESTO FERNANDEZ ZAFRA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 02 2020 00317 01)

Bogotá D.C. veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado DANIEL FELIPE RAMIREZ SANCHEZ como apoderado sustituto de PORVENIR S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por ANGELICA MARIA CURE MUÑOZ, como profesional adscrita a la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S (folios 8 y 9).

Reconocer personería adjetiva a la abogada BELCY BAUTISTA FONSECA 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, como representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S (folio 11).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de las demandadas PORVENIR S.A (fls. 5 a 8), y COLPENSIONES (fls. 12 y 13), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta, contra la sentencia proferida por la Juez Segundo (2) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 8 de marzo de 2022 (*Audiencia art. 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord: 1:25:05, archivo "22. ART 77 Y 80-20220301_161856-Grabación de la reunión.mp4", expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado realizado por el señor ERNESTO FERNÁNDEZ ZAFRA identificado con cédula de ciudadanía No 19.292.738, a la AFP ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLMENA S.A hoy PROTECCIÓN S.A, el día 13 de julio del 94, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor el señor ERNESTO FERNÁNDEZ ZAFRA tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado y los gastos de administración, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.*
> ***TERCERO: SE ORDENARÁ*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación efectuada por el demandante el 30 de enero de 1978, situación que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral.*
>
> ***CUARTO: SE DECLARARÁN NO PROBADAS*** *las excepciones propuestas por las demandadas.*
>
> ***QUINTO: SE CONDENARÁ*** *en costas a la parte accionada PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una.*
>
> ***SEXTO:*** *Si no fuere apelado el presente fallo,* ***CONSÚLTESE*** *con el Superior"*

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de PORVENIR, solicita sea revocada la sentencia de manera parcial en lo correspondiente a las condenas impuestas a la AFP. En sustento de ello, indica la condena de trasladar a COLPENSIONES el valor correspondiente al valor de las sumas destinadas a los gastos de administración, no resulta viable en primer lugar, ya que dichas sumas tienen por mandato legal una destinación especifica, que en este caso cumplió plenamente con su cometido, durante el periodo en el cual el demandante se ha mantenido vinculado al RAIS, de tal suerte que esas sumas fueron debidamente

invertidas en la forma en la que se encuentren exigidas por la ley, y no se encuentran ya en poder de la AFP, toda vez que fueran destinadas a cubrir todos los gastos que implicaron la correcta administración de sus recursos y durante su vinculación, generaron rendimientos.

En segundo lugar, las AFP deben garantizar una rentabilidad mínima de conformidad con lo que se encuentre estipulado en la ley 100 de 1993, en caso de no haber sido generado la AFP debería responder con sus propios recursos. La ley concedió la posibilidad de destinar el total del monto de los aportes generados al sistema, el 3% para gastos de administración y por ser estos su remuneración no puede ordenarse el reintegro de los mismos, pues al admitirse tal posibilidad sin ninguna compensación al respecto se estaría avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor del sistema, quien se ve beneficiado con tal situación al recibir no solamente al valor de la administración de los recursos del demandante, sino también los respectivos rendimientos que fueron generados con dicha gestión.

Agrega, la devolución de los gastos de administración es improcedente de conformidad con lo conceptuado por la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad encargada de vigilar entre otras a las administradoras de fondos de pensiones y que cuenta dentro de sus facultades con la de emitir conceptos doctrinales respecto en los temas de su competencia, al señalar dicho ente que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales, deberá efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello, como lo es en este caso el artículo 7 del decreto 3995 del 2008, disposición normativa que deberá aplicarse en todos los casos que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que desde luego incluye las restituciones que deberán hacerse cuando se ordene la nulidad o la ineficacia del traslado de régimen pensional del afiliado.

Por último, en lo que corresponde a las agencias en derecho a las que fue condenada, aduce que al desestimarse la devolución de los valores a los que fue condenado PORVENIR, consecuencialmente también deberá revocarse la condena en costas. [1] (*Audiencia art. 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de*

[1] *"**Apoderada PORVENIR (1:27:05):** Gracias su señoría, por parte de PORVENIR S.A de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia,*

la plataforma Microsoft Teams, récord: 1:25:05, archivo "22. ART 77 Y 80-20220301_161856-Grabación de la reunión.mp4", expediente digital)

A su turno, COLPENSIONES la apeló, solicitando se revoque la sentencia pues se probó que se brindó la información necesaria, clara y oportuna, conforme a las reglas procesales para la fecha del traslado, esto es para el año 1994, toda vez que no solamente se llenó el formulario de afiliación, al cual no se le debe quitar

---

solicitando al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral se sirva revocar la decisión de manera parcial en lo que corresponde a las condenas impuestas en contra de mi representada.

Vale la pena señalar que la condena de trasladar a COLPENSIONES el valor correspondiente al valor de las sumas destinadas a los gastos de administración, mi representada se aparta respetuosamente de la misma, puesto que no resulta viable que como parte a las prestaciones mutuas que correspondan se ordene a la administradora demandada la devolución de los gastos destinados a la administración, ello es así en primer lugar, porque las sumas que corresponden a los gastos de administración tiene por mandato legal una destinación especifica, que en este caso cumplió plenamente con su cometido, durante el periodo en el cual el demandante se ha mantenido vinculado al régimen de ahorro individual con solidaridad, de tal suerte que esas sumas fueron debidamente invertidas en la forma en la que se encuentren exigidas por la ley, y no se encuentran ya en poder de mi representada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicaron la correcta administración de sus recursos, durante su vinculación con mi mandante, y que le generaron los respectivos rendimientos que se encuentran en las documentales que fueron aportadas con la contestación de la demanda.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta en el régimen de ahorro individual con solidaridad las administradoras de fondo de pensiones debe garantizar una rentabilidad mínima de conformidad con lo que se encuentre estipulado por el artículo 101 de la ley 100 de 1993, y si ello no se genera es la AFP quien deberá responder con sus propios recursos, en ese sentido como fue la misma ley que concedió la posibilidad de destinar del total del monto de los aportes generados al sistema, el 3% para gastos de administración y por ser estos su remuneración no puede ordenarse el reintegro de los mismos, pues al admitirse tal posibilidad sin ninguna compensación al respecto se estaría avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor del sistema, que es quien se ve beneficiado con tal situación al recibir no solamente al valor de la administración de los recursos del demandante, sino también los respectivos rendimientos que fueron generados con dicha gestión.

Endilga con lo señalado anteriormente, debe indicarse que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente de conformidad con lo conceptuado por la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad encargada de vigilar entre otras a las administradoras de fondos de pensiones y que cuenta dentro de sus facultades con la de emitir conceptos doctrinales respecto en los temas de su competencia, al señalar dicho ente que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales, deberá efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello, como lo es en este caso el artículo 7 del decreto 3995 del 2008, disposición normativa que deberá aplicarse en todos los casos que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que desde luego incluye las restituciones que deberán hacerse cuando se ordene la nulidad o la ineficacia del traslado de régimen pensional del afiliado. Consideramos entonces que existiendo una norma que regula la situación no se ve ninguna razón atendible para apartarse de la misma e incluir conceptos que no contiene, y que por razones lógicas no pueden llegar a trasladarse.

Por último, en lo que corresponde a las agencias en derecho a las que fue condenas a mi representada, debe aclararse que desestimada la devolución de los valores a los que fue condenado PORVENIR, consecuencialmente también deberá desestimarse la condena en costas, es por todo lo anterior, que solicitó respetuosamente al honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral, se sirva revocar parcialment6e la decisión de instancia en lo que respecta a las condenas impuestas en contra de PORVENIR. Muchas gracias".

peso, a pesar de que no es una prueba determinante para poder establecer que se le brindó una información, sin embargo, se puede probar con ella que efectivamente que esa relación contractual no está viciada y que fue un traslado libre y voluntaria, y que genera efectos jurídicos para las partes que los suscribieron.

Considera no se dio el valor probatorio correspondiente a la confesión dada por parte del demandante en el interrogatorio de parte, toda vez que se acreditó que la información fue brindada de manera verbal, y fue suficiente, ya que en las preguntas realizadas, se puede extraer considera que si se le dieron las características del RAIS, toda vez que se mencionó los bonos pensionales, heredabilidad, el capital, cuenta de ahorro individual, los aportes voluntarios, y manifestó que toda esa información fue suministrada por el asesor del fondo de manera precontractual.

Añade, que el demandante manifestó que en las instalaciones se le realizaron proyecciones a futuro, dándole un valor aproximado de la mesada pensional, por lo que, en su sentir, se evidencian actos de relacionamiento, lo que determina esa convicción del demandante de permanecer en el RAIS, y no realizar un retorno oportuno, a pesar que existe una prohibición legal descrita en el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

Afirma, la existencia de una barrera que el legislador quería garantizar para que no descapitalizará el sistema. Advierte, si bien son trasladados los aportes con destino a COLPENSIONES, resalta que el demandante ya cumple o está próximo a cumplir los requisitos pensionales y va a obtener beneficios de aportes voluntarios y subsidios de los afiliados del régimen de prima media, al solicitar su reconocimiento pensional. En subsidio solicita en caso de conformarse la decisión se absuelva de la condena en costas. [2] (*Audiencia art. 80 del C.P.T. y la S.S.,*

---

[2] *"**Apoderada COLPENSIONES (1.30:37):** Gracias su señoría, siendo esta la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación frente a la sentencia proferida en instancia, solicitando al magistrado del Tribunal Superior Sala Laboral, se revoque la misma teniendo en cuenta los siguientes reproches.*

Primero que todo a la debida valoración probatoria como se ha indica en los alegatos de conclusión, efectivamente no solamente se pudo probar que se brindó información necesaria, clara y oportuna, conforme a las reglas procesales para la fecha del traslado, esto es para el año 1994, toda vez que no solamente se llenó ese formulario de afiliación, que no se le debe quitar peso a pesar de que no es una prueba determinante para poder establecer que se le brindó una información, sin embargo, se puede probar con ella que efectivamente que esa relación contractual

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord: 1:30:37, archivo "22. ART 77 Y 80-20220301_161856-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

---

no está viciada y que fue un traslado libre y voluntaria, y que genera efectos jurídicos para las partes que los suscribieron.

Aunado a lo anterior, haciendo un estudio, una valoración probatoria en conjunto se pudo probar con la confesión, lo cual el a quo no le dio valor probatorio, dado que el demandante en su interrogatorio cumplió con cada uno de los requisitos del artículo 191 del Código General del Proceso, para poder acreditar que efectivamente esa información fue brindada de manera verbal, y fue suficiente, pues si se escucha en cada una de las preguntas que le realizó cada uno de las apoderadas de los fondos, como de mi parte, se pudo apreciar que se le brindo todas las características del régimen de, del RAIS respecto se le hablo de los bonos pensionales, se le hablo que era heredable, se le habló respecto al capital, se le habló sobre la cuenta de ahorro individual, se habló absolutamente, hasta de los aportes voluntarios, y manifestó que toda esa información fue suministrada por el asesor del fondo de manera precontractual.

Aunado a lo anterior, también manifestó y justamente eso es lo que quiere manifestar y es que se le hizo un estudio conforme a las semanas que venía ahorrado, que se habían ahorrado en el régimen de prima media, y esto es que el asesor y con palabras del demandante, cumplía con las semanas mínimas para poderse trasladar, pues habían personas que por las semanas que tenían cotizadas no podían hacer ese traslado, y esto es como se llama el régimen de transición, que tenía conocimiento brindado por el asesor del fondo, lo que estamos hablando que tenía conocimiento tanto de las características del régimen de prima media, como las características propias del RAIS.

Ahora bien, también manifestó que se le hicieron proyecciones a futuro, y en una de las preguntas, a la cuarta realizada por mi parte, el demandante confesó que fue a las instalaciones y que se le dio un valor aproximado de su mesada pensional, lo que estamos aquí son actos de relacionamiento, lo que determina esa convicción del demandante de permanecer en el RAIS, y no realizar un retorno oportuno, a pesar que existe una prohibición legal descrita en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, que es de conocimiento para todas las personas, pues no estamos frente a una, ante una persona lego, un afiliado lego, por lo tanto, existe una barrera que justamente el legislador quería garantizar para que no se descapitalizara el sistema, que si bien los aportes se trasladan a COLPENSIONES, lo cierto es que el demandante ya cumple o está próximo a cumplir los requisitos pensionales, y se va a beneficiar de esos aportes voluntarios y esos subsidios de aquellos afiliados del régimen de prima media, a la hora de solicitar su reconocimiento pensional.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se solicita de manera respetuosa se revoque y se haga un análisis adecuado de la carga de prueba, que también se expuso de manera detallada en los alegatos de conclusión, determinando que efectivamente no estamos frente una falta de información, por dado, que el mismo demandante ha acreditado que si se le brindó de manera oportuna, que fue suficiente, para realizar su traslado.

Teniendo en cuenta lo anterior se solicita de manera subsidiaria en dado caso se confirma la decisión, no sea condena mi representada en costas, teniendo en cuenta que está garantizando los intereses de todos los afiliados del esquema de régimen de prima media, esto es el interés general sobre el particular. De esta forma dejo sustentado mi recurso de apelación. Gracias."

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(Página 2, archivo "01. Expediente Unificado.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 del traslado efectuado al RAIS por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A, en consecuencia, se declaré que para todos los efectos legales el demandante nunca estuvo afiliado allí; así se declare vigente y sin solución de continuidad su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; se condene a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES el valor de los dineros por concepto de cotizaciones o aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, rendimientos financieros que se hubieren causado y cuotas o gastos de administración, debidamente indexados y que reposan en la Cuenta de Ahorro Individual del demandante; se condene a PROTECCIÓN S.A trasladar a COLPENSIONES el valor de los dineros que fueron cobrados al actor, por concepto gastos de administración, debidamente indexados; condene al pago de costas y agencias en derecho, y lo ultra y extra petita. En subsidio solicita se condene a PROTECCIÓN S.A. al pago de los perjuicios materiales ocasionados con el traslado de régimen por lucro cesante (diferencia entre el valor de la mesada que le correspondía en el RPM y la del RAIS) y daño emergente (comisiones por administración que fueron cobradas durante el tiempo de vinculación a esa AFP) y al pago de la diferencia en el valor de la pensión. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A; ordenando a PORVENIR S.A a trasladar con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados y los gastos de administración, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado; igualmente se ordenó a COLPENSIONES a aceptar dichos valores y tener como válida la afiliación del actor, incluyéndolo en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral. Y, por último, condenó a PORVENIR y PROTECCIÓN en costas y agencias en derecho. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, no se logró acreditar por PROTECCIÓN S.A. antes COLMENA el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado, que le ayudara a tomar una decisión

acertada sobre la construcción de su derecho pensional, precisando los traslados efectuados no acreditan el consentimiento informado que debió poseer el actor para el momento del traslado de régimen.

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

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 26 de enero de 1957 (*Página 24, archivo "01. Expediente Unificado.pdf", expediente digital),* por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 18 de septiembre de 2020 *(Páginas 111 a 113, archivo "01. Expediente Unificado.pdf", expediente digital)*, esto es, cuando ya había cumplido la edad para alcanzar el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 662,86, cotizadas al sistema, es decir 12,71 años *(historia laboral Páginas 65-66, archivo "01. Expediente Unificado.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.

---

[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".*

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 **13 de julio de 1994** con fecha de efectividad a partir del **01 de agosto de 1994** (*Página 96, archivo "01. Expediente Unificado.pdf", expediente digital y página 67 Archivo 8),* 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,*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas,

según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

sentencias SL1421 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 (…)"*

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

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

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

Al punto sea del caso precisar, si bien al absolver el interrogatorio de parte el demandante[6] refirió que en la reunión con el asesor de COLMENA este le informó aspectos como la existencia de una cuenta de ahorro individual, pensión heredable, rendimientos, que las semanas cotizadas en el ISS serían enviadas al fondo privado y respecto a los aportes voluntarios que con ellos podría incrementar su capital, según su propio dicho, le indicaron que el RAIS era igual al ISS y que todo dependería de los aportes efectuados, del mismo modo señaló que el asesor le manifestó que le faltaban 12 semanas y que por eso sí se podía trasladar, precisando la proyección de su mesada pensional se hizo de forma posterior con Porvenir otro fondo al que se trasladó luego de estar en Colmena. Asimismo, insistió en que en lo que más se hizo énfasis por el asesor de COLMENA fue en que el ISS se iba acabar.

Conforme tal medio de prueba, y para resolver la alzada de Colpensiones baste con señalar y como ya se advirtió, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen. Nótese que cuando se le cuestionó si conocía los requisitos para pensionarse en el RAIS, dijo tener entendido que se requería unas semanas y una edad, situación que en manera alguna puede entenderse, como lo alega COLPENSIONES en la alzada, que el actor conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado, por lo que se considera el demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, olvidando COLMENA hoy PROTECCIÓN ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por el actor.

[6] Audiencia 8 de marzo de 2022, récord 19:30.

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. (*Página 96, archivo "01. Expediente Unificado.pdf", expediente digital*) ,este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (*Páginas 65 a 67, archivo "10. CONTESTACION PROTECCION 7- SEPTIEMBRE DE 2021.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 –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.***
> ***1.2***
> *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, procedencia del traslado
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 PROTECCIÓN S.A., antes COLMENA omitió en el momento del traslado de régimen **(13 de julio de 1994, efectivo el 01 de agosto de 1994),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la

entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP *(historial vinculaciones visible Archivo 8 pagina 67),* en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*Ibidem.1*).

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

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

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

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

traslado, sin que resulte relevante las actuaciones efectuadas con posterioridad al mismo.

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

> *"7.1. Al confrontar los fundamentos de la decisión cuestionada con los anteriores desarrollos jurisprudenciales, se advierte que la Sala de Descongestión No.4 se distancia de manera abierta de los precedentes que en la materia ha fijado la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte.*
>
> *7.1.1. Como se dejó visto, la Sala de Descongestión, al dar por acreditado el cumplimiento del deber información por parte de la administradora, tomó en cuenta actos posteriores -aportes adicionales y traslado entre fondos privados-, desconociendo que "ello no contrarresta el incumplimiento del deber de información exigible a la administradora privada de pensiones, el cual como ya se advirtió,* ***debe ser oportuno e integral al momento del traslado."*** *(CSJ, SL3611, 11 agosto de 2021, Rad. 88467).*
>
> *Es decir, que con la aplicación de estos criterios la autoridad judicial accionada dejó de lado, sin justificación razonable alguna, la línea jurisprudencial consolidada por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte, en cuanto que el cumplimiento de la asesoría o información debidas debe analizarse al momento del acto jurídico del traslado, sin que resulten relevantes las actividades o actuaciones que el afiliado realice con posterioridad.*
>
> *En este punto, por tanto, se advierte estructurado un defecto por desconocimiento del precedente judicial.*
>
> *7.2. Adicionalmente a esto, la Sala de Descongestión, en el análisis que le permitió concluir que en este caso el deber de información había sido satisfecho por la AFP demandada, introdujo la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», que fue abordada por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte en la SL413-2018, no para definir un caso de ineficacia del traslado de régimen pensional, sino en un asunto en el que se discutía el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, donde resultó necesario el análisis de la voluntad de permanencia del afiliado en un específico régimen pensional.*
>
> *7.2.1. Esta interpretación implicó, a no dudarlo, una modificación o variación de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte, en punto a que el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar.*
>
> *7.2.2. Esta modificación del precedente jurisprudencial estructura un defecto orgánico, en razón a que la Sala de Descongestión accionada no tenía competencia para realizar esa variación doctrinal, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un parágrafo al art. 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.*

> *(…)*
>
> *7.2.4. Es claro, entonces, que las Salas creadas en el marco del programa de descongestión no tienen competencia para modificar la jurisprudencia de la Sala permanente, ni para crear nuevas líneas interpretativas, y que cuando por mayoría consideren que es necesario realizar esta clase de cambios, deben remitir el asunto a la Sala permanente.*
>
> *7.2.5. Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016.*
> *De esta manera, se advierte también estructurado un defecto orgánico, que torna viable la concesión del amparo constitucional."*

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A., como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor *(Página 57, archivo 8 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 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 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 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 (...)".*

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por PORVENIR que el concepto emitido por la Superintendencia Financiera no resulta vinculante, y en todo caso, la determinación de devolver los gastos de administración no resulta caprichoso, sino que, se itera, es consecuencia de la aplicación de los efectos de la declaratoria de ineficacia.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES (*Página 39, archivo "09. 2020-317 CONTESTACION COLPENSIONES.pdf", expediente digital),*[7] entidad a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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

---

[7] *Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 9 de febrero de 2022, archivo "13. CONTESTADA Y FIJA FECHA.pdf", expediente digital).*

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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual *"se condenará en costas a la parte 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 éstas 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 conforma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena 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 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

(EN USO DE PERMISO)

OSVALDO TENORIO CASAÑAS

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

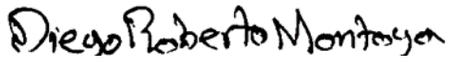
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARMEN ALICIA BUSTOS MARTÍNEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A y la vinculada como litisconsorte COLFONDOS S.A. (RAD. 04 2019 00263 01)

Bogotá D.C. veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada LISETH DAYANA GAINDO PESCADOR, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por DANNIA VANESSA YUSSELFY NAVARRO ROSAS, en su calidad de representante legal de NAVARRO ROSAS ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S (fl. 16).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante, PORVENIR S.A, COLPENSIONES, (fls. 4 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 los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A, COLFODNOS S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 1° de febrero del 2022 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:11:49, archivo 2 expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional de CARMEN ALICIA BUSTOS MARTINEZ a la Administradora De Fondo De Pensiones Y Cesantías COLFONDOS, realizada el 19 de febrero de 1997, así como la surtida al Fondo hoy PORVENIR realizado el 2 de octubre de 2001 por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad y por tanto siempre permaneció en el Régimen de prima media con prestación definida.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a dicha administradora.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES, las sumar recibidas por concepto de gastos de administración, y comisiones de seguros debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a dicha administradora.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a que una vez se efectué el anterior trámite acepté sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR** en costas a las demandas COLFONDOS y PORVENIR S.A. Fíjense las agencias en derecho por la suma de un 1/4 de salario mínimo a cargo de COLFONDOS Y 3/4 de salario mínimo a cargo de PORVENIR.*
>
> ***SÉPTIMO: CONCEDER** el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral.**"***

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

Así, en primer lugar PORVENIR indica no debió haberse declarado la ineficacia del traslado considerando cumplió con las normas que estaban establecidas para el momento de la vigencia en que se realizó el traslado de régimen, esto es, para el año 1997, y adicionalmente, señalar que tal como lo ha establecido el ente

gubernamental que vigila a las administradoras de fondos de pensiones, es decir, la superintendencia financiera, la obligación de otorgar información clara, cierta, comprensible y oportuna, respecto de las condiciones de su afiliación nace en el ordenamiento jurídico únicamente a partir de la entrega en vigor del decreto 2241 del 2010.

Por otro lado, frente a la condena de la devolución de los aportes, incluyendo los gastos de administración señala no estar de acuerdo con esa condena, dado que esos gastos han sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante en cumplimiento de un deber legal, conforme lo ha establecido el artículo 20 de la ley 100 de 1993, en donde indica la obligatoriedad de las administradoras de fondos de pensiones de realizar ciertos descuentos de unos porcentajes, los cuales destinará a unos conceptos especialices establecidos por la ley y que se ven reflejados en los rendimientos que tuvo los aportes de la demandante, debido a la administración que realizó mi representada, por lo que considera esta condena a la devolución de los gastos de administración y comisiones se extralimita (*Carpeta Archivo 2 expediente digital, record: 1:13:22*[1])

[1] "Gracias señor juez, estando dentro de la oportunidad pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra de la 0decisión que acaba de ser proferida teniendo en cuenta los siguientes argumentos.

En primer lugar, pues consideramos que en el presente caso no debió haberse declarado la ineficacia del traslado considerando que tanto COLFONDOS como PORVENIR, cumplieron con las normas que estaban establecidas para el momento de la vigencia en que se realizó el traslado de régimen, esto es en el año 1997, y adicionalmente, debemos señalar que como lo ha establecido el ente gubernamental que vigila a las administradoras de fondos de pensiones, es decir, la superintendencia financiera, esta entidad ha sido enfática que la obligación de otorgar información clara, cierta, comprensible y oportuna, respecto de las condiciones de su afiliación nace en el ordenamiento jurídico únicamente a partir de la entrega en vigor del decreto 2241 del 2010, esto lo estableció la superintendencia en concepto 2017 056068-001 del 12 de julio de 2017, en la que indicó "la obligatoriedad de ofrecer una asesoría, entendida como la información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de la obligación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar una decisión informada de vincularse a dicho régimen o trasladarse entre administradoras, se encuentra expresamente consagrada a partir del 1 de julio de 2010, fecha de entrada en vigencia del decreto 2241 del 2010. Igualmente, esta posición ha sido reiterada en el concepto de la superintendencia con radicación 2015123910 en donde igualmente señaló que con anterioridad a la vigencia de este decreto no existía una obligación para estas administradoras del régimen de ahorro individual, de brindar una información conforme e los lineamientos que se encuentran en la actualidad.

Adicionalmente, debemos señalar que frente a la condena de mi representada de la devolución de los aportes, incluyendo los gastos de administración debemos señalar que pues esta condena a devolver los gastos de administración pues no estamos de acuerdo, pues estos gastos han sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante en cumplimiento de un deber legal, y esto es lo establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, en donde se establece la obligatoriedad de las administradoras de fondos de pensiones de realizar ciertos descuentos de unos porcentajes, los cuales destinará a unos conceptos especialices establecidos por la ley, tales como el fondo de garantía de pensión minina, el 3% a financiar los gastos de administración, la prima de seguros de fogafin, la prima de seguros de invalidez y sobrevivientes, descuentos que fueron efectuados por mi representada en cumplimiento de esta norma, del artículo 20 de la ley 100 de 1993, y que se ven reflejados en los rendimientos que tuvo los aportes de la demandante, debido a la administración que realizó mi representada, por lo que esta condena a la devolución de estos gastos de administración y comisiones pues se extralimita frente a la, pues porque mi representada realizó estos descuentos en cumplimiento de un deber legal.

COLFONDOS apela la decisión únicamente en cuanto a la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, manifestando los gastos de administración vienen contemplados en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y su destinación ya se dio a favor de la demandante, por tal motivo indica la sentencia no puede ser ajena a las situaciones y realidades fácticas que se generaron en el presente caso, solicitando se tenga en cuenta que COLFONDOS cumplió con su deber legal que le asistía de administrar la cuenta de ahorro individual de la demandante durante el tiempo que estuvo afiliada, lo cual gracias a esa optima inversión y gestión que realizó se le produjeron unos rendimientos en su cuenta de ahorro individual incrementando el capital de su cuenta.

Aduce que si bien es cierto se declara la ineficacia de la afiliación, lo cierto es que los porcentajes destinados en cuanto a los seguros y los seguros para las contingencias de invalidez y sobrevivencia nunca formaron, ni son parte integral para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora demandante, resaltando no ser posible ordenar una devolución de descuentos debidamente indexadas, porque dicha actualización monetaria no se ha pretendido con el libelo demandatorio, ni se planteó en la contestación de la demanda, de lo que se colige que la indexación de la sumas por traslado no fueron materia de debate probatorio en el presente proceso, siendo la obligación que trae la ineficacia del traslado de hacer y no de dar o cancelar una suma de dinero, como se pretende en el presente proceso. (*Carpeta Archivo 2 expediente digital, record: 1:13:22*[2])

Teniendo en cuenta lo anterior, solicitamos respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial se revoque la sentencia, y en concordancia se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas y pretensiones de la demanda. Muchas gracias."

[2] "Gracias su señoría estando dentro de la etapa procesal correspondiente me permito interponer recurso de apelación parcial contra el fallo proferido por su despacho, en atención a que el Honorable magistrado Sala Laboral, de Bogotá revoque la condena impuesta a mi representada a devolver los gastos de administración debidamente indexadas.

Sustento mi recurso de apelación teniendo en cuenta las siguientes argumentaciones. Téngase en cuenta que los gastos de administración vienen contemplados en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, y su destinación ya fueron acaecidas en pro de la señora demandante, por tal motivo la sentencia no puede ser ajena a la situaciones y realidades fácticas que generaron en el presente caso, téngase en cuenta que COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS cumplió con su deber legal que le asistía de administrar la cuenta de ahorro individual de la señora demandante durante el tiempo que estuvo afiliada, gracias a esa optima inversión y gestión que realizó mi representada que se le produjeron unos rendimientos en su cuenta de ahorro individual incrementando el capital en la cuenta de ahorro de la señora demandante. Por tal motivo, se avoca al principio constitucional de equidad y justicia, pues no se entiende, si se trasladan los rendimientos generados por la gestión realizada por mi representada, pues no habría lugar a que se le ordenara a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS a devolver los gastos y costas de administración, como quiera que irían en detrimento de su propio peculio, causando así un enriquecimiento sin justa causa a favor de la señora demandante y a su vez a favor de COLPENSIONES.

Finalmente, COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia proferida, teniendo en cuenta que la demandante suscribió el formulario de afiliación al régimen de ahorro individual en el año 1997, y por ende la asesoría y afiliación se efectuó en vigencia del decreto 663 de 1993, el cual estableció en el numeral primero del artículo 97 la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios que prestan la información necesaria para lograr pues la mayor transparencia en las operaciones que se realizan de suerte que le permita a los afiliados escoger las mejor opciones del mercado, por lo que en su sentir no es razonable, ni jurídicamente valido imponer a la administradoras de pensiones obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso ya que por cuanto las leyes que surgieron en el año 1994 y 2016, pues no exigían nada diferente a un documento de afiliación, donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Indica que la demandante firmó el formulario de afiliación en el año 1997 con COLFONDOS y posteriormente con PORVENIR, sin hacer ninguna salvedad en cuenta a la información que le fue brindada, así como tampoco fue tachado por la parte en este proceso, por lo que se advirtió una evidente aceptación tácita de las condiciones de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y su silencio lo ratificó. (*Carpeta Archivo 2 expediente digital, record: 1:13:22*[3])

Téngase en cuenta, que si bien es cierto se declara la ineficacia de la afiliación, lo cierto es que los porcentajes destinados en cuanto a los seguros y los seguros para las contingencias de invalidez y sobrevivencia nunca formaron, ni son parte integral para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora demandante. Así mismo vale señalar que no es posible ordenar una devolución de descuentos debidamente indexadas, porque dicha actualización monetaria no se ha pretendido con el libelo demandatorio, ni se planteó en la contestación de la demanda, de lo que se colige que la indexación de la sumas por traslado no fueron materia de debate probatorio en el presente proceso, y siendo que la obligación que trae la ineficacia del traslado, es una obligación de hacer y no de dar o cancelar una suma de dinero, como se pretende en el presente proceso. Por tal motivo, no es aplicable en este punto el reconocimiento oficioso de la misma por el señor juez de instancia, como quiera que se le estaría vulnerando el debido proceso a mi representada, teniendo en cuenta que fue realizado a raíz de una facultad extra y ultra petita conferida a su señoría.

En este sentido dejo sustentado mi recurso de apelación, solicitando respetuosamente a los honorables magistrados revocar las condenas impuestas a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS. Muchas gracias."

[3] "Muchas gracias su señoría me permito interponer recurso de apelación contra la decisión acaba de proferir, solicitando a los honorables magistrados que se revoque la sentencia proferida, teniendo en cuenta que la demandante suscribió el formulario de afiliación al régimen de ahorro individual en el año 1997, y que por ende la asesoría y afiliación se efectuó en vigencia del decreto 663 de 1993, el cual establecido en el numeral primero del artículo 97 la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios que prestan la información necesaria para lograr pues la mayor transparencia en las operaciones que se realizan de suerte que le permita a los afiliados escoger las mejor opciones del mercado.

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 1 expediente digital)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 4 a 6, ibídem)*, aspirando se declare que COLFONDOS y PORVENIR la asesoraron equivocadamente al afiliarla a tales entidades, y por ende se debe declarar la nulidad de esas afiliaciones, ordenando a PORVENIR a trasladarla a COLPENSIONES junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, y a COLPENSIONES aceptar dicho traslado, costas procesales, agencias en derechos, condenas *ultra y extra petita.* En subsidio solicita en caso de no declararse la nulidad, se condene a PORVENIR a pagar una mesada pensional equivalente a la que hubiese recibido por Colpensiones. **Obteniendo 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 tanto a PORVENIR, como actual administradora a la que se encuentra afiliada la actora y a COLFONDOS, a trasladar a COLPENSIONES las sumas recibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración

---

De acuerdo a lo anterior, pues no es razonable, ni jurídicamente valido imponer a la administradoras de pensiones obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, pues no consisten solamente en las posibilidad de defensa o en la oportunidad de interponer los recursos, sino que exige además como lo expresa el artículo 29 de la Constitución política, el ajuste de las normas preexistentes al acto que se juzga, por cuanto las leyes que surgieron en el año 1994 y 2016, pues no exigían nada diferente a un documento de afiliación, donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Igualmente, si bien existe una intervención de asesoría de la administradora de fondo de pensiones que podría generar un vicio en la voluntad de traslado, ello debe demostrarse, porque de lo contrario predominarían conjeturas y suposiciones y no los hechos que debían quedar demostrados en el proceso, en los que intervino directamente la demandante. Para el caso en concreto se tiene su señoría, que la demandante firmó el formulario de afiliación en el año 1997 con COLFONDOS y posteriormente con PORVENIR, sin hacer ninguna salvedad en cuenta a la información que le fue brindada, así como tampoco fue tachado por la parte en este proceso, por lo que se advirtió una evidente aceptación tácita de las condiciones de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y su silencio lo ratificó, como lo ha indicado la sentencias de la Corte, en el cual se expresa la intención de permanecer en el régimen de ahorro individual.

Téngase en cuenta señores magistrados que del interrogatorio de parte pues no se demuestra un vicio en el consentimiento por el cual deba declare la ineficacia del traslado, sin que la carga de la prueba se ejerciera de manera correcta en el presente asunto, por lo cual no debe accederse a las pretensiones de lo que aquí se demanda, por lo cual le solicito muy respetuosamente se revoque la sentencia proferida y se absuelva a mi representada de todas y cada una de ellas. Muchas gracias su señoría."

debidamente indexados por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a dicha administradora, igualmente ordenó a Colpensiones aceptar a la demandante al régimen de prima media juntos con sus correspondientes aportes. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, no se logró acreditar por COLFONDOS el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado, que le ayudara a tomar una decisión acertada sobre la construcción de su derecho pensional, precisando la única prueba aportada fue el registro SIAFF, del cual no se puede desprender ningún tipo de información.

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 31 de julio de 1965 (*Archivo 1 expediente digital, página 23),* por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante petición elevada ante COLPENSIONES en el año 2018, conforme se desprende de la respuesta otorgada por tal entidad (*Archivo 1 expediente digital páginas 58 y 59)* esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional -tenía 53 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

[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".*

con 201,29 semanas cotizadas que corresponden a 3 años, 10 meses y 29 días *(Archivo 1 expediente digital, páginas 175 y 176),* 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 **19 de febrero de 1997,** efectivo el **01 de abril de 1997** (*Página 93 Archivo 16, expediente digital),* por afiliación que hiciera a COLFONDOS, específicamente conforme se desprende de la información consignada en el certificado de afiliación expedido por ASOFONDOS y el reporte de afiliaciones expedido por Colfondos (*Página 93 Archivo 16, expediente digital)*, **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 COLFONDOS, entonces 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):

> *"(…)*

[5] *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[6], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

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

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando 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

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.*

---

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, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[7], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores le dijeron que el traslado le favorecería más por los mayores rendimientos que se generaban en el fondo privado y que en el RAIS iba a obtener una pensión mayor que en el RPM, pero de manera alguna le indicaron sobre la existencia de una cuenta de ahorro individual y su impacto en el derecho pensional, la posibilidad de heredar los recursos ahorrados, entre otros aspectos, por lo que es claro que nada conocía de dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado.

De otra parte, aunque COLPENSIONES aduce en su alzada se debe tener en cuenta la manifestación de la voluntad plasmada en los formularios de afiliación a COLFONDOS y PORVENIR, lo cierto es que en las diligencias solo reposa el suscrito por el demandante con ésta última AFP antes BBVA HORIZONTE (*página 30 Archivo 1 expediente digital*), no así el que se signó con COLFONDOS, con quien, como se anotó de manera precedente, se generó el traslado de régimen pensional, razón por la cual y solo en gracia de la discusión, pese a que en dicho documento suscrito con HORIZONTE hoy PORVENIR se plasmó un aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen, 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 al momento del traslado y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de

[7] Audiencia del 1° de febrero del 2022, record: 14:00

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.

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen **(19 de febrero de 1997,** efectivo el **01 de abril de 1997)** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*página 165 Archivo 1 expediente virtual*) en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual y, en esa medida, esa circunstancia no implica una ratificación de la voluntad de la afiliada de permanecer en el RAIS.

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

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

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

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

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

"7.1. Al confrontar los fundamentos de la decisión cuestionada con los anteriores desarrollos jurisprudenciales, se advierte que la Sala de Descongestión No.4 se distancia de manera abierta de los precedentes que en la materia ha fijado la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte.

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

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

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

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

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

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

(…)

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

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

Bajo tal orientación, 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 certificación página 167 Archivo 1 expediente virtual*), 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 confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

Asimismo, advierte la Sala, frente a los argumentos de apelación de PORVENIR y COLFONDOS, relacionados con los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta

de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, 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 (…)".*

Respecto de la impugnación de COLFONDOS sobre la condena de retornar los gastos de administración debidamente indexados, 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, deberá ser confirmada la sentencia de primera instancia en este punto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[8], a favor de quien se surte la consulta (*página 88 archivo 1 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

[8] 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 en auto del 12 de mayo del 2021 (*Archivo 7, expediente digital*).

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

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

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

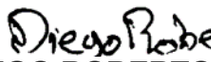
En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO 4° 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

(EN USO DE PERMISO)

OSVALDO TENORIO CASAÑAS

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 MARLEN VARGAS CUESTA y GLORIA CECILIA VARGAS CUESTA actuando como sucesores procesales[1] de BARBARA CUESTA DE VARGAS (q.e.p.d) CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN (RAD. 05 2021 00017 01).

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por ambas partes mediante correos electrónicos del 7 y 10 de marzo del 2022 (fls. 3 a 5 y 11), 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 23 de noviembre del 2021 (Audiencia virtual, archivo 13 expediente virtual, record: 41:06), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de la obligación.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda.*
>
> ***TERCERO: SIN COSTAS** para las partes.*
>
> ***CUARTO:** En caso de que este fallo no fuere apelado, consúltese en su totalidad en favor de los demandantes.**"***

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en

[1] Mediante auto del 8 de noviembre del 2021 se aceptó la sucesión procesal (Archivo 9 expediente digital).

cuenta que la ley protege la pensión de sobrevivientes es en cuanto a la dependencia económica más no por la convivencia, precisando si bien es cierto se puede generar un cierto grado de desconfianza en los hechos narrados, insiste la dependencia económica está más que probada de parte del señor Saúl Vargas Cuesta (q.e.p.d.) hacia la señora Bárbara Cuesta de Vargas (q.e.p.d.) (Audiencia virtual, archivo 13 expediente virtual, record: 41:38)[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 señora BÁRBARA CUESTA DE VARGAS (q.e.p.d.)[3], las pretensiones relacionadas en las páginas 4 y 5 del expediente digital Archivo 3, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 5 y 6 del mismo archivo, aspirando principalmente se declare que dependía económicamente de manera total y absoluta del causante SAUL VARGAS CUESTA (q.e.p.d.), en consecuencia se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión desde el 27 de febrero del 2019, junto con los intereses moratorios la indexación de las mesadas adeudadas, costas procesales y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones** por cuanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que no se acreditó que la señora BARBARA CUESTA DE VARGAS dependiera económicamente del causante, señalando las contradicciones de los testigos recaudados generan duda respecto de los supuestos facticos aducidos en la demanda.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el deceso del causante señor SAUL VARGAS CUESTA, acaeció el 26 de febrero del 2019 conforme al registro civil de defunción visible en la página 11 del Archivo 3, como tampoco que la señora BARBARA CUESTA DE VARGAS (q.e.p.d) ostentaba la

[2] "Si su señoría, respetuoso de la decisión y la interpretación que ha dado el despacho y por supuesto manifestando también que la última situación manifestada por la testigo Sonia nunca fue manifestada ni advertida por el suscrito apoderado. Sin embargo, insistió que la ley protege la pensión de sobrevivientes es en cuanto a la dependencia económica tal como lo ha advertido el despacho, más no por la convivencia, si bien es cierto eso aflora cierto grado de desconfianza para darle credibilidad de los hechos aquí narrados, insisto de que la dependencia económica está más que probada de parte del señor Saúl hacia la señora Bárbara. Por esta situación respetuosamente solicito al despacho se conceda el recurso de apelación ante el Honorable Tribunal de Bogotá sala laboral. Muchas gracias su señoría."

[3] Actuando en estos momentos en calidad de sucesoras procesales las señoras MARLEN VARGAS CUESTA y GLORIA CECILIA VARGAS CUESTA, ante su fallecimiento el 9 de mayo del 2021 (Archivo 8 expediente digital página 3).

calidad de progenitora del causante, circunstancia que además se constata con el registro civil de nacimiento del de cujus visible en la página 10 del Archivo 3. Igualmente, no se discute la calidad de pensionado que ostentaba el señor Saúl Vargas Cuesta desde el 1° de septiembre del 2014, pues así lo acepta PROTECCIÓN S.A. en la contestación de la demanda en respuesta al hecho 2 (Archivo 7 página 9).

Así pues, inicialmente ha de señalarse, por haber fallecido el señor SAUL VARGAS CUESTA el 26 de febrero del 2019 (Archivo 3 expediente digital página 11), el asunto debe estudiarse bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003[4] y en virtud el principio de consonancia, procede la Sala a resolver los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente.

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

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

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
(…)
Artículo 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

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

***de vista económico, al permitirles la satisfacción de su necesidades manteniendo su subsistencia en condiciones dignas**.". (Negrilla fuera del texto).*

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

Al respecto, rindieron interrogatorio de parte las señoras GLORIA CECILIA VARGAS CUESTA[5] y MARLEN VARGAS CUESTA[6] hijas de la señora BARBARA CUESTA DE VARGAS (q.e.p.d.), quienes aseguraron que el de cujus convivió con su señora madre toda la vida, precisando a la ciudad de Bogotá llegaron en el año 1996 a una casa en el barrio Sotavento, expresando ser el fallecido quien asumía todos los gastos del hogar (alimentación y servicios públicos). La señora Gloria Cecilia desconoce cuánto dinero devengaba su hermano y Marlen Cuesta afirmó que pese haber vivido unos años con ellos en la misma casa no ayudaba con mucho dinero.

De otra parte se recibieron los testimonios de MYRIAM CORTES VILLANUEVA[7] y ZONIA SANCHEZ[8] ambas vecinas del sector donde residía el de cujus y su madre.

La primera de las testigos adujo haber conocido al señor Saúl Vargas Cuesta (q.e.p.d) desde que llegaron a vivir al barrio Sotavento, refiriendo que se daba cuenta como el fallecido ayudaba a su progenitora porque era quien la llevaba al médico. Indicó que la señora Marlen Cuesta se fue de esa casa aproximadamente en el año 2015 y que cuando falleció su hermana ella se tuvo que hacer cargo de la señora Bárbara Cuesta, precisó que no visitaba mucho a dicha familia y que el conocimiento de sus dichos deviene de las conversaciones que mantuvo con el de cujus y con la señora Bárbara Cuesta quienes le comentaban las situaciones de la familia, desconociendo por ende a cuanto ascendían los gastos de la familia y la ayuda económica que brindaba el de cujus a su madre.

[5] Audiencia virtual Archivo 12 expediente digital, record: 13:08
[6] Audiencia virtual Archivo 12 expediente digital, record: 28:25
[7] Audiencia virtual Archivo 12 expediente digital, record: 41:43
[8] Audiencia virtual Archivo 12 expediente digital, record: 1:00:48

Por su parte la deponente Zonia Sánchez refirió ser amiga de la señora Marlen Vargas Cuesta por ser vecina de la casa de ésta en el barrio Quintas del Sur, afirmando que cuando la conoció ella llego a la casa con su mamá Bárbara Cuesta, comentando que el señor Saúl Vargas (q.e.p.d.) iba todos los días a visitar a su señora madre, y que éste vivía solo en una casa en el barrio Sotavento. Adujo que le consta el cuidado de la señora Marlen Vargas hacia la señora Bárbara Cuesta porque en varias ocasiones la testigo la ayudaba a bañar. Refirió de igual manera desconocer a cuanto ascendían los gastos de la mamá del causante, señalando que los mismos eran asumidos tanto por Marlen Vargas como por Saúl Vargas (q.e.p.d.), lo cual sabe por los comentarios que dichas personas le hacían.

Así las cosas, de lo hasta aquí expuesto, sin que sea necesario acudir a otros medios de prueba, se advierte una vez valoradas las mismas bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, para esta Sala de decisión es claro que independientemente del hecho de con cuál de los hijos conviviera la señora BARBARA CUESTA DE VARGAS (q.e.p.d.) lo que aprecia esta Corporación es que se desconoce el porcentaje de dinero que aportaba mensualmente el señor SAUL VARGAS CUESTA (q.e.p.d.) a su progenitora y cuáles eran los gastos de la madre del causante, pues ni tan siquiera los testigos percibieron de manera directa la ayuda dada por el de cujus, en tanto sus dichos se basaron en comentarios que les hacía tanto la señora Marlen Vargas como el señor Saúl Vargas (q.e.p.d.), esto es, ambas testigos se deben catalogar como testigos de oídas, a las cuales ninguna credibilidad se les puede otorgar dado que no percibieron de manera directa si el señor SAUL VARGAS CUESTA ayudaba o no a su madre económicamente.

En este orden de ideas, la prueba tendiente a demostrar la dependencia económica fue precaria y en todo caso **solo en gracia de la discusión** de atender las manifestaciones de las deponentes en relación con la ayuda económica del causante hacia su madre, tan solo se lograría establecer que la misma correspondía a la regular y simple colaboración de un buen hijo hacia sus padres, sin que se pueda entender que tal ayuda era determinante para el sostenimiento de la señora BARBARA CUESTA DE VARGAS (q.e.p.d.), pues como ya se dijo no quedo demostrado cual era la cantidad de dinero necesaria y suficiente para solventar las necesidades básicas y mínimas de ésta, sin que pueda afirmarse que

por ello, que dependiera económicamente de su hijo fallecido en virtud de tal ayuda.

Razones por las cuales no puede afirmarse que BARBARA CUESTA DE VARGAS (q.e.p.d.) dependiera económicamente de su hijo SAUL VARGAS CUESTA (q.e.p.d.), precisando ésta Corporación es claro que no cualquier contribución hecha por un hijo a sus padres, tiene la virtud de hacerlos beneficiarios de la prestación pensional, en tanto se debe acreditar que el dinero que perciben no les alcanza a cubrir los gastos de su propia vida.

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

De esta manera, lo único que puede concluirse dentro del presente litigio, es que la posible colaboración que le fue brindada a la señora BARBARA CUESTA DE VARGAS (q.e.p.d.) no era de tal talante que tuviera una connotación relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento, y por ende que se le pudiera adjudicar la virtualidad de configurar la subordinación económica respecto del causante.

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

---

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

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

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

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

Por todo lo anterior, se concluye la orfandad probatoria por parte de la señora BARBARA CUESTA DE VARGAS (q.e.p.d.) 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 tenía interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones era la misma progenitora del causante, 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*".

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

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 del demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

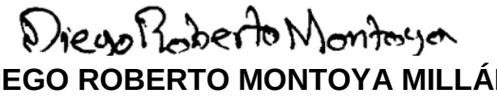
(EN USO DE PERMISO)

OSVALDO TENORIO CASAÑAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTA D.C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSÉ DEYVER NIÑO BETANCOUR CONTRA SUMISER S.A.S. (RAD. 05 2019 00392 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado sin que las partes hubieran presentado alegaciones, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en los numerales 1 y 2 del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, proceden al estudio de los recursos de apelación interpuestos contra el auto que negó el decreto de la prueba de interrogatorio de parte al demandante y la sentencia de primer grado, y en consecuencia profieren las siguientes decisiones:

PROVIDENCIA

Inicialmente, decide la Sala el recurso apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra el auto proferido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito, en audiencia celebrada el 4 de noviembre de 2021, mediante el cual negó a favor de la sociedad SUMISER S.A.S., el decreto de la prueba de interrogatorio de parte al demandante por considerarlo innecesario (Audiencia Virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T y la S.S. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 02:05).

En la sustentación del recurso señala el apoderado recurrente que se aparta de la decisión proferida por el Despacho, por considerar necesaria la práctica de la prueba, para esclarecer los motivos por los cuales fue desvinculado de la sociedad demandada y situaciones sobrevinientes como el pago de incapacidades, el

porcentaje de pérdida de capacidad laboral y su fecha de estructuración"[1] (Audiencia Virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T y la S.S. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 03:13, acta folio 862, expediente físico).

Para resolver se hacen las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

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

Al respecto es de advertir, la parte demandada solicitó el decreto del interrogatorio de parte al demandante. En este orden de ideas, a efecto de determinar la conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba solicitada, es de advertir, las pretensiones a las que se refiere la demanda se enfilan a que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, se declare que dicho contrato fue terminado sin que mediara autorización por parte del Ministerio de Trabajo, se condene a SUMISER S.A.S. a reintegrar al demandante a un cargo que pueda desempeñar atendiendo las observaciones del médico tratante, con el consecuente pago de salarios desde la fecha de su despido hasta cuando se verifique su

[1] *"**Apoderado demandada (3:13):** Buenas tardes su señoría, pues dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra del auto que acaba de proferir, en el sentido en que considero, este apoderado considera necesaria la realización de la prueba, de la prueba referente al interrogatorio de parte del señor JOSE EIDER, como quiera que se van a acreditar los motivos por los cuales fue terminada su, fue desvinculado de la compañía y las demás, digamos situaciones de hecho adicionales y respecto de los pagos de las incapacidades que se llevaron a cabo y hasta el momento como hecho sobreviniente, como hecho sobreviniente pues se han venido pagando a través de la EPS, de la EPS, fondo de pensiones y luego EPS otra vez y luego también con la aportación de un documento, que llegó hace poco aproximadamente hace 1 mes, en el que refiere que el señor JOSE EIDER tiene un pérdida de capacidad laboral de la Junta Nacional del 46%, y la fecha de estructuración de la misma es abril de 2019.*
Liego pues considera este apoderado que es realmente necesario permitirme interrogar al apoderado (sic), al demandante por todos los motivos expuestos anteriormente. Muchas gracia su señoría.

reintegro; aportes a seguridad social, daños materiales y morales y costas del proceso (folios 8 y 9).

Así las cosas, debe recordar la Sala, con la entrada en vigencia de la ley 1149 de 2007, se fortaleció el principio de oralidad, el cual supone los de publicidad, inmediación y concentración, así como la premisa según la cual el Juez es el director del proceso, quien se erige como tal en el curso de los juicios laborales, dadas las facultades que a él confiere el derecho procesal laboral, al consagrarlo así en el artículo 48 del C.P.L y S.S., norma que al otorgarle al Juez tal facultad, le permite conducir la litis en forma tal que garantice su rápido adelantamiento, así como el derecho de defensa de las partes, y por sobre todo, la inmediación, permitiéndole estar al tanto en la formación de los medios de prueba de utilidad para su convencimiento.

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

De tal manera, sea lo primero significar, la Juzgadora de primer grado, al resolver la solicitud de la prueba, lo realizó precisamente en uso de tales facultades, atendiendo a las circunstancias propias del tema, por lo cual al negarse el decreto de la prueba solicitada a folio 7, está ejerciendo las funciones derivadas de la inmediación y de la instrucción misma de la Litis, advirtiendo la Sala si bien el artículo 198 del Código General del Proceso, da la posibilidad de citar a las partes en contienda a fin de interrogarlas, lo cierto es que para el presente caso, situaciones como la existencia de un contrato de trabajo, el hecho del despido del demandante, su situación de enfermedad, calificación laboral y generación de

incapacidades a su favor, pueden ser dilucidadas por medio de la documental aportada por las partes al expediente.

Razón por las cuales se considera, conforme a los supuestos planteados por las partes y los medios de prueba decretados, el interrogatorio de parte solicitado se hace innecesario, no encontrándose por ende errada la decisión de la juez a quo ya que atendiendo sus facultades como directora del proceso obró de conformidad, atendiendo los postulados de los artículos 48 y 53 del C.P.L, lo cual no obsta para que en caso de haberlo considerarlo viable el Juzgador de primera instancia, en ejercicio de las aludidas facultades, hubiera decretado los medios de prueba que estimara necesarios para resolver el debate planteado por las partes.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente –SUMISER S.A.S.-

En mérito de lo expuesto se

R E S U E L V E

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

SEGUNDO: COSTAS de la alzada a cargo de la recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de $400.000.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto (6º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de noviembre de 2021 (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 58:33), en la que se resolvió:

> *"**ABSOLVER** a la sociedad accionada de las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. Sin costas en esta sede de instancia. Lo resuelto queda legalmente notificado a las partes en estrados."*

Inconforme con la decisión, la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación; refirió, obran en el expediente pruebas documentales que acreditan que el demandante sufre trastorno mixto de ansiedad y depresión y la sociedad demandada tenía conocimiento de las incapacidades que con tal motivo FAMISANAR EPS le otorgó al actor; la demandada no puso en conocimiento del Ministerio de Trabajo la enfermedad que padece el señor Niño Betancour. Resaltó, presente, al momento de la terminación del contrato de trabajo, el actor estaba incapacitado y la demandada tenía conocimiento de la enfermedad que sufre. Referenció que con motivo de estos sucesos, el demandante tuvo que interponer acción de tutela, mediante la que obtuvo el amparo transitorio a sus derechos[2]

---

[2] *"**Apoderada parte demandante (1:10:11):** Si su señoría con el debido respeto hacia su señoría y todos los presentes, me permito presentar el recurso de apelación contra la sentencia proferida dentro de la referencia 2019 108, impetrada por el señor JOSE DEIVER NIÑO BETANCOURT identificado con cédula de ciudadanía 7962478 de Bogotá, en contra de la empresa SAR distinguida con el NIT 8301170, perdón 7027-3 y matricula mercantil 0152258 del 5 de marzo de 2003 de la Cámara de Comercio, cuya representante es la señora LILIA SALDARRIAGA VELARTE identificada con cédula de ciudadanía 32387441 de chigorodó Antioquia en su calidad de gerente y representante legal de la empresa aquí referenciada.*

Con el debido respeto me permito presentar el recurso de apelación basada en la en lo siguiente, que dentro de él está el transcurso del proceso se ha evidenciado, se pudo evidenciar que dentro del mismo se presentaron las pruebas documentales con relación a que el señor JOSÉ DEIVER NIÑO BETANCOURT presenta una patología de trastorno mixto de ansiedad y depresión dada en concepto por la EPS FAMISANAR cuyas incapacidades fueron presentadas y tenía conocimiento de la empresa aquí citada , es decir SUMISER SAS, de las cuales estas incapacidades, que se tiene conocimiento, cuánto fue el tiempo que fue dadas esas incapacidades, con base a estas incapacidades dadas por la EPS FAMISANAR y con base a la documental presentada por el señor JOSÉ DEIVER NIÑO BETANCOURT dentro de la presente referencia, este recurso de apelación se presenta dando a conocer al despacho de que si bien es cierto que el señor JOSÉ DEIVER presenta un trastorno mixto de ansiedad y depresión, debió haber sido informado de tal situación a la entidad correspondiente, en este caso al Ministerio de Trabajo si se presentaron esas irregularidades en por él el señor debieron haber sido manifestadas por la empresa SUMISER en su momento a la Ministerio de Trabajo, poner en conocimiento la situación que se estaba presentando con el señor JOSÉ DEIVER NIÑO BETANCOURT, lo cual no fue hecho por una empresa.

También debe tenerse en cuenta dentro de este recurso que se sustenta es que el señor JOSE DEIVER tuvo que acudir a un juzgado tercero civil municipal, sustentando o presentando una tutela con relación a lo manifestado acá, por el despido o terminación del contrato injustificado por parte de

(Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:10:11, acta de audiencia 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 del demandante JOSE DEYVER NIÑO BETANCOUR en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (folios 8 y 9), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 3 a 5 del paginario, encaminadas principalmente a que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, que terminó sin mediar autorización por parte del Ministerio de Trabajo, se condene a la demandada a reintegrar al actor a un cargo que pueda desempeñar teniendo en cuenta la enfermedad que padece, a pagar los salarios dejados de percibir desde la fecha de su despido y hasta cuando se haga efectivo su reintegro, se restablezca el pago de aportes a seguridad social, pagar los daños materiales y morales que se le causaron al actor con el despido y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable, en tanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar, que la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, aplica para personas con discapacidad severa y profunda, a que hace referencia el Decreto 2463 de 2001 y, a la fecha de terminación del contrato de trabajo, el actor no contaba con una calificación de pérdida de capacidad laboral que le hubiera determinado una discapacidad en grado severo o profundo, es decir, mayor al 25%. Contrariamente encontró acreditado, el contrato de trabajo terminó

---

la empresa SUMISER por la incapacidad que presentaba el señor JOSÉ DEIVER NIÑO BETANCOURT, con relación a su enfermedad de trastorno mixto de ansiedad y depresión. Que fue como lo reitero, dado concepto por la EPS FAMISANAR, lo cual en la sentencia dada por su despacho, no sé, no sé, no se dio, no se tuvo en cuenta esa parte de que el señor está discapacitado al momento de al momento de ser terminado su contrato estaba incapacitado y la empresa tenía conocimiento de la enfermedad y no lo puso en conocimiento al Ministerio de trabajo sobre esta situación. De esta manera doy por terminado mi sustentación del recurso de apelación a que su Señoría, gracias".

por la ocurrencia de una justa causa establecida en el artículo 62 C.S.T., por actos de violencia, malos tratamientos y grave indisciplina en que incurrió el demandante contra compañeros de trabajo y directivos de la sociedad demandada.

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de controversia en esta instancia la vinculación laboral del demandante con la encartada mediante contrato de trabajo a término indefinido, el cual inició el 27 de octubre de 2015 y se extendió hasta el 26 de septiembre de 2018, por decisión unilateral de la empleadora, aduciendo justa causa para ello, al tenor de lo dispuesto en los artículos 62 y 63 del C.S.T. aspectos que se constatan con la documental que milita en el plenario (folios 33 a 35 y 39) Así mismo consta que mediante sentencia de tutela de 12 de octubre de 2018, el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, amparó en forma transitoria los derechos al trabajo, estabilidad laboral, dignidad humana y salud del señor José Deyver Niño Betancour y ordenó a la sociedad convocada que procediera a su reintegro, hasta tanto la especialidad laboral resuelva en forma definitiva (fls. 46 a 56), decisión que fue confirmada por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Conocimiento (fls. 58 a 66). Establecido esto, partirá la Sala por analizar lo relativo a la invocada estabilidad laboral reforzada por salud.

Funda sus aspiraciones el accionante en la Ley 361 de 1997 *"Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones"*, disposición que en su artículo 26, señala: *"Ninguna* ***persona limitada*** *puede ser* ***despedida*** *o su contrato terminado* ***por razón de su limitación****, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo",* conducta que conforme al inciso 2º de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, esto conforme a lo señalado en la sentencia C-531 de 2000.

Vale indicar que en esta última providencia –C-531 de 2000- la Corte Constitucional declaró exequible el inciso referido al pago de la indemnización *"bajo el supuesto de que (…)* ***carece de todo efecto jurídico*** *el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la*

oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato." , es decir, abrió la posibilidad de declaración de la ineficacia del despido o la terminación del contrato de un trabajador limitado.

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

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

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

Lo anterior implica que la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ***está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad.*** *Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables. Según el art. 5 de la Ley 361 de 1997, reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001, vigente para la época del despido del actor (se itera), esa discapacidad relevante se considera a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral.*

(…)

Conforme a lo anterior, ***no le asiste razón al tribunal en cuanto sostiene que es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud****, para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Con la interpretación del juez colegiado se rompe la justificación de tal medida excepcional, pues, con la ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la acción afirmativa de la estabilidad laboral reforzada se afecta la proporcionalidad de la medida, con la vulneración de otros derechos fundamentales como el de libertad.*

En la sentencia CSJ SL 12998-2017, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada. El fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona. No se puede desviar su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral reforzada como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros."

Adicionalmente, en sentir de ese Alto Tribunal, con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que lo que se sanciona es que dicho acto esté precedido de un acto discriminatorio. Bajo tal entendido, si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera, de allí que la invocación de una justa causa al momento de poner fin al vínculo laboral, excluya de suyo que la ruptura estuvo basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador y, en este escenario, se hace innecesario acudir al inspector del trabajo para obtener la autorización,

porque el finiquito se soporta en una causal objetiva (Sentencia SL1360 del 11 de abril de 2018)[3]. Esta misma conclusión es compartida por la Corte Constitucional quien, en la plurimencionada sentencia de unificación determinó que "*la parte accionada desvirtuaría la presunción si acredita en sede judicial la existencia de una causa justa para terminar la relación".*

Atendiendo tales orientaciones y descendiendo al caso concreto, ha de señalarse, el vínculo laboral entre las partes terminó efectivamente el 26 de septiembre de 2018, comunicada mediante misiva de esa misma fecha, por decisión unilateral de la empleadora (folios 33 y 34), y en ese sentido, como quiera que no existe discusión frente la aplicabilidad de la ya mencionada Ley 361 de 1997 a favor del demandante, se presume que el despido se produjo por el estado de salud del convocante del juicio.

No obstante, a tono con la postura jurisprudencial sobre esta materia y a la cual se hizo alusión al inicio de esta providencia, mientras al demandante le corresponde probar el estado de debilidad manifiesta, lo que en el caso de autos se encuentra acreditado, a la demandada le atañe probar que la terminación operó con justa causa -como lo alega la pasiva-, desvirtuando de esta forma la mentada presunción.

En ese orden, en lo que corresponde al despido sin justa causa, conviene memorar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., "*En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (…)*" por manera que la terminación del contrato de trabajo, corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en aquellos casos en los cuales se incumpla por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

---

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

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

Por su parte, el parágrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que "*La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos*", advirtiendo, al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa.[4]

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta los argumentos de la alzada, deberá examinarse si los supuestos fácticos alegados por la accionada en la misiva de despido tuvieron ocurrencia y si constituyen verdaderamente justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

De tal suerte, como se anunció al inicio, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada, en comunicación calendada del 26 de septiembre de 2018 (folios 33 y 34), misiva en la que se señalaron como causas del despido las siguientes:

[4] Sentencia 14 de agosto de 2007, radicado 29213 Magistrada Ponente: Isaura Vargas Díaz *"(…) La demostración de la justa causa del despido corresponde al patrono." la jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo como de esta Sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato, y este último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejo de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley…"*

Bogotá D.C, 26 de septiembre de 2018.

Señor(a):
JOSE DEYVER NIÑO BETANCOUR
Ciudad.

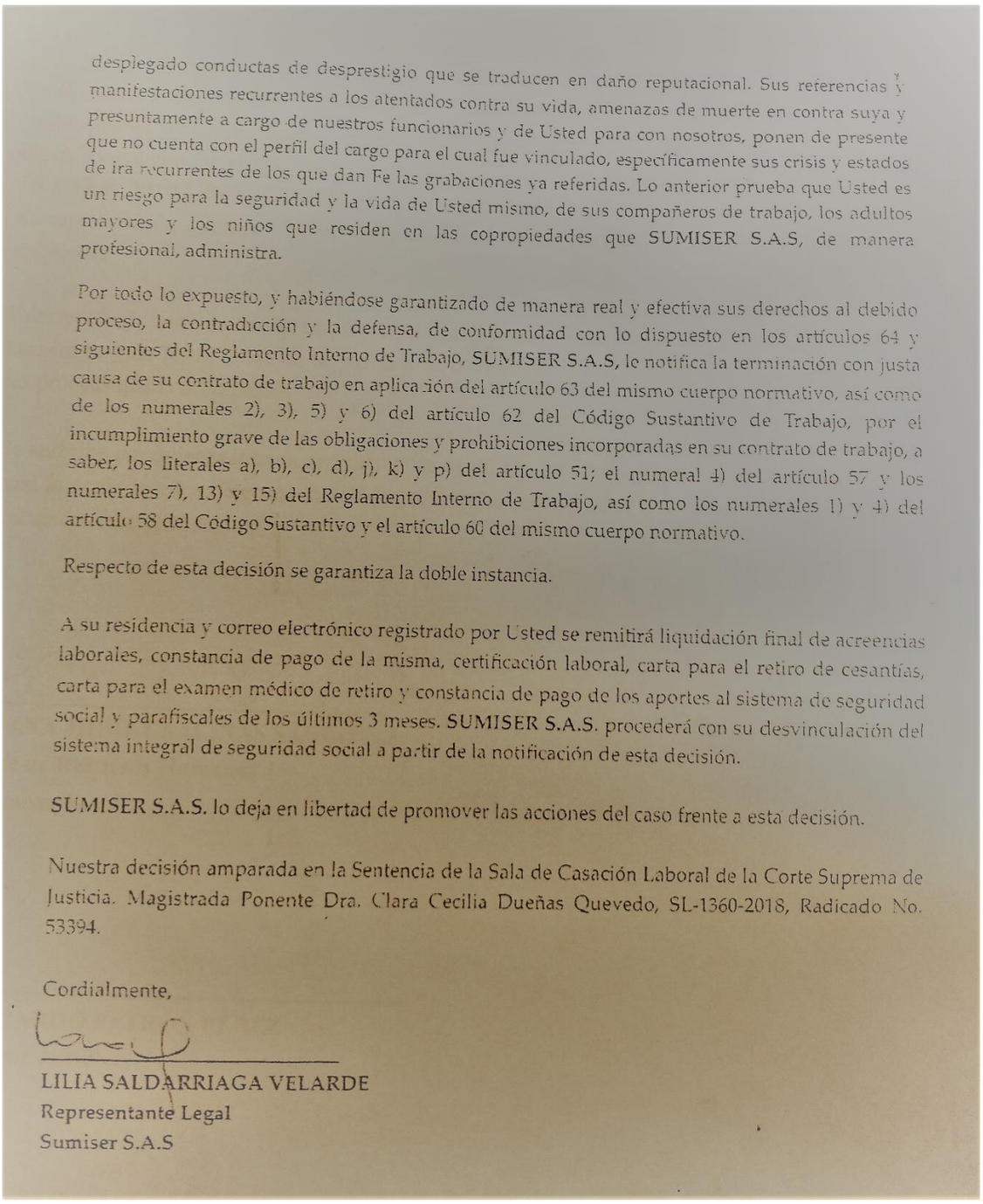
Habiéndose garantizado de manera real y efectiva sus derechos fundamentales al debido proceso, contradicción y a la defensa frente a los hechos y pruebas contenidas en la citación a descargos entregada por la compañía INTERRAPIDISIMO S.A, según consta en la guía suscrita por JOSE A.GAONA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.746.186 y MARIA CAMILA NIÑO, SUMISER S.A.S le notifica la terminación con justa causa de su contrato de trabajo imputable al incumplimiento grave de las obligaciones legales y reglamentarias incorporadas a su contrato de trabajo, específicamente la violencia verbal y moral para con sus compañeros de trabajo y los representantes del empleador, vías de hecho válidamente demostradas y acreditadas con las conversaciones en texto y en notas de voz a través de la plataforma de comunicación instantánea WhatsApp y correos electrónicos con los señores FELIPE GODOY SALDARRIAGA, SANTIAGO GODOY SALDARRIAGA y JAIRO ANDRÉS BELTRÁN CASTAÑEDA.

Sea la oportunidad para manifestarle que SUMISER S.A.S, ha agotado y garantizado de manera real y efectiva los derechos fundamentales al debido proceso, a la contradicción y a la defensa, los que Usted ha rehusado ejercer no obstante conocer de la citación y pruebas que justifican la decisión contenida en esta comunicación.

Para nuestra compañía no es de recibo y tampoco encuentra justificadas sus acusaciones, malos tratamientos y señalamientos para los colaboradores antes identificados, quienes han ordenado su actuar a la normativa legal vigente y siempre han observado para con Usted el respeto y la consideración que como ser humano le asiste.

Aunado a lo anterior, de la documental y grabaciones que acompañaban su citación a descargos, se prueba de manera clara, expresa y sin equívocos la utilización de violencia psicológica y moral mediante expresiones soeces dirigidas a cada uno de mis colaboradores e incluso a mi persona, a través de las cuales nos responsabiliza por cualquier agresión que se auto infrinja, al paso que nos injuria y calumnia imputándonos conductas punibles sin fundamento fáctico y jurídico. Note como de su decir se cuestiona nuestra actuación en las acciones constitucionales promovidas por Usted, ante la EPS FAMISANAR, la administradora de riesgos laborales a través de la cual se subroga dichos riesgos y en general en contra de cualquier funcionario de nuestra compañía.

Su conducta ha generado grave perjuicio y afectación de las relaciones entre compañeros de trabajo, temor frente a sus acciones y ha involucrado a nuestros clientes ya que Usted ha



desplegado conductas de desprestigio que se traducen en daño reputacional. Sus referencias y manifestaciones recurrentes a los atentados contra su vida, amenazas de muerte en contra suya y presuntamente a cargo de nuestros funcionarios y de Usted para con nosotros, ponen de presente que no cuenta con el perfil del cargo para el cual fue vinculado, específicamente sus crisis y estados de ira recurrentes de los que dan Fe las grabaciones ya referidas. Lo anterior prueba que Usted es un riesgo para la seguridad y la vida de Usted mismo, de sus compañeros de trabajo, los adultos mayores y los niños que residen en las copropiedades que SUMISER S.A.S, de manera profesional, administra.

Por todo lo expuesto, y habiéndose garantizado de manera real y efectiva sus derechos al debido proceso, la contradicción y la defensa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 64 y siguientes del Reglamento Interno de Trabajo, SUMISER S.A.S, le notifica la terminación con justa causa de su contrato de trabajo en aplicación del artículo 63 del mismo cuerpo normativo, así como de los numerales 2), 3), 5) y 6) del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo, por el incumplimiento grave de las obligaciones y prohibiciones incorporadas en su contrato de trabajo, a saber, los literales a), b), c), d), j), k) y p) del artículo 51; el numeral 4) del artículo 57 y los numerales 7), 13) y 15) del Reglamento Interno de Trabajo, así como los numerales 1) y 4) del artículo 58 del Código Sustantivo y el artículo 60 del mismo cuerpo normativo.

Respecto de esta decisión se garantiza la doble instancia.

A su residencia y correo electrónico registrado por Usted se remitirá liquidación final de acreencias laborales, constancia de pago de la misma, certificación laboral, carta para el retiro de cesantías, carta para el examen médico de retiro y constancia de pago de los aportes al sistema de seguridad social y parafiscales de los últimos 3 meses. SUMISER S.A.S. procederá con su desvinculación del sistema integral de seguridad social a partir de la notificación de esta decisión.

SUMISER S.A.S. lo deja en libertad de promover las acciones del caso frente a esta decisión.

Nuestra decisión amparada en la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Magistrada Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL-1360-2018, Radicado No. 53394.

Cordialmente,

LILIA SALDARRIAGA VELARDE
Representante Legal
Sumiser S.A.S

En ese orden frente a la causal invocada en la carta de despido, se advierte, la empresa demandada citó al actor a descargos, diligencia que se llevó a cabo el 26 de septiembre de 2018, a la que no asistió el aquí demandante, según se dejó consignado en el acta correspondiente, a pesar de haber sido citado por medio de comunicación enviada por la empresa de mensajería INTERRAPIDÍSIMO, como consta a folios 35 y 36 del paginario.

ACTA DE DESCARGOS

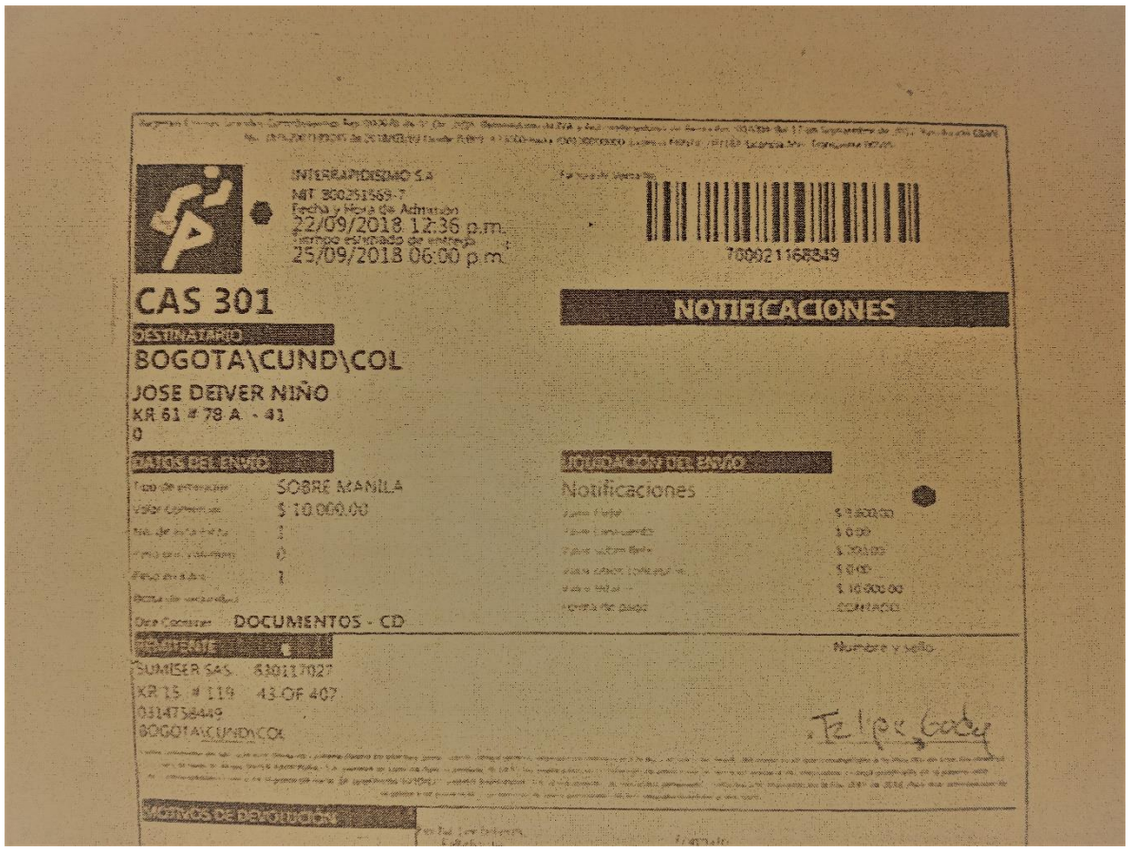
En la ciudad de Bogotá D.C, departamento de Cundinamarca a los 26 días del mes de septiembre de 2018, quienes actúan en nombre y representación de **SUMISER S.A.S** según firma e identificación, dejan constancia que siendo las 11:31 de la mañana no hace presencia el trabajador citado **JOSE DEYVER NIÑO BETANCOUR**, quien fue válidamente notificado sobre la citación a rendir descargos, según comunicación remitida mediante correo certificado al domicilio registrado por el trabajador.

Conste y haga parte de esta actuación la certificación expedida por **INTERRAPIDISIMO S.A** con número de guía 700021168849, la que da fe de la entrega real y material de la citación a descargos y las pruebas que la acompañan.

Se suscribe por quienes intervienen siendo las 11:40 am, en constancia de haberse surtido el tramite para la garantía a los derechos al debido proceso, la contradicción y a la defensa que le asisten al trabajador disciplinado.

Diana Salinas
C.C 1031170702

DIANA JHINET SALINAS SANDOVAL
Jefe de Recursos Humanos
Sumiser S.A.S



INTERRAPIDISIMO S.A
NIT 800251569-7
Fecha y Hora de Admisión
22/09/2018 12:36 p.m.
Tiempo estimado de entrega
25/09/2018 06:00 p.m.

700021168349

CAS 301

NOTIFICACIONES

DESTINATARIO
BOGOTA\CUND\COL
JOSE DEIVER NIÑO
KR 61 # 78 A - 41
0

DATOS DEL ENVIO
SOBRE MANILLA
$ 10.000,00
1
0
1
DOCUMENTOS - CD

LIQUIDACIÓN DEL ENVÍO
Notificaciones

REMITENTE
SUMISER SAS 830117027
KR 15 # 119 43 OF 407
0314758449
BOGOTA\CUND\COL

Nombre y sello
Felipe Godoy

MOTIVOS DE DEVOLUCIÓN

Rindió declaración el testigo JAIRO ANDRÉS BELTRÁN CASTAÑEDA *(audiencia 4 de noviembre de 2021 parte 3 record 0029),* presta servicios como asesor legal externo de la sociedad SUMISER S.A.S. desde el año 2012: Relató en el año 2015, tuvo conocimiento que el señor José Deyver Niño, empleado de la sociedad demandada, empezó a tener problemas en el conjunto residencial Buganvilla en donde desarrollaba su cargo como aseador; con tal motivo fue consultado para que asesorara legalmente a la compañía. En el año 2018, don José Deyver empezó a faltar al trabajo, en otras oportunidades llegó bajo el influjo de sustancias alcohólicas, manifestó intenciones suicidas en el lugar de trabajo, agredió a un vigilante en la copropiedad donde desarrollaba su actividad y a un compañero de trabajo y para justificar su inasistencia, presentó una incapacidad expedida por un centro médico que no estaba reconocido por la Secretaría de Salud; se le citó a descargos pero no asistió y luego se le desvinculó. Refirió, en el año 2018 hubo una confrontación con el actor en la empresa, se llamó a la policía y luego del suceso, don Deyver empezó a llamar a Felipe y Santiago Godoy Saldarriaga los hijos de doña Lilia Saldarriaga, la representante legal de la sociedad y al testigo amenazándolos de muerte. También se mostró desconsiderado con la

representante legal de la sociedad, cuando ella estuvo enferma y el actor hizo comentarios poco afortunados respecto a la situación.

Afirmó, el demandante fue a la empresa donde trabaja Felipe Godoy (hijo de la propietaria de la sociedad demandada) a amenazarlo y lo llamaba en la madrugada. También llamó a la recepcionista de la empresa en múltiples oportunidades para gritarla por teléfono. Santiago Godoy, gerente administrativo de SUMISER S.A.S. lo tuvo que bloquear en el celular porque el actor lo llamaba todas las noches a amenazarlo. Agregó, al testigo lo ha amenazado telefónicamente desde el año 2018; en una oportunidad le rayó el carro. Relató el actor era un trabajador promedio, pero a raíz de la muerte de su progenitora y otros problemas personales, en el año 2018 asumió esa actitud. A la copropiedad donde laboraba llegaba con tufo, en oportunidades no se ponía el uniforme, incumplía el horario de trabajo y por esta razón tuvo inconvenientes con la administradora de la copropiedad. Reseñó, la sociedad verificó que al actor se le salvaguardaran sus derechos, asegurándose que no estuviera incapacitado ni en un proceso de tratamiento médico. Luego de su desvinculación, el señor José Deyver obtuvo el amparo transitorio constitucional y desde entonces no ha ido a trabajar ni un solo día.

Se le preguntó al testigo si la sociedad tuvo conocimiento de las incapacidades que le fueron otorgadas al actor entre marzo y octubre de 2018, a lo que respondió que sí y correspondían a diagnóstico de hemorroides y enfermedades gastrointestinales. Así mismo aseguró que incluso el demandante presentó una queja en su contra ante el Consejo Superior de la Judicatura e incluso lo denunció ante la Fiscalía.

La declaración del señor JAIRO ANDRÉS BELTRÁN CASTAÑEDA goza de credibilidad en tanto sus afirmaciones no fueron contradictorias y expuso circunstancias de tiempo, modo y lugar de las situaciones narradas dado su conocimiento directo y personal de los hechos por su calidad de asesor legal de la sociedad demandada y en varias ocasiones, directamente perjudicado con las actuaciones del demandante, sin que se hubiera aportado ningún material probatorio que desvirtuara sus afirmaciones. Nótese, la parte demandante no solicitó la práctica de ninguna prueba testimonial.

Como pruebas documentales relevantes, obra escrito suscrito por Santiago Godoy Saldarriaga (fl. 160), en que se hace referencia a unas llamadas que le hiciera el señor José Deiver Niño, el 3 de julio de 2018, con términos insultantes y amenazas de muerte; informes del área de recursos humanos de la sociedad demandada relativos a llamadas telefónicas del demandante en términos agresivos (fls. 179 a 184); informe de aplicación de batería psicosocial al demandante (fls. 187 y 188) informe de malos tratos por parte del demandante hacia compañeros de trabajo (fls. 215 a 218). Obran también diligencias relativas a la queja que el actor instauró contra el abogado Jairo Andrés Beltrán ante el Consejo Superior de la Judicatura y ante la Fiscalía General de la Nación (fls. 757 a 772 y 781, 782)

Así las cosas, a juicio de esta Sala los hechos atribuidos al demandante como causal de terminación del contrato de trabajo se encuentran acreditados, pues conforme los numerales 2 y 3 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, *"todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo"* y "*todo acto de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del patrono, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores"* dan lugar a la terminación unilateral del contrato por parte del empleador, que fue lo que acaeció en el sub lite conforme se colige del testimonio del señor Jairo Andrés Beltrán Castañeda, asesor legal de la encartada y las referidas documentales, que dan cuenta del proceder violento del señor José Deyver Niño Betancur, hacia la representante legal de la sociedad SUMISER S.A.S. y sus hijos, e incluso empleados de la compañía, situaciones que según el material probatorio, ocurrieron en horas de trabajo, pero también se presentaron fuera de dicho horario y que sea del caso señalar, no ocurrieron de manera aislada, sino que se presentaban de manera reiterada.

En este punto es pertinente referir, no se desconoce que el demandante recibió tratamiento por trastorno mixto de ansiedad y depresión desde antes de la fecha de terminación de su vínculo laboral, como se extrae de la historia clínica aportada al paginario (fls. 446 y ss.); sin embargo a juicio de la Sala, esta situación no resulta justificativa de su conducta agresiva para con sus compañeros de trabajo, la representante legal de la sociedad demandada y los hijos de ésta.

Ahora bien, en la evaluación médica adelantada por la ARL SEGUROS BOLIVAR (fls. 79 a 84), emitida el 16 de enero de 2019, fecha posterior al despido del demandante, se sigue haciendo referencia a que JOSE DEYVER NIÑO BETANCOUR padece trastorno de depresión y ansiedad, sin embargo, de dicho concepto no se puede extraer ninguna justificación para las conductas violentas que asumió frente a su empleador y sus compañeros de trabajo.

En relación con los malos tratamientos por parte del trabajador hacia sus superiores y compañeros, la Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse, en la sentencia de 2 de marzo de 2009, con radicación 30911, en la que sostuvo:

> *"Esta Sala de la Corte, en reiteradas ocasiones, se ha pronunciado sobre los hechos que configuran la simple indisciplina del trabajador, que, en principio, no es motivo para terminar el contrato con justa causa y su diferencia con las injurias o malos tratamientos, que sí lo son, como lo asentó en la sentencia del 22 de marzo de 1985, en donde dijo lo que a continuación se transcribe:*
>
> *El concepto trascrito distingue claramente los actos de violencia, injuria y malos tratamientos, de la indisciplina. Es suficiente que el trabajador, en el cumplimiento de sus labores, ejecute actos de violencia, injuria o malos tratamientos en contra de las personas que señala la norma, para que el patrono pueda terminar el contrato con justa causa. En cambio, no todo acto de indisciplina autoriza la rescisión del contrato, sino únicamente el que ostente el carácter de grave.*
>
> *La distinción no es causal (sic). Es evidente que la violencia, la injuria y los malos tratamientos, por sí solos alteran los fundamentos mismos de la organización de la empresa; (…)*
>
> *No debe perderse de vista que la surgida del contrato de trabajo es una relación que, dadas las diferentes obligaciones y facultades que surgen para el empleador y para el trabajador y el papel que cada uno de ellos cumple en el desarrollo del contrato, se caracteriza por estar esos sujetos de la relación contractual en la necesidad de relacionarse permanentemente, de tal suerte que exista entre ellos una permanente comunicación, que no es extraño que en algunas oportunidades se presente en condiciones de tensión.*
>
> *Aún cuando es claro que las partes deben tratarse con respeto y consideración y que el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo le impone al trabajador un deber de obediencia, ello no impide que exprese sus opiniones con firmeza o, incluso, que formule críticas a las conductas o actuaciones del empleador o de su representantes, relacionadas con la prestación de sus servicios, pues, como lo ha explicado esta Sala de la Corte, no puede considerarse que el trabajador sea totalmente ajeno a la*

marcha de la actividad económica de la empresa y, en particular, de las labores relacionadas con las funciones que deba cumplir.

Por esa razón, tiene derecho a emitir sus apreciaciones sobre las instrucciones y órdenes que se le den y, en general, sobre la forma como se le esté exigiendo el trabajo que se comprometió a ejecutar, ya que "si bien en desarrollo de la subordinación propia de toda relación laboral, es deber de los trabajadores el acatar las órdenes e instrucciones que le impartan sus superiores jerárquicos dentro del marco obligacional del contrato, por ser el empleador quien en principio asume los riesgos, no es menos cierto que ese postulado debe acomodarse al sentido común, al conjunto de tales obligaciones y especialmente al deber de colaboración que le incumbe a las partes en todo vínculo jurídico". (…)

Importa por ello traer a colación el criterio expuesto por la Sala en la sentencia del 21 de abril de 2004, radicación 20721, en la que en un caso de contornos similares al presente, esto dijo:

"Es que no puede confundirse, como al parecer lo hace el recurrente, la firmeza y el sentido de la dignidad con la grosería y el insulto. (…)."(

En ese orden, si bien el demandante tenía la posibilidad de presentar a su empleador, inconformidades en relación con situaciones que merecieran su reparo, pudo hacerlo sin incurrir en actos de violencia o de malos tratos hacia sus superiores y compañeros de trabajo.

En otro giro, es importante llamar la atención, que con la finalidad de salvaguardar el derecho al debido proceso del aquí demandante, la enjuiciada lo citó a rendir descargos, pero éste no concurrió a tal diligencia (fls. 35 y 36). Empero no debe perderse de vista, el despido no es una sanción que solamente pueda ser impuesta una vez agotado un procedimiento disciplinario con observancia del debido proceso, dentro del cual se destaca la oportunidad de escuchar al disciplinado en descargos. Así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia con radicación 29207 del 5 de junio del 2007[5], criterio reiterado en la

[5] *"Por último es de anotar, que en varias oportunidades ha señalado la Sala que* ***el despido no se asimila a una sanción disciplinaria, y que el agotamiento imperativo de un trámite previo sólo se exige legalmente con arreglo al artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo para la imposición de sanciones disciplinarias, no estando previsto legalmente tal procedimiento cuando se trata de una decisión de despido de un trabajador privado*** *por las causales consagradas en los numerales 5° y 6° del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, el cual podrá reclamarse cuando se hubiera establecido en una convención, laudo, reglamento o cualquier otro estatuto interno. En casos de despido lo único que consagra la ley, es la obligación de cumplir el preaviso para ciertas justas causas.*

En sentencia del 25 de julio de 2002, rad. N° 17976, señaló la Corte al respecto:

SL3655 radicación 47346 del 9 de marzo del 2016 y en la SL4533 del 13 de septiembre del 2017[6].

Corolario de lo anterior, la protección de la referida Ley 361 de 1997, esto es, la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el estado de la salud del extrabajador, estaría desvanecida por cuanto la demandada logró acreditar que el fenecimiento de la relación laboral obedeció a la configuración de causales objetivas (numerales 2° y 3° literal a) del artículo 62 del C.S.T., fundada en los actos de violencia y maltrato que propinó el aquí demandante a los familiares

---

"(....) Valga agregar que el artículo 115 del CST, prevé el procedimiento para imponer sanciones disciplinarias al trabajador, al cual debe ceñirse estrictamente el empleador cuando a ese fin apunta, descartando su aplicación cuando se trata del despido "que no es una sanción disciplinaria-, pues si la falta da lugar a la terminación del contrato de trabajo, la ley laboral no prevé ningún mecanismo o trámite previo a tal determinación, excepto en los casos en que procede el preaviso, según la clase de falta cometida (Art.7º Dcto.2351/65), dejando a salvo, obviamente, de este concepto lo que al respecto se hubiera pactado en el contrato de trabajo, convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, etc..." En el mismo sentido radicaciones 13856, 16700, 21112 y 17976.

[6] "*Debe precisar la Sala que ha sido criterio reiterado de esta corporación que el despido no constituye una sanción disciplinaria, y por tanto, no es indispensable que se siga el procedimiento que se hubiese pactado para su imposición, a menos que se haya previsto extralegalmente un trámite especial y previo para terminar el contrato de manera unilateral por el empleador. Así se recordó recientemente, en sentencia CSJ SL10297-2017:*

Así mismo, resulta importante destacar que la posición del Tribunal, según la cual el despido no es una sanción y por ende para su aplicación no se requiere de un trámite previo y especial, a menos que extra legalmente así se haya pactado, es acertado y ajustado a derecho, como en varias ocasiones lo ha dicho la Corporación, recientemente en la sentencia SL 13691 – 2016, de ago.24 de 2016, rad. 52134, en los siguientes términos:

> *Pues bien, frente al tema sobre el cual la censura desplegó gran parte de su ataque, esto es, sí el despido es una sanción o no, la Sala reiterativamente ha señalado que en principio no lo es, a menos que extra legalmente así se haya pactado, como se indicó, entre otras, en las sentencias de radicación CSJ SL 11 feb. 2015 rad. 45166, en la CSJ SL, 15 feb.2011 rad. 39394 y CSJ SL, 5 Nov. 2014. rad. 45148; pues el despido lleva implícita la finalización del vínculo, porque el empleador en ejercicio de la potestad discrecional que lo caracteriza, prescinde de los servicios del empleado debido a que no quiere seguir atado jurídica ni contractualmente a él, en tanto la sanción presupone la vigencia de la relación laboral y la continuidad de ésta; de allí que no puedan confundirse bajo el mismo concepto.*
>
> *De tal manera que la legalidad y justeza del despido no podía verse afectada porque la diligencia de descargos se hubiere surtido sin la asistencia de dos compañeros del trabajador.*

Así las cosas, siendo que el artículo 61 del reglamento de trabajo hace referencia al trámite dispuesto para aplicar una sanción disciplinaria y no para despedir, no era dable que el empleador hubiese seguido un procedimiento. En todo caso, se advierte que sí se otorgó la oportunidad para que el trabajador rindiera las explicaciones correspondientes sobre las faltas endilgadas, tal como lo hizo en diligencia de descargos rendida el 8 de octubre de 2005 (f.°86-89)."

de la propietaria de la sociedad empleadora y compañeros de trabajo, no solo en horario laboral sino fuera de él.

De lo que anterior no puede concluirse que el fenecimiento de la relación laboral corresponde a un acto discriminatorio por su estado de salud, razón por la cual se confirmará la decisión de primer grado en cuanto absolvió a la sociedad encartada, de todas las pretensiones del libelo. De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación

SIN COSTAS en esta instancia, como quiera que al demandante le fue concedido el beneficio de amparo de pobreza (fl. 836 y 837).

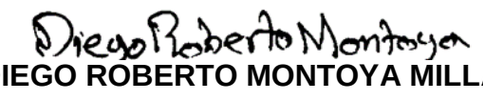
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

(EN USO DE PERMISO)

OSVALDO TENORIO CASAÑAS

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 BERENICE ROJAS SIERRA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 07 2019 00543 01)

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fls. 5 y 7), y PROTECCIÓN S.A (fl 9), 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 y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 22 de marzo de 2022 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:43:38, archivo "10AudienciaArt80CPL-Fallo", expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora demandante BERENICE ROJAS SIERRA con la AFP DAVIVIR hoy PROTECCION SA el 21 de agosto de 1997.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a PROTECCION a trasladar la totalidad de los valores depositados de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante los dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado*

hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

***TERCERO: ORDENAR** a PROTECCION a devolver a COLPENSIONES, los aportes pensionales completos de la señora demandante, es decir, debe incluir todos los descuentos que hubiese hecho durante la demandante estuvo afiliada a ING o a PROTECCIÓN, por conceptos de gastos de administración, comisiones, o cualquier otro emolumento o valor descontado de dichos aportes pensionales, esos valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actualización monetaria.*

***CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora demandante desde su afiliación inicial al Instituto de Seguros Sociales en 1981.*

***QUINTO:** Dadas las resultas del proceso **SE DECLARAN NO PROBADAS** las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PROTECCIÓN.*

***SEXTO:** Las **COSTAS** a cargo de PROTECCIÓN. Las agencias en derecho se tasan a favor de la demandante en 2 SMMLV, a la fecha del pago. No hay lugar a condena en costas contra COLPENSIONES.*

***SÉPTIMO: ORDENESE** la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES, como entidad garantizada por la Nación y a fin de que el superior revise la legalidad de lo decidido.''*

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de la demandada COLPENSIONES, la apeló solicitando se revoque y se absuelva a la entidad. En sustento de ello, advirtió que no debió declararse la ineficacia del traslado de régimen, ni declarar la afiliación a COLPENSIONES, toda vez que se pretende tener como válido un acto que no lo fue, sino que produjo efectos jurídicos, además, la demandante efectuó aportes al fondo privado, adquiriendo obligaciones, por lo que en su sentir no es posible derivar obligaciones a cargo de la administradora.

De otro lado, trajo a colación sentencias de la Corte Suprema de Justicia, relativas a que aunque no haya certeza de que el afiliado recibió al momento de su traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanencia en el régimen y que contaba con todos los elementos para forzar con plena convicción su elección.

Agregó que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión de cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido

en su capacidad de celebrar actos y contratos. Teniendo en cuenta que de su elección depende su futuro pensional, la responsabilidad por los perjuicios que se causen a los afiliados con ocasión de cualquier infracción, error u omisión de los promotores de las AFP, indicando que es responsabilidad de estas últimas, razón por la cual esta disposición no permite trasladar los perjuicios de las omisiones, en el deber de información a un sujeto de derecho que como COLPENSIONES, no intervino en la decisión del afiliado al momento de optar por el RAIS, no es el responsable que impone la doble asesoría que solo se estableció a partir del año 2014.

Finalmente, indicó respecto del interrogatorio de parte recaudado, la demandante manifiesta no tener idea en cuanto quedará su mesada pensional en COLPENSIONES, por lo que considera que se trata de supuestos más no de hechos concretos. [1] (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S.,*

[1] *"**Apoderada COLPENSIONES (1:45:33):** Gracias señor juez, me permito interponer el recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho para que el Honorable Tribunal superior de Bogotá en su sala laboral revoque la anterior, en los numerales que condenaron a mi representada, en su lugar se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante, conforme a los siguientes argumentos.*
No debe declararse la ineficacia del traslado del régimen de prima media al RAIS, ni declarar la afiliación a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en la medida que se pretende validar un acto que no solo fue válido, sino que produjo efectos jurídicos, tanto que la demandante efectuó aportes al fondo privado, adquiriendo obligaciones, por lo que no es posible derivar obligaciones a cargo de mi representada.
Tenemos que la sentencia SL 4954 de 2020, SL 1061 del 2021, la Corte Suprema de Justicia magistrada ponente la doctora María Muñoz Segura, como se dijo en los alegatos de conclusión, no casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá bajo los siguientes argumentos, en ese orden de ideas abro comillas de lo que dice la sentencia. Me regalan un segundo y yo me aparto un poquito.
Gracias, bueno en lo que dice la sentencia referenciada, "en ese orden de ideas, es posible concluir que aun cuando no haya certeza de que el afiliado recibió al momento de su traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanencia en el régimen y que contaba con todos los elementos para forzar con plena convicción su elección, dichos comportamientos o actos de relacionamiento en los casos de afiliación, pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados, tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de clave, entre otros, así lo ha establecido esta corporación en el fallo SL 4413 de 2018".
Teniendo en cuenta, pues esta sentencia y la sentencias proferidas por la Corte Constitucional, en algunas sentencias del Tribunal Superior de Bogotá sala laboral, que se han pronunciado sobre la ineficacia del traslado y pues han revocado la decisión del juez de primera instancia bajo el siguiente argumento: "el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión de cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad de celebrar actos y contratos y pues teniendo en cuenta que de su elección depende su futuro pensional, la responsabilidad por los perjuicios que se causen a los afiliados con ocasión de cualquier infracción, error u omisión de los promotores de las AFP, indicando que es responsabilidad de estas últimas, razón por la cual esta disposición no permite trasladar los perjuicios de las omisiones, en el deber de información a un sujeto de derecho que como COLPENSIONES, no intervino en la decisión del afiliado al momento de optar por el RAIS, no es el responsable que impone la doble asesoría que solo se estableció a partir del año 2014". Esta sentencia fue proferida por el doctor Enzo Torres el 13 de agosto de 2020, bajo el expediente 11001305022201700101 8.
Teniendo en cuenta también que en el interrogatorio llevado el día de hoy, pues la demandante manifiesta que no tiene ni idea que cuanto puede quedar su mesada pensional en COLPENSIONES, por lo que se trata también de supuestos más no hecho concretos. Solicito de manera respetuosa al Honorable magistrado, a los

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:45:33 archivo "10AudienciaArt80CPL-Fallo", expediente digital)

A su turno, el apoderado judicial de PROTECCIÓN S.A, interpuso recurso de apelación únicamente respecto al numeral tercero, respecto a la devolución de los emolumentos, incluidos gastos de administración que hubieran sido recibidos por parte de la demandante. Como argumento, señala, que dichos gastos de administración están contemplados en la ley 100 de 1993, los cuales están destinados a cubrir gastos de los seguros previsionales, los cuales están obligados los fondos tanto públicos como privados a tener en cuenta para sus afiliados, en caso de siniestros de invalidez o muerte. Advirtió que al devolver los gastos de administración se desconoce el trabajo realizado por la AFP, que generó rendimientos, los cuales pueden llegar a ser mayores a la cuenta de ahorro individual.

Por último, indicó no encontrarse de acuerdo con la sentencia, en lo referente al no tenerse en cuenta el principio de restituciones mutuas, resaltó que la AFP no ha solicitado dinero a ninguno de sus afiliados con el fin de buscar la devolución de los rendimientos, no obstante, el principio de restituciones mutuas claramente manifiesta que, si hay un beneficio, este se debe pagar, por lo que, si se ordena la devolución de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos, lo mínimo que se debe hacerse, para igualar la carga de la sentencia es el reconocimiento y pago a PROTECCIÓN de los gastos de administración, ya que de lo contrario se generaría un enriquecimiento sin justa causa a COLPENSIONES, debido a que los gastos previsionales no forman parte de los dineros que van a financiar la mesada pensional. [2] (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S.,*

Honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su sala laboral que sean considerados estos argumentos y en consecuencia sea evocada la sentencia en cuanto a lo de mi representada, en que ordena a recibir a la demandante desde el año 1991, como si nunca se hubiera trasladado. Muchas gracias señor juez."

[2] *"**Apoderado PROTECCIÓN (1:51:25):** Gracias su señoría, de manera respetuosa, su señoría presentó recurso de apelación de manera parcial, únicamente en lo que se ha ordenado en el numeral 3 del resuelve del proveído, respecto a la devolución de todos los emolumentos, incluidos los gastos de administración que se hayan recibido por parte de la señora BERENICE ROJAS SIERRA, sustento mi recurso de la siguiente manera. Sea dicho que los gastos de administración están contemplados en norma superior, como la ley 100 artículo 20, primigenio, los mismos están destinados a cubrir gastos de los seguros previsionales, los cuales están obligados los fondos tanto públicos como privados a tener en cuenta para sus afiliados, en caso de siniestros de invalidez o muerte, sumado a ello, y desconoce que al devolver los gastos de administración, no se reconoce el trabajo que tiene mi representada en generar rendimientos, los cuales en muchos casos incluso en este pueden llegar a ser mayores que ella tiene en su cuenta de ahorro individual.*

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:45:33 archivo "10AudienciaArt80CPL-Fallo", 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 "01CuadernoFisico.pdf", expediente digital)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 5 y 6, ibídem)*, aspirando se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual realizado con DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A; se declare que la actora pertenece al régimen de prima media con prestación definida; en consecuencia se ordene el trasladó de los aportes de PROTECCIÓN S.A a COLPENSIONES, y a esta última actualizar la historia laboral; costas y agencias en derecho y a lo ultra y/o extra petita.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, ordenando a PROTECCIÓN S.A, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo el traslado, junto a los gastos de administración y comisiones que se descontaron de los aportes pensionales, valores que deben ser debidamente indexados. Siendo condenada COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al régimen de

---

También me apartó del proveído de la sentencia, cuando su señoría manifiesta que no se tienen en cuenta el principio de restituciones mutuas, mi representada no ha pedido, nunca, solo pues nada de dinero a ninguno de sus afiliados para que ellos devuelvan los rendimientos, pero el principio de restituciones mutuas claramente manifiesta que si hay un beneficio, el beneficio se debe pagar, entonces si la orden es devuélvase la cuenta de ahorro individual con los rendimientos, lo mínimo que se debe hacer para igualar la carga procesal, la carga de la sentencia, es que se reconozcan y paguen a PROTECCIÓN los gastos de administración, de lo contario se procedería a devolver los gastos de, la cuenta de ahorro individual sin rendimientos, pero incluidos los gastos de administración, y los gastos de seguro previsional, de lo contrario se está generando un enriquecimiento sin causa a COLPENSIONES, porque 0los dineros de los gastos previsionales no forman parte de los dineros que van a financiar la mesada pensional y se está generando un enriquecimiento sin causa, al fondo común que administra esta entidad pública.
Por estas razones les solicitó a los honorables magistrados se revoque la sentencia en tal sentido, muchas gracias."

prima media a la actora desde su afiliación inicial al ISS, se condenó a los fondos demandados al pago de costas y agencias en derecho. 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[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 27 de noviembre de 1961 (expediente físico *página 33),* por lo que a 1° de abril de 1994 contaba con 32 años y la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado a través de petición elevada ante COLPENSIONES el 11 de julio de 2019 (*Páginas 62 a 65)* y ante PROTECCIÓN S.A el 19 de diciembre de 2019 (*Páginas 57 a 60)* esto es, cuando ya contaba con la edad para adquirir el derecho pensional -tenía 58 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994- pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 631,86 semanas cotizadas, equivalentes a 12, 11 años *(Página 150 vuelto),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la

[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".*

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 agosto de 1997,** efectivo el **01 de octubre de 1997 (***Página 216 Archivo "01CuadernoFisico.pdf"),* por afiliación que hiciera a DAVIVIR (luego ING y hoy PROTECCION), 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.

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):

> *"(…)*

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

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

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

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

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

Así, discurrió

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

«como si esa afiliación nunca hubiese existido».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado ING 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[5], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

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

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando 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

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*
>
> *(…).*

---

era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[6], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 1997 se encontraba trabajando en Constructora Bolívar, por lo que llegó un asesor de DAVIVIR (luego ING y hoy PROTECCION), y le informó que el ISS se iba a acabar, por lo que nadie iba a responder por su pensión, en el RAIS iba a obtener una pensión mayor que en el RPM, que la pensión iba a ser heredable.

Tampoco luce acreditado con el interrogatorio del representante legal de la demandada PROTECCIÓN S. A[7], pues es claro que esa sociedad administradora de fondos de pensiones ninguna relación tuvo con el acto de afiliación que dio lugar

[6] Audiencia del 22 de marzo de 2022, récord 11:54.
[7] Audiencia del 22 de marzo de 2022, récord 32:25.

al traslado de régimen, en tanto no intervino en dicho negocio jurídico, toda vez que para el año 1997 el traslado se realizó con la AFP DAVIVIR luego ING y hoy PROTECCION.

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 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 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 DAVIVIR, luego ING hoy PROTECCIÓN omitió en el momento del traslado de régimen **(21 de agosto de 1997,** efectivo el **01 de octubre de 1997)** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional 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 PROTECCIÓN S.A como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (*página 46, Archivo, "01CuadernoFisico.pdf", 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 el principio de restituciones mutuas y 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[8], a favor de quien se surte la consulta (*páginas 153 a 155 archivo "01CuadernoFisico.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

[8] 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 0 de noviembre de 2021 (Archivo, "01CuadernoFisico", expediente digital)

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, 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.

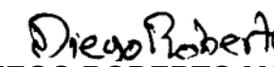
En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

(EN USO DE PERMISO)

OSVALDO TENORIO CASAÑAS

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 CARLOS FERNANDO GIRALDO ANGULO CONTRA EDIFICIO ALAMEDA DE SANTA BARBARA P.H. Y ORGANIZACIÓN INMOBILIARIA MARCA S.A.S. (RAD. 08 2018 00470 02).

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante *(folios 4 a 6) y* por la demandada Edificio Alameda de Santa Bárbara P.H. (fls. 8 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:

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 demandada Edificio Alameda de Santa Bárbara, contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de enero de 2022 (expediente digital, carpeta 12 audiencia 27 de enero 22, audiencia ordinario, record. 22:32), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: CONDENAR** a la demandada ALAMEDA DE SANTA BÁRBARA P.H. a pagar a favor del señor CARLOS FERNANDO GIRALDO la suma de $29.011.760 por concepto de honorarios profesionales, conforme lo considerado en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada ORGANIZACIÓN INMOBILIARIA MARCA SAS de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por el apoderado de ALAMEDA DE SANTA BÁRBARA, y declarar PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a la accionada ORGANIZACIÓN INMOBILIARIA MARCA SAS, relevándose el Despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos invocados.*

> ***CUARTO: COSTAS**, en esta instancia a cargo de la parte demandada ALAMEDA DE SANTA BARBARA PH, liquídense por secretaria fijando como agencias en derecho la suma de $ 1.000.000.**”.***

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la demandada Edificio Alameda de Santa Barbara P.H. la apeló; refirió, el contrato celebrado con el demandante se pactó pago a cuota litis, por lo que solo se pueden pagar honorarios hasta cuando el edificio “recaude”; de lo contrario no es posible que le pague honorarios, porque el edificio no desarrolla ninguna actividad comercial y no tiene contemplado el rubro de pago de honorarios.

Recordó, el demandante era encargado de llevar hasta su terminación el proceso 2003-1617, pero por falta de gestión se declaró el desistimiento tácito, que no es otra cosa que el abandono del proceso; por lo que no está de acuerdo con que se le deban pagar honorarios por una gestión que nunca concluyó y por tanto incumplió con sus obligaciones.

Reiteró, en el contrato que se firmó se estableció que en caso que el contratista abandone el proceso, se cederá el proceso a otro abogado y no habrá reconocimiento de honorarios profesionales, luego el demandante aceptó que en caso de abandono del proceso no recibiría honorarios profesionales[1].

---

[1]**Apoderado demandada (24:04):** Le manifiesto al despacho que de conformidad con el artículo 66 presento recurso de apelación, toda vez que no estamos de acuerdo con la decisión bajo los siguientes argumentos. En primer lugar, Carlos Giraldo es un abogado dado lo cual el conocimiento que el tiene sobre la leyes y el derecho, lo hace que deba ser más cuidadoso al firmar los contratos de prestación de servicios, en este caso el contrato se estableció que es una cuota litis por ello no se pueden pagar honorarios hasta que se cumpla la condición que es que el edificio recaude, si el edificio no recauda es un imposible que sus arcas pague, toda vez que un edificio no presta una actividad comercial y por lo tanto, no tiene dentro de sus rubros el pago de honorarios, y es por ello, y bien lo conoce el doctor Carlos Giraldo que siempre ha estado sujeto a esa condición. En segundo lugar, no estamos de acuerdo con la decisión tomada toda vez que el proceso que llevaba Carlos Giraldo, termino por desistimiento tácito, eso no es otra cosa que el abandono del proceso, es por ello que refiero al expediente del proceso 2003 - 1617, que el abogado Carlos Giraldo presentó su renuncia a dicho proceso, no obstante, a folio 76 del 19 de julio de 2018 el mismo despacho dijo lo siguiente y citó, “no se accede a la renuncia del poder presentado por la apoderada de la parte ejecutante, como quiera que la misma no satisface los presupuestos del inciso 4 del artículo 76 del Código General del Proceso, en ese sentido se demuestra que el abogado Carlos Giraldo era el abogado encargado y responsable de llevar el proceso hasta su finalización, lo cual no se llevó a cabo toda vez que por s falta de gestión fue declarado por el desistimiento tácito. Así las cosas, no podemos estar de acuerdo en que se le deba pagar honorarios a 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 del demandante, CARLOS FERNANDO GIRALDO ANGULO, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (expediente digital, archivo 01Cuaderno 1, página 3), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en páginas 1 y 2 ibídem, encaminadas a que se declare, entre él y el Edificio Alameda de Santa Bárbara P.H., existió un contrato de prestación de servicios profesionales; se declare que la sociedad Organización Inmobiliaria Marca S.A.S. en su calidad de administradora del citado edificio, es solidariamente responsable del pago de las obligaciones aquí reclamadas; se condene al Edificio Alameda de Santa Bárbara P.H. a pagar a su favor la suma de $54’573.979,oo, a título de honorarios por los servicios profesionales prestados, así como las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, por cuanto, se condenó al edificio enjuiciado a pagar a favor del demandante la suma de $29’011.760, por concepto de honorarios profesionales y las costas del proceso y absolvió a la demandada Organización Inmobiliaria Marca S.A.S. de todas las

---

abogado por una gestión que nunca concluyó, dejo perder dado que nunca llevo a cabo el proceso en debida forma y por lo tanto, incumplió con sus obligaciones. Nótese reiteró que el contrato que se firmó establece en su cláusula séptimo y la proceso a leer, y dice en caso de que la contratista abandone el proceso, se cederá el proceso a otro abogado y no habrá reconocimiento de honorarios profesionales. Así la cosa como bien lo dice la ley, el contrato es ley para las partes, debe manifestarse que el abogado mismo acepto que en caso que abandonara el proceso no iba a cobrar honorarios profesionales y en este caso como se encuentra debidamente demostrado el proceso 2033- 1716 fue abandonado por el abogado, puesto que de no haber sido así no se hubiera declarado el desistimiento tácito. Así las cosas, presentamos el recurso de apelación toda vez que es un imposible pagarle a un abogado que dejo terminar dada su falta de gestión. Muchísimas gracias.

pretensiones. 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 por el cobro jurídico y prejurídico de cuotas de administración en mora a cargo de los propietarios y arrendatarios del edificio. También advirtió que el demandante adelantó actuaciones dentro del proceso ejecutivo radicado 2013-1617, por virtud de poder que le confirió el representante legal de la copropiedad; empero la parte demandada no acreditó el pago de honorarios al actor ni que el mandato hubiera sido a título gratuito. Encontró que en el contrato de prestación de servicios se pactó en forma expresa el pago de honorarios por representación judicial dentro de proceso ejecutivo, que en aquel proceso el crédito se liquidó en la suma de $145.058.802, por lo que el 20% correspondiente a los honorarios pactados, corresponde a la suma de $29’011.760,oo por la que impartió condena. Consideró que el aparte de la cláusula segunda parágrafo primero relativa a que *“se dialogará con el Consejo de Administración respectivo, para que apruebe que del valor de los intereses se complete el valor de los honorarios profesionales pactados (20%)”* corresponde a una cláusula excesiva impuesta por el contratante, que genera un desequilibrio contractual, en tanto se sale de las manos del contratista la aprobación o no a la que quedó sometido el pago de sus expensas.

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).

Como quiera que el presente caso, corresponde a 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.

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 19 de noviembre de *2009 (fls. 6 a 8, archivo 01 cuaderno 1fls. 1 al 158.pdf – expediente digital)* y que en sus cláusulas primera y segunda, las partes acordaron lo siguiente:

> *"PRIMERA: OBJETO: LA CONTRATISTA de manera independiente, es decir, sin que exista subordinación jurídica, utilizando sus propios medios, prestará asesoría jurídica a EL CONTRATANTE, en los siguientes asuntos: a) cobro prejurídico y jurídico de las obligaciones en mora contraídas por los propietarios y/o arrendatarios del EDIFICIO ALAMEDA SANTA BARBARA PROPIEDAD HORIZONTAL, en cuanto se refiere al pago de expensas de administración ordinarias o extraordinarias, intereses moratorios, sanciones, etc. B) conceptos legales que requiere el CONTRATANTE en cuanto tenga relación con las obligaciones pecuniarias a cargo de los copropietarios y/o arrendatarios (…)*
>
> *SEGUNDA: HONORARIOS- Los honorarios se pagarán así: a) COBROS PREJUDICIALES: 10%sobre el valor total que se recaude a cargo del deudor moroso. B) COBROS JURÍDICOS: $200.000 a cargo del deudor los cuales inicialmente serán reconocidos por el contratante para proceder a la iniciación del respectivo ejecutivo y el 20% sobre el valor total de la obligación* ***por los cobros en los que se haya iniciado la acción ejecutiva y que su cobro se recaude, ya sea mediante conciliación, sentencia o pago directo que efectúa el deudor.*** *PARÁGRAFO PRIMERO.-Queda entendido que en caso de sentencia, el CONTRATISTA recibirá el 20% sobre el valor total de la obligación, pero en caso que el demandado se niegue a pagarlos, la CONTRATISTA, recibirá el valor de la liquidación de costas que apruebe el juzgado y se dialogará con el Consejo de Administración respectivo, para que apruebe que del valor de los intereses se complete el valor de los honorarios profesionales pactados (20%), con la necesaria aclaración que INMOBILIARIA MARCA no asumirá valor alguno por concepto de honorarios, a menos que por su culpa éstos se hayan perdido*.
> (…)
> ***SÉPTIMA.*** *En caso que la CONTRATISTA abandone el proceso, cederá el proceso a otro abogado y no habrá reconocimiento de honorarios profesionales"* (subrayado por la Sala)

Analizadas las cláusulas del contrato, se constata que se pactó bajo la figura de cuota litis; respecto a la cual, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2803 de 2020, Radicación No. 47566 del 8 de julio de 2020, hizo un análisis, exponiendo lo siguiente:

> *"Para concluir, resulta pertinente recordar que, como lo ha adoctrinado esta Sala, cuando los honorarios se pactan a cuota litis, constituyen un alea que hace necesario el acaecimiento de un resultado favorable, tal como se precisó en la sentencia CSJ SL 39171, 22 nov. 2011, en la que se señaló:*
>
> *"El contrato de mandato por ser bilateral no sólo comporta obligaciones en cabeza del mandatario; cuando es remunerado conlleva una obligación también esencial y concomitante para el mandante:* ***pagar la prestación pactada que bien puede estipularse en un valor determinado que desde el principio del mandato se conoce, o puede ser aleatoria, como cuando un abogado se compromete a realizar una gestión judicial o extrajudicial, recibiendo como posibles honorarios una parte de las utilidades, (cuota litis) bajo el entendido de que si no es posible ningún resultado favorable, perderá todos los actos ejecutados en cuanto hace a su interés de recibir remuneración por su gestión profesional. También resulta perfectamente viable que se combinen las dos formas de pago, como cuando se pacta un valor determinado al comenzar la gestión encomendada y una cuota parte o un porcentaje de lo que al final resulte a favor del mandante. (negrilla fuera de texto)***
>
> *"En la sentencia CSJ SL 33099, 2 jun. 2009, esta Corporación precisó «[…]* ***que el pacto de honorarios por cuota litis conlleva una obligación de resultado*** *[…]», y más adelante recordó:*
>
> *"Al punto, en sentencia S. de N., Gaceta LXIII, 466 de 29 de septiembre de 1947, se dijo:*
>
> *"****La peculiaridad de la convención denominada cuota litis consiste en que la remuneración correspondiente al ejercicio del mandato no tiene carácter cierto y determinado, sino que es contingente y aleatoria, pues tanto su exigencia como su cuantía dependen de los resultados de la gestión del negocio y de la suma líquida o liquidable en que el litigio se traduzca para las personas que en el pacto intervienen.***
>
> *"****Esta modalidad de la remuneración es jurídica, ya que el contrato de mandato no es en la legislación colombiana gratuito en esencia, pues según el artículo 2143 del C.C. la remuneración se determina por las partes, por la ley o por el juez. De donde resulta, como consecuencia, que estas tienen capacidad legal para fijar la forma en que debe cubrirse****".*
>
> *"Así mismo, esta Sala de la Corte en sentencia de 8988 del 24 de enero de 1997, reflexionó:*
>
> *"****Interesa dejar en claro que el porcentaje acordado como honorarios…, teniendo en cuenta que se pactaron en la modalidad de cuota litis, que implica que el abogado tendrá como retribución por sus servicios profesionales una participación directamente deducible de los resultados***

> ***económicos o patrimoniales del proceso, que, en este caso, se estableció en un 35%...".***
>
> *"[…] lo que obliga […] a condenar al demandado a pagarlos en el porcentaje en que se comprometió* ***sobre lo que efectivamente recibió en la sucesión […]****".* (resaltado por la Sala)

En ese orden, la modalidad de "*cuota litis"* corresponde a un convenio entre el profesional del derecho con su poderdante, relativo a que la retribución económica para el abogado depende de un resultado exitoso o favorable en la gestión desarrollada, pues precisamente es la prosperidad de la representación legal lo que conlleva a la obtención del porcentaje o suma determinada, en aras de la obtención de los honorarios pactados, criterio doctrinal que se mantiene en la actualidad como dan cuenta las sentencias SL2436-2021, Radicación No. 81266 del 15 de junio de 2021, SL1817-2020, Radicación No. 75028 del 2 de junio de 2020, entre otras.

Sin embargo, del texto del contrato de prestación de servicios se advierte que las partes no solo pactaron como honorarios la modalidad de cuota litis, pues también convinieron que en el evento de no pago de la obligación por parte del deudor, el contratista recibiría la suma aprobada por el juzgado por concepto de costas procesales, además de adelantar consulta con el Consejo de Administración para valorar la posibilidad de completar el valor de los honorarios pactados, a partir de los intereses causados.

Descendiendo al caso bajo estudio, tal como lo señaló la juez a quo, el demandante Carlos Fernando Giraldo Angulo, actuó como apoderado del Edificio Alameda de Santa Bárbara, dentro del proceso ejecutivo No. 2003-1617, que la copropiedad seguía en contra de Rafael Méndez y otros en el Juzgado 34 Civil Municipal de Bogotá *(expediente digital, archivo 02cuaderno2)*,diligencias de las que se constata que actuó en su calidad de apoderado en diligencia de interrogatorio de parte de 5 de febrero de 2009 *(fl 54 ibídem),* adelantó actuaciones de trámite como solicitudes de copias (fl. 60 ibid.), presentó alegatos de conclusión (fls. 61 a 64 ibídem) y siendo apoderado, el juzgado emitió la providencia que ordenó continuar adelante con la ejecución (fls. 68 a 71 ibídem). Consta también que en varias oportunidades presentó liquidaciones del crédito (fls. 77, 105, 114).

Posteriormente, el proceso fue remitido al Juzgado Cuarto Civil Municipal de Ejecución de Sentencias, que mediante auto de 3 de febrero de 2014 (*expediente digital, archivo 03cuaderno3 folio 1 a 119.pdf. Página95 ibíd.)*, avocó conocimiento del proceso ejecutivo singular No. 2003-1617, donde el aquí demandante continuó ejerciendo la representación judicial del Edificio Alameda de Santa Bárbara PH., y presentó una nueva demanda ejecutiva acumulada *(expediente digital, archivo 04cuaderno4 folio 1 a 119.pdf. Páginas 60 a 68),* que fue acogida por el citado juzgado que libró un nuevo mandamiento de pago mediante auto de 25 de agosto de 2017 (85 a 87 ibídem); mediante providencia de 6 de marzo de 2018 ordenó a la parte ejecutante que procediera a emplazar a los acreedores en el término de 30 días, so pena de tener por desistida tácitamente la demanda (página 88) y mediante auto de 8 de mayo de 2018, el citado Juzgado de Ejecución de sentencias decretó la terminación del proceso ejecutivo por desistimiento tácito, ordenando el levantamiento de medidas cautelares, en atención a que la parte ejecutante no dio cumplimiento a la orden de emplazar a los acreedores *(expediente digital, archivo 04cuaderno4 folio 1 a 119.pdf. Páginas 89 y 90)*. El 16 de julio de 2018, el abogado Carlos Giraldo Angulo presentó renuncia al poder, pero en proveído de 19 de julio de 2018, el juzgado decidió no acceder a ello, por no cumplir con lo dispuesto en el inciso 4° artículo 76 del Código General del Proceso *(págs. 91 y 92 ibídem).*

Ahora bien recuerda la Sala, en la cláusula segunda del contrato de prestación de servicios, se determinó que los honorarios estaban atados a la condición del recaudo efectivo de los dineros objeto de cobro jurídico; sin embargo, sobre este punto, la juez a quo, consideró que la labor encomendada al aquí demandante efectivamente se había cumplido, lo que encontró acreditado con las providencias emitidas en el proceso, donde se ordenó seguir adelante con el trámite ejecutivo, decisión que a su juicio lo hizo merecedor de los honorarios pactados, correspondientes al 20% de la liquidación del crédito aprobada dentro del trámite de ejecución.

Sin embargo, esta Corporación no comparte las conclusiones de la juzgadora de primer grado; en primer lugar, porque tal como lo señala el recurrente, el pago de honorarios al aquí demandante, en tratándose de cobros judiciales, dependía del recaudo efectivo de las sumas que por vía ejecutiva se cobraban, lo que no ocurrió en este caso, pues los ejecutados no hicieron ningún pago correspondiente al crédito aprobado por el juzgado de ejecución, ni tampoco se hizo efectiva ninguna medida cautelar que permitiera el recaudo de suma alguna a favor del Edificio ejecutante.

En segundo lugar, pasó por alto que las partes pactaron expresamente que ante el abandono del proceso no habría reconocimiento de honorarios a favor del aquí demandante, como lo establece la cláusula séptima del contrato de prestación de servicios celebrado, que textualmente señala:

> ***"SÉPTIMA.*** *En caso que la CONTRATISTA abandone el proceso, cederá el proceso a otro abogado y no habrá reconocimiento de honorarios profesionales"* (subrayado por la Sala)

En este punto, es necesario recordar que el contrato como expresón de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio "lex contractus, pacta sunt servanda", consagrado en el artículo 1602 del Código Civil Colombiano, que establece que los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales.

A tono con lo anterior, pese a que en la cláusula segunda del contrato de prestación de servicios profesionales se estableció el pago de honorarios en los términos anteriormente señalados, lo cierto es que en la cláusula séptima las partes acordaron el no pago de honorarios ante el abandono del proceso

En ese orden, de las actuaciones procesales surtidas dentro del proceso ejecutivo singular No. No. 2003-1617, cuyo recuento se hizo en líneas anteriores, se tiene que habiéndose librado mandamiento de pago el 25 de agosto de 2017, conforme lo solicitado por el abogado aquí demandante, transcurrieron más de seis meses sin que se hubiera adelantado el trámite de emplazamiento a los acreedores, por lo que el Juzgado Cuarto Municipal de Ejecución de Sentencias mediante auto de 6 de marzo de 2018 tuvo que requerir a la parte ejecutante, representada judicialmente por Carlos Fernando Giraldo Angulo para que diera cumplimiento a dicha carga procesal en el término de 30 días, orden que no fue cumplida por el citado apoderado, lo que conllevó a que el 8 de mayo de 2018 se decretara la terminación del proceso por desistimiento tácito.

En este punto es pertinente señalar, si bien el proceso que inició en el Juzgado 34 Civil Municipal de Bogotá, es el mismo que luego continuó su trámite ante el Juzgado Cuarto Municipal de Ejecución de Sentencias y aunque ante el primero de los citados despachos se hubiera podido surtir el trámite de emplazamiento a los

acreedores en virtud del mandamiento de pago inicial, lo cierto es que tras la nueva demanda acumulada y el nuevo mandamiento de pago, el Juzgado de Ejecución de Sentencias solicitó que se acreditara nuevamente el emplazamiento a los acreedores; orden frente a la que el aquí demandante guardó absoluto silencio, sin presentar ningún argumento a favor de su representada, silencio que a la postre fue el que llevó al despacho judicial a declarar la terminación del proceso por desistimiento tácito.

También es oportuno anotar, que el abogado aquí demandante se abstuvo de interponer los recursos de ley en contra del auto que decretó la terminación del proceso por desistimiento tácito, omisión que una vez más demuestra su desatención del proceso, recursos que en el hipotético de haber prosperado hubieran permitido la continuación del trámite de ejecución. .

Los anteriores acontecimientos procesales, dan cuenta inequívoca que el mentado proceso ejecutivo singular, que estaba a cargo del abogado Giraldo Angulo, no fue debidamente atendido por éste, situación que en perjuicio del extremo ejecutante, Edificio Alameda de Santa Bárbara, llevó a que se terminara anormalmente el proceso de ejecución.

Al tema recuerda la Sala, el desistimiento tácito es una forma anormal de terminación del proceso, que deviene del incumplimiento de una carga procesal que estaba en cabeza del promotor del proceso o dicho de otra forma, es un castigo que se impone a la parte demandante cuando no cumple con los deberes que por ley le corresponden a fin de trabar legalmente la litis y en este caso, encontrándose la parte ejecutante representada por apoderado judicial, es claro que fue el profesional del derecho quien permitió que el proceso terminara de esta manera y no pudiera darse continuidad al trámite de ejecución.

Como si ello fuera poco, solo hasta el 16 de julio de 2018, el abogado Carlos Giraldo Angulo presentó renuncia al poder, sin el cumplimiento de los requisitos dispuestos en el inciso 4° artículo 76 del Código General del Proceso, es decir, sin acreditar que enteró de esa decisión a su poderdante, por lo que el despacho judicial se negó a aceptar dicha dimisión.

A tono con lo analizado, se evidencia el abandono del proceso ejecutivo por parte del aquí demandante, lo que conlleva a la aplicación de la cláusula séptima del

contrato de prestación de servicios celebrado por las partes, que claramente establece el no pago de honorarios, ante la concurrencia ese requisito.

Por todo lo analizado, se revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada Edificio Alameda de Santa Bárbara de todas las pretensiones de la demanda.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primer grado estarán a cargo del demandante.

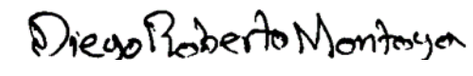
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar **ABSOLVER** a la demandada **EDIFICIO ALAMEDA DE SANTA BARBARA P.H.** de todas las pretensiones de la demanda, conforme lo analizado en la parte motiva de este proveído. .

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

(EN USO DE PERMISO)

OSVALDO TENORIO CASAÑAS

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 ALDEMAR PEÑA MOSQUERA CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP- (RAD. 08 2019 00526 01).

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por ambas partes (fls. 4 a 12), 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, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor del DEMANDANTE, de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 1° de febrero del 2022 (Archivo 9 expediente digital, record: 25:48), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES -UGPP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR PROBADA** la excepción de cobro de lo no debido - inexistencia de la obligación, y se releva el Despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos propuestos dadas las resultas del caso.*
>
> ***TERCERO:** Sin condena en costas en esta instancia frente a su no causación.*
>
> ***CUARTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, D.C. –Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante."*

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 del DEMANDANTE, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante ALDEMAR PEÑA MOSQUERA, en éste ordinario, las pretensiones relacionadas en la página 4 (Archivo 1 expediente digital), las cuales sustenta en los supuestos fácticos expuestos en las páginas 2 y 3 del mismo Archivo; aspirando se declare haber reunido 23 años y 11 meses laborados para TELECOM y reunir los requisitos establecidos por el Decreto 2661 de 1960 y en la Addenda de la Convención Colectiva 1996-1997, en consecuencia se condene a la UGPP a pagar la pensión de jubilación convencional desde el 26 de diciembre del 2007 cuyo retroactivo establece en suma de $160.682.489, junto con el pago de los intereses moratorios establecidos en el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, tras considerar la a quo que el demandante no cumple con ninguno de los presupuestos para acceder al beneficio de transición y con ello dar aplicación a la Addenda al art. 2º de la Convención Colectiva 1996-1997 pues esta exigía el cumplimiento de los requisitos del régimen de transición, establecidos en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario de la pensión reclamada.

De tal manera, previo a resolver el presente asunto, ha de advertirse, no es motivo de controversia en ésta instancia la vinculación del actor con la EMPRESA LA EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES –TELECOM- desde el 1° de diciembre de 1980 hasta el 31 de enero del 2006 ocupando los cargos de obrero, guardalineas, mensajero ISS y auxiliar de telecomunicaciones, conforme se desprende del certificado de información laboral visible en la página 28 del Archivo 1 del expediente digital.

Así las cosas, se tiene que el problema jurídico del presente asunto se circunscribe a determinar si resulta viable el reconocimiento y pago de la Pensión de Jubilación Convencional, teniendo en cuenta para ello lo dispuesto en la ADDENDA AL ARTÍCULO 2º. DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO 1996- 1997.

En esta dirección, para proceder al estudio de las pretensiones, resulta pertinente anotar si bien por regla general todos los acuerdos convencionales deben surtir el

procedimiento consagrado en el artículo 469 del CST, ha de precisarse tal exigencia excluye a los acuerdos extra convencionales (Sentencia CSJ SL889-2014[1]), precisando para el caso bajo estudio la Addenda al artículo 2 de la convención colectiva 1996-1997, correspondía a un acuerdo extra convencional por haberse realizado al margen del procedimiento de negociación colectiva; pues no tenía por objeto modificar la convención colectiva, sino que solo pretendía aclarar o darle alcance a uno de sus artículos, de modo tal que no resulta en esta instancia revisar su constancia de depósito, así mismo se advierte no se está discutiendo la aplicabilidad de los beneficios convencionales al actor.

Pues bien, dilucidado lo anterior se tiene entonces que el fundamento convencional sobre el cual se fundan los anhelos del actor establece (*Ver página 82 Archivo 1, expediente digital)*:

> *Las partes suscribientes de la presenta Addenda dan alcance al artículo 2º de la Convención Colectiva de Trabajo 1996-1997, suscrita entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM, con el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, SITTELECOM, y el Sindicato de Industria de Trabajadores de las Telecomunicaciones, ATT, con el objeto de aclarar que TELECOM* ***reconoce a los trabajadores cobijados por el régimen de transición***

---

[1] *Además de lo anterior, y en lo relacionado con la naturaleza jurídica de la mencionada acta extraconvencional y la exigencia del depósito a que alude el recurrente, es pertinente reiterar que tal requisito no se hacía necesario en este caso, tal y como lo ha reiterado la Corte en la sentencia del 24 de julio de 2012, radicación 43824, en la que se rememoró la del 29 de junio del mismo año, radicación 39744, al precisar:*

> *"… el mismo carácter de "extraconvencional" con el que se tituló el acta, evidencia una vez más que las partes no le dieron calidad de convención colectiva a la misma, sino que simplemente acordaron una serie de puntos relacionados con el manejo de algunas situaciones laborales de las cuales surgen obligaciones para la empleadora, entre las que cabe destacar el relativo a la estabilidad laboral con un mandato imperativo para ella en cuanto acordó que no "podrá dar por terminado unilateralmente un contrato individual de trabajo sino tan solo por alguna de las justas causas debidamente comprobadas y establecidas en el artículo 7° del Decreto Ley 2351 de 1965, con previo cumplimiento de lo contemplado en el artículo 7° del mismo Decreto y respetando el debido proceso", agregándole a renglón seguido la consecuencia para su inobservancia: La ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo y la acción judicial del trabajador para solicitar su reintegro en las mismas condiciones de empleo o el pago de la indemnización prevista en la convención colectiva de trabajo vigente.*
>
> *Nada se opone a que en el Derecho del Trabajo los trabajadores, bien sea por si mismos o representados por la organización sindical a la cual pertenecen, celebren acuerdos con los empleadores tendientes a regular diversas situaciones laborales y menos aún, tampoco puede haber oposición o ilicitud en cuanto con ellos se superen los mínimos derechos legales o inclusive convencionales. Si el simple acto unilateral de un empleador puede crear derechos para los trabajadores en tanto superen los mínimos legalmente establecidos, con mucha mayor razón ello puede aplicarse a los convenios directos que celebren con sus servidores.*
>
> *Un acuerdo, como el que ahora ocupa la atención de la Sala, se convierte en ley para los contratantes sin desconocer el clásico principio que lo informa y según el cual debe ejecutarse de buena fe. Así se desprende claramente de los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, que entre otros regulan el efecto de las obligaciones válidamente celebradas y de cuyas fuentes o nacimientos, señaladas en el artículo 1494 ibídem, vale la pena destacar el concurso real de voluntades de dos o más personas o el hecho voluntario de la persona que se obliga.*
>
> *En las condiciones esbozadas, es natural colegir que un acuerdo en ese sentido, no tiene la necesidad de ser depositado para que surta los efectos queridos por las partes. Como regla general, en el derecho del trabajo los únicos acuerdos que deben ser depositados son los que emanan de un conflicto colectivo de trabajo cuya solución es dada por las mismas partes, pues así lo exige el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, condición que aquí no se puede predicar del convenio celebrado por la empresa y el sindicato, quienes simplemente, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, el cual no repugna en las relaciones obrero patronales, siempre y cuando no se desconozcan los derechos mínimos de los trabajadores, quisieron regular algunas condiciones de trabajo, las cuales no quedaron condicionadas en forma alguna ni se exigió del pacto mismo que fuera depositado a la usanza de las convenciones colectivas de trabajo.*

> ***establecido en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993****, vinculados a la empresa antes de la vigencia del decreto 2123 de 1992, las siguientes modalidades de pensión:*
>
> *1.- El trabajador que haya llegado o llegue a tener cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuos o discontinuos.*
>
> *2.- El trabajador oficial que haya servido veinticinco (25) años, sin consideración a su edad.*
>
> *Los trabajadores en los cargos denominados como excepción tendrán derecho a la pensión de jubilación a los veinte (20) años de servicio, sin consideración a la edad, y en los términos del decreto 1835 de 1994.*
>
> *La presente Addenda no constituye modificación al régimen especial ni excepcional de pensiones actualmente vigente en TELECOM.* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En este orden de ideas, lo primero que advierte esta Sala de decisión es que la citada norma convencional estableció que los regímenes pensionales especiales de Telecom, correspondían a los trabajadores que reuniera los siguientes requisitos:

1) estar cubierto por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y,
2) estar vinculado a la planta de personal de Telecom al momento de su transformación en empresa industrial y comercial del Estado, esto es, al 29 de diciembre de 1992.

Señalando las siguientes modalidades de pensión:

> *1. El trabajador oficial que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicio continuos o discontinuos.*
>
> *2. El trabajador oficial que haya servido veinticinco (25) años, sin consideración a su edad.*
>
> *Los trabajadores en los cargos denominados de excepción tendrán derecho a la pensión de jubilación a los (20) años de servicio, sin consideración a la edad y en los términos del Decreto 1835 de 1994.*

De este modo y teniendo en cuenta que antes de determinar si el actor pertenece a unas de esas modalidades, pues si bien presto sus servicios por 24 años, 11 meses y 28 días (del 1/12/1980 al 31/01/2006)[2] lo cierto es que la norma convencional invocada no le puede ser aplicable pues como ya se anunció, lo primero que debe acreditar el promotor del litigio es el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, contar con 40 o más años de edad por ser hombre, o quince (15) o más años de servicios

[2] Conforme a certificado laboral tuvo una interrupción de 62 días en sus labores (Ver página 28 Archivo 1 expediente digital)

cotizados al 1° de abril de 1994, los cuales no cumple el señor ALDEMAR PEÑA MOSQUERA en tanto nació el 26 de diciembre de 1957 *(Archivo 1 expediente digital página 1)*, contando con **37 años** de edad para el 1° de abril de 1994 y **13 años, 3 meses y 11 días de servicio** prestados a TELECOM para esa misma data, esto es, del 1° de diciembre de 1980 al 1° de abril de 1994 (descontando 15 días de interrupción según lo certificado por su empleador) –pagina 28 archivo 1 expediente digital-

Por ende, aunque el actor laboró por más de 20 años exclusivos a TELECOM, no se cumplió con el primer requisito para estudiar la pensión convencional solicitada y en ese orden no pueden salir avante sus anhelos.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral señaló en sentencia SL 761- 2021 Rad. 59400 del 8 de marzo del 2021:

> *"Sobre el particular, se explicó en la sentencia CSJ SL5528-2018, con referencia en la CSJ SL, 20 oct. 2006, rad. 27780, que «cuando una norma dispone una pensión especial, esto es, que constituye una excepción a la regla general pensional, por su estrictez y taxatividad, solo se accede a ella si se cumplen la totalidad de sus requisitos […]», lo que para el caso, significaba «[…]* ***además de la edad o el tiempo de servicios en cualquiera de los regímenes especiales de pensiones mencionados, debe estar la persona o presunto beneficiario en transición conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por así condicionarlo al instructivo de marras y la adenda convencional***»." (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Y en la SL199-2018 Rad. 52297 del 14 de febrero del 2018 consideró:

> **"***Respecto a la pensión convencional, el art. 2° de la convención colectiva de trabajo 1996-1997 -vigencia de normas existentes-, en el que funda el recurrente la pretensión, previó que «Quedan vigentes las normas existentes que consagren derechos en beneficio de* ***SITTELECOM*** *de* ***ATT*** *y de los trabajadores de* ***LA EMPRESA****, que consten por escrito en la Constitución Nacional, leyes, decretos, contratos individuales, convención colectiva, las cuales quedan incorporadas a esta convención en cuanto no resulten modificadas por esta»; éste fue aclarado mediante adenda (f.° 308), en la que se precisaron las modalidades de pensión que reconocía Telecom «[…] a los trabajadores cobijados por el régimen de transición establecido en el inciso 2o. del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, vinculados a la Empresa antes de la vigencia del Decreto 2123 de 1992 […]».*
>
> *No observa la Sala regulación convencional distinta en las pruebas acusadas por la censura, por lo que se concluye que, aun si hubiera incurrido el ad quem en el error que se le endilga, el mismo sería intrascendente,* ***por cuanto ninguno de los demandantes acreditó en el proceso la condición de beneficiario del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y conforme a lo manifestado en los hechos de la demanda, en cuanto a sus fechas de nacimiento e inicio de su vinculación con Telecom, no tienen esa condición, por lo que forzoso es concluir, que tampoco ostentan la calidad de beneficiarios de ninguna de las modalidades de pensión a las que alude la adenda, que aclara el art. 2° de la convención colectiva 1996-1997, que constituye el sustento jurídico de la respectiva pretensión.*****"*** (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Lo expuesto resulta suficiente para confirmar la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 8° Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones precedentemente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

(EN USO DE PERMISO)

OSVALDO TENORIO CASAÑAS

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 INES VARGAS GÓMEZ CONTRA CONTRUCTORES LEMUS S.A.S. (RAD. 09 2019 00513 01).

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado sin que las partes hayan presentado los alegatos de instancia, 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 demandada, contra la sentencia proferida por la Juez Novena Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de julio del 2021 (Cd. fl. 74, record 23:28, acta a fls. 76 y 77), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *que entre GLORIA INES VARGAS GOMEZ y CONSTRUCTORA LEMUS S.A.S existieron dos contratos de trabajo por la duración de obra o labor que se extendieron en su orden del 22 de noviembre de 2016 al 03 de mayo de 2017 y del 02 de junio al 04 de enero de 2018, en los que la activa se desempeñó como aseadora de construcción devengando un salario legal mensual vigente, por lo considerado.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la CONSTRUCTORA LEMUS S.A.S a pagar a GLORIA INES VARGAS GOMEZ los siguientes conceptos:*
>
> *a. $763.710 por concepto de cesantías.*
> *b. $41.144 por concepto de intereses a las cesantías.*
> *c. $763.710 por concepto de primas de servicios.*
> *d. $214.476 por concepto de vacaciones.*
> *e. $1.815.565 por concepto de sanción por no consignación de las cesantías del año 2016.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a la CONSTRUCTORA LEMUS S.A.S a pagar a GLORIA INES VARGAS GOMEZ por concepto de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo la suma de $26.041 pesos diarios desde el 15 de enero de 2018 hasta que se realice el pago completo de las prestaciones sociales insolutas, de acuerdo con lo indicado en la parte motiva de este fallo.*

> ***CUARTO:*** *Las COSTAS se van a cargo de la parte demandada, fíjense como agencias en derecho la suma $1.600.000 de conformidad con lo establecido en la parte motiva de este fallo.**”***

Inconforme con la sentencia, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación únicamente frente a la condena con indemnización moratoria en cuanto a que en su sentir no se aplicó de manera adecuada lo establecido en el artículo 65 del C.S.T., esto es, el termino oportuno que tenía la demandante para interponer o iniciar las acciones judiciales, precisando como la relación laboral se terminó el 4 de diciembre del 2018 el termino para accionar vencía el 5 de diciembre del 2020, por lo que aduce teniendo en cuenta el auto de admisión de la demanda no se cumple con dicho presupuesto y por tal razón no resulta procedente la condena de que trata ésta sanción (Cd. fl. 74, record: 25:21)[1]

Debe precisar la Sala si bien la demandante mediante correo electrónico del 20 de octubre del 2021 allega memorial solicitando la terminación por pago de la obligación, anexando un documento denominado “*Contrato de transacción civil”* (ver fls. 80 a 86), el suscrito mediante auto del 18 de enero del 2022 se abstuvo de impartirle aprobación a la solicitud efectuada, conminándola con el fin de aclarar su petición (fl. 87); sin embargo, la parte actora guardó silencio a éste requerimiento dentro del término otorgado, pero su apoderada en escrito del 10 de marzo del 2022 (fls. 88 y 89), solicitó no tener en cuenta el contrato de transacción manifestando que no se renunciaba a ninguna de las pretensiones, por lo que mediante proveído del 14 de marzo del presente año se admitió el recurso de apelación y se continuó con el trámite correspondiente (fl. 90).

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

CONSIDERACIONES

[1] “Su señoría haciendo aplicación al recurso de apelación me permito mediante la presente sustentarlo en los siguientes términos:

Al sentir de la parte demandada el despacho ha obviado señalar sobre el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en su parágrafo, en su numeral primero en el que se refiere al termino oportuno que tiene la demandante debió interponer o iniciar las acciones judiciales o debidas para hacer la reclamación de que el mismo artículo trata, de tal forma lo cierto seria su señoría que al petitorio viendo lo sucedido en el proceso, si bien es cierto la señora termina su relación laboral el día 04 de diciembre de 2018, esto significaría que el termino perentorio del que trata el mismo artículo seria hasta el día 05 de diciembre del 2020, de tal suerte que viendo la fecha de admisión del auto de la demanda encontraríamos que pues que no se cumple dicho presupuesto, y por tal motivo, no sería procedente realizar las condenas de que trata esta sanción.”

Constituyeron los anhelos del demandante en éste ordinario, las pretensiones incoadas a folios 14 y 15, **las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 13 y 14** aspirando principalmente se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 22 de noviembre del 2016 el cual se dio por terminado de manera unilateral el 3 de enero del 2018, en consecuencia se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por no consignación de las cesantías, indemnización moratoria y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró la existencia de dos contratos de trabajo por duración de la obra o labor el primero del 22 de noviembre del 2016 al 3 de mayo del 2017 y el segundo del 2 de junio del 2017 al 4 de enero del 2018 en los que la actora se desempeñó como aseadora de construcción devengando un salario mínimo mensual legal vigente, condenando al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, de tales contratos así como a la sanción por no consignación de las cesantías del año 2016, igualmente dispuso el pago de la indemnización moratoria en suma de $26.041 diarios a partir del 5 de enero del 2018 y hasta cuando se realice el pago completo de las prestaciones sociales insolutas. Lo anterior tras considerar, la Juez *a quo* que la demandante pese a solicitar la unidad contractual en el interrogatorio de parte aceptó que su labor se dio en dos momentos diferentes con dos obras distintas, aunado a no haber encontrado la Juzgadora continuidad en la prestación de sus servicios a favor de la accionada, condenando al pago de las acreencias solicitadas ante la ausencia de la prueba de su pago por parte de la demandada a la actora.

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

De tal manera, es claro que no existe controversia sobre la vinculación laboral del demandante con la pasiva, que se dio a través de dos contratos de obra o labor, como tampoco los extremos de la relación y el salario determinado por la Juez de

primer grado, en tanto tales aspectos no fueron objeto de reproche ante esta instancia.

En este sentido la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar la forma en que se debía liquidar la INDEMNIZACIÓN MORATORIA apelada por la parte demandada, para lo cual baste con recordar que justamente al no encontrarse acreditada la buena de la fe de la accionada por el no pago de las acreencias de la actora, la Juez *a quo* condenó a esta sanción en los términos del artículo 65 del C.S.T., el cual señala:

> "ARTICULO 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.
>
> <Artículo modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:>
>
> 1.<Aparte tachado INEXEQUIBLE. Para los trabajadores que devenguen menos de un (1) salario mínimo mensual vigente, continúa vigente el texto que puede leerse en los párrafos anteriores, para los demás casos el nuevo texto es el siguiente:> Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria ~~**o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial**~~, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.
>
> Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero."
>
> PARÁGRAFO 2o. **Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente**. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente.

Ya en el tema concreto objeto de apelación, considera oportuno la Sala precisar al apelante si bien en efecto la norma contempla un límite temporal para la indemnización moratoria esto es que por regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido debe pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses, debe tenerse en cuenta que la anterior disposición, según el parágrafo 2º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, solamente se aplica respecto de los trabajadores que **devenguen más de un salario mínimo mensual vigente.**

De este modo, como en el presente asunto la señora GLORIA INES VARGAS GÓMEZ devengó como último salario el mínimo establecido para el año 2018 (data de finalización del segundo vínculo laboral) tal como lo dispuso la Juzgadora de primer grado, sin que ello fuera objeto de reproche por la parte actora, tal precepto no le es aplicable, en tanto se reitera solo procede para aquellos trabajadores que devenguen más de un salario mínimo mensual legal vigente, por ende para este asunto se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 65 del C.S.T. sin modificaciones el cual señala:

> **ARTICULO 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.**
>
> <Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:>
>
> 1. Si *a la terminación del contrato*, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.[2]

En ese orden se encuentra acertada la decisión de la *a quo* al disponer que se debe cancelar a la demandante $26.041 diarios hasta que se le reconozcan las prestaciones debidas, se confirma por ende en este aspecto la sentencia de primera instancia.

En los términos anteriores, se agota la competencia del Tribunal, y habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por la *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS de la apelación a cargo de la parte demandada.

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

R E S U E L V E

[2] Corte Constitucional

- Aparte subrayado y en itálica declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-079-99 del 17 de febrero de 1999. Magistrada Ponente Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez.

- Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-710-96 del 9 de diciembre de 1996. Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía.

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 9 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO. - COSTAS de la apelación a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

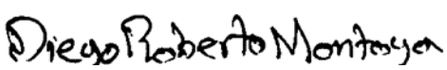
(EN USO DE PERMISO)

OSVALDO TENORIO CASAÑAS

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 AGENCIA FEPAS DE SEGUROS LTDA. CONTRA CAFESALUD EPS Y PROTECCION S.A. (RAD. 11 2019 00046 02).

Bogotá D.C., Veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por los apoderados de PROTECCION S.A. (folios 4 y 5) y la parte demandante (folios 10 a 13), 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 recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de octubre de 2021, juzgado que avocó conocimiento del proceso mediante auto del 16 de abril de 2021 *(archivo 019. audiencia art. 80, récord 1:00:14 acta archivo 020. Expediente virtual)*, en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: NEGAR*** *la totalidad de las pretensiones de esta demanda.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *en costas a la parte demandante AGENCIA FEPAS DE SEGUROS LTDA., en favor de la demandada, se fijan como agencias en derecho suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente".*

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Al efecto refirió, con las pruebas allegadas al proceso, lo que se busca es el reconocimiento de las incapacidades que de buena fe la sociedad pagó

durante el término del contrato del señor Henry Castiblanco Machete, a quien nunca se le dejaron de pagar las incapacidades. Afirmó, se encuentra acreditado en el proceso que la sociedad pagó no solo los salarios a su trabajador sino además, las incapacidades a fin de solventar su enfermedad y su familia, lo que se colige de las colillas de pago, que dan cuenta de la entrada de esos dineros en la cuenta del trabajador. Ello también lo demuestran las respuestas de CAFESALUD EPS en liquidación y AFP PROTECCIÓN, donde reconocen que adeudan dichas incapacidades. En ese orden, solicitó se haga una nueva valoración de las citadas documentales y a partir de ello se revoque la sentencia de primer grado *(archivo 019. audiencia art. 80, récord 1:00:49)*[1]

---

[1] **Apoderada demandante (1:00:49):** Una vez escuchado el fallo de primera instancia y manifestando precisamente pues la situación de la carga o de la carga dinámica de la prueba, manifestamos que no estamos de acuerdo con dicho fallo con base en las siguientes razones de hecho y de derecho: pues digamos que en el presente caso y con las pruebas allegadas al proceso dentro de la demanda lo que se busca o lo que se pretende en este caso es precisamente es el reconocimiento de esas incapacidades que de buena fe, mi poderdante pago durante los términos del contrato al señor HENRY CASTIBLANCO MACHETE, en este caso nunca se dejo de pagar ni un solo mes aquellas incapacidades precisamente con el fin de que el señor HENRY CASTIBLANCO y su familia tuviese un apoyo económico, y garantizar precisamente solventar su familia y su enfermedad, a pesar que continuaba afiliado a la entidad promotora de salud, que le brindó los servicios durante su enfermedad.

Ahora respecto a este tema partimos del principio, reitero señora juez, de la buena fe con las planillas de pago que se aportaron dentro del presente proceso, para que se, mejor dicho se demostró fehacientemente que si se realizó ese pago y se demuestra precisamente cuando CAFESALUD y cuando la AFP PROTECCIÓN, contestan directamente los derechos de petición presentados por el doctor, el señor HENRY CASTIBLANCO en su momento, realizando precisamente el cobro de aquellos dineros no solo faltantes, y dejados de pagar, sino aquellos que en su momento AFP PROTECCIÓN no canceló. Nosotros reiteramos como la Agencia FEPAS de seguros, realizamos un cobro de lo debido, actuamos bajo el principio de la buena fe, realizamos la consignación mes a mes no solamente de los salarios que durante la relación laboral se generaron con el señor HENRY CASTIBLANCO MACHETE, sino además, esas incapacidades precisamente para solventar reitero, su enfermedad y las situaciones de la familia del trabajo. Y ello queda debidamente demostrado en las pruebas que se allegan de las colillas de pago, son una prueba efectiva de que ese pago se realizó y se realizaba a la cuenta bancaria de nómina, que efectivamente se reporta dichas colillas, y esta la prueba que ese dinero entró a la cuenta del doctor HENRY CASTIBLANCO MACHETE.

Ahora, también lo demuestran las respuestas de los aquí los demandados, como lo son CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN y AFP PROTECCIÓN, donde efectivamente reiteramos, reconocen que se adeudan dichas incapacidades, que en ese momento tenían que haberse solventado y que no lo hicieron, en ningún momento la AGENCIA FEPAS DE SEGUROS realizaría un cobro efectivamente no pago, reiteramos, lo que se hizo fue precisamente fue darle protección y darle un acompañamiento al señor HENRY CASTIBLANCO y esto fue realizando efectivamente pagos mes a mes, no solamente de su salario cuando contó una, pues cuando contó con salud, sino además cuando llegó la contingencia de su enfermedad de origen común.

En virtud de lo anterior, y conforme a lo manifestado solicito se revoque la sentencia de primera instancia y se haga un análisis probatorio nuevo sobre las documentales arribadas al proceso, de tal manera que haya una nueva revisión por parte de la segunda instancia y se revoque la sentencia de primera instancia conforme a lo expuesto y señalado en el presente recurso de apelación. Muchas gracias.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la sociedad demandante las pretensiones relacionadas a folios 9 a 12 las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 13 a 16; solicitando se declare que la sociedad demandante incurrió con recursos propios en el reconocimiento de las incapacidades causadas por el señor Henry Castiblanco Machete; se condene a CAFESALUD EPS a pagar la suma de $8’377.107,oo por concepto de incapacidades mal liquidadas entre el 24 de enero de 2016 y el 23 de octubre del mismo año, de conformidad con el IBC reportado por la sociedad empleadora; se condene a PROTECCION S.A. a pagar a su favor la suma de $24’729.050, correspondientes a las incapacidades causadas por Henry Castiblanco Machete entre el 24 de octubre de 2016 y el 22 de marzo de 2017; se condene a las demandadas al pago de los intereses moratorios establecida para los tributos administrados por la DIAN, de conformidad con el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002; al pago de la indexación, lo ultra y extra petita y las costas del proceso. En subsidio de estas pretensiones solicitó se condene a CAFESALUD EPS a pagar la suma de $33’106.150, correspondientes a las incapacidades prescritas al señor Henry Castiblanco Machete, debidamente indexada y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia totalmente desfavorable a sus aspiraciones, pues la juez a quo, negó la totalidad de las pretensiones e impuso condena en costas a la parte demandante. Lo anterior tras considerar que la sociedad empleadora aportó los desprendibles de nómina de su trabajador, en los que se relacionan sumas por concepto de subsidio de incapacidad, con los que pretende demostrar que asumió el pago de dichos conceptos, sin embargo, a partir de esa documental no es posible constatar que en efecto, esos pagos se hayan efectuado al trabajador Henry Castiblanco Machete; dichos comprobantes fueron elaborados por la sociedad demandante y en ninguno se incorpora una señal de recibido por parte del trabajador ni tampoco los comprobantes de transferencias bancarias. Estimó,

ninguno de los medios de prueba aportados demostró que dichos pagos se hubieran efectuado. Señaló, en todo caso, tratándose de los mayores valores pretendidos, relativos al recobro de los subsidios de incapacidad en un 100% del ingreso base de cotización del trabajador, recordó que el porcentaje de liquidación de las incapacidades laborales depende la duración de la misma, recordando que por riesgo común nunca se reconoce el 100% del IBC, como si ocurre cuando el origen es profesional.

Conforme lo anterior 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).

Preliminarmente advierte la Sala, no es objeto de controversia en esta instancia, que entre AGENCIA FEPASDE SEGUROS LTDA. y HENRY CASTIBLANCO MACHETE existió un contrato de trabajo, que se extendió entre el 29 de mayo de 2015 y el 21 de marzo de 2017*,* fecha de fallecimiento del trabajador *(folios 29 a 33 y 72 archivo 001 Agencia Fepasde.pdf- expediente virtual).* Tampoco hay duda respecto al otorgamiento de las incapacidades médicas a favor del citado trabajador entre el 24 de enero de 2016 y el 21 de marzo de 2017 (fls. 75 a 84 *archivo 001 Agencia Fepasde.pdf- expediente virtual*), que Henry Castiblanco Machete estuvo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la EPS CAFESALUD y en pensión, de la AFP PROTECCION S.A. (folios 36 a 45 ibídem)

Precisado lo anterior, se tiene que el subsidio por incapacidad laboral en razón de una enfermedad no profesional, contenido en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993[2], constituye una prestación propia del sistema de seguridad social que busca amparar las contingencias surgidas con ocasión de perturbaciones en la salud de los trabajadores dependientes o independientes, lo cual está en consonancia con los

[2] *"**ARTÍCULO 206. INCAPACIDADES.** Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional<6> y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto."*

fines proteccionistas del derecho a la seguridad social, previsto en el artículo 48 de la Constitución Política.

A voces de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, las sumas de dinero reconocidas como subsidio por incapacidad vienen a sustituir el salario durante el lapso en el cual el trabajador se encuentra al margen de sus labores, constituyendo la garantía necesaria para que su recuperación transcurra de manera tranquila al no tener que preocuparse por la procura de los ingresos necesarios para el sostenimiento personal o de su grupo familiar, garantizando su subsistencia en condiciones dignas (artículo 53 de la Carta Política)[3].

Teniendo en cuenta el desarrollo normativo surgido con posterioridad al mencionado artículo 206 de la Ley 100 de 1993, el responsable del reconocimiento y pago de la referida incapacidad dependerá de la duración de la misma, así:

Si la incapacidad es menor o igual a 2 días, será asumido por el empleador (artículo 1° del Decreto 2943 de 2013[4]); si la incapacidad es mayor a 3 días y hasta el día 180[5], debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador siempre y cuando sea prórroga de otra, advirtiendo, las incapacidades se entienden prorrogadas cuando entre una y otra no existe un lapso mayor a 30 días y corresponden a la misma enfermedad[6].

---

[3] Sentencias CC T-490-2015, reiterada en la CC T-140-2016 y citada en proveído CSJ STL16504-2016, reiteradas en la SL1243 de 2020.

[4] Artículo compilado en el Artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016 "***ARTÍCULO 1.*** *Modificar el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual quedará así:*
PARÁGRAFO 1°. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.
En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.
Lo anterior tanto en el sector público como en el privado.".

[5] Ello en los términos del parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, modificado por el Decreto Reglamentario 2943 de 2013 y el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública".

[6] Artículo 13 de la Resolución 2266 del 6 de agosto de 1998, "*Por la cual se reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y Licencias de Maternidad en el Instituto de los Seguros Sociales.*": "*Se entiende por prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a treinta (30) días calendario."*

A partir del día 181 de incapacidad ininterrumpida y durante 360 días más, es decir hasta el día 540, estarán a cargo del fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador, si existe concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, periodo durante el cual se deberá tramitar la calificación de invalidez, sin que el concepto desfavorable de rehabilitación emitido por la EPS implique la suspensión de los pagos, pues este se suspende únicamente por la reincorporación a la vida laboral o por la calificación de invalidez (sentencia T-008 de 2018 y artículo 142 del Decreto-Ley 19 de 2012).

En este punto es importante anotar que la EPS debe examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación, el cual debe ser enviado a la administradora de fondo de pensiones antes del día 150 de incapacidad, según lo prevé el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, de no cumplirse con dicha carga, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181 y subsistirá la obligación a su cargo hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.

Con relación a quien es el responsable del pago de las incapacidades causadas después del día 540, dicho interrogante lo resuelve el artículo 67 inciso segundo, literal A de la ley 1753 de 2015, así.

> *"Estos recursos (los que administra la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES) se destinarán a:*
>
> *a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud,* ***incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos****. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades".*

La norma anterior, evidencia que el pago de las incapacidades generadas con posterioridad a los 540 días continuos debe ser asumido por la EPS, que a su vez podrá reclamar ante la ADRES el reembolso de los pagos realizados por tales conceptos. Así lo expuso la Corte Constitucional en sentencia T-144 de 2016:

"*Teniendo presente esta nueva normativa, es claro que en todos los casos futuros; esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la Ley –9 de junio de 2015–, el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar lo normado. Como se puede observar en la norma transcrita,* ***el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.*****".**

Más adelante, en la sentencia T-401 de 2017, la Corte Constitucional, en cuanto a las incapacidades laborales posteriores a 540 días señaló:

"34. En consonancia con el cambio normativo que se produjo con la introducción de la Ley 1753 de 2015 en el ordenamiento jurídico, las Salas de Revisión de esta Corporación han obedecido este mandato legal y han aplicado la disposición que, con claridad, asigna a las EPS la responsabilidad en el reconocimiento y pago de las incapacidades que se prolongan más allá de los 540 días.

35. De este modo, en la sentencia **T-144 de 2016**[7], la Sala Quinta de Revisión estudió el caso de una ciudadana que sufrió un grave accidente de tránsito, el cual ocasionó que fuera incapacitada por más de 540 días. Sin embargo, se dictaminó que la tutelante tenía un porcentaje de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, por lo cual no cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, pese a que continuaba en incapacidad médica.

En este caso, la Corte concluyó que la obligación de reconocer y pagar las incapacidades posteriores al día 540 estaba a cargo de las EPS, en virtud de la Ley 1753 de 2015. En tal sentido, estableció tres reglas para la aplicación de este mandato que, en términos generales, son las siguientes: (i) existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%; (ii) el deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y (iii) la referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad[8].

36. Posteriormente, mediante la sentencia **T-200 de 2017**[9], la Sala Novena de Revisión se pronunció en relación con dos procesos de tutela acumulados y amparó los derechos de cada uno de los accionantes. En ambos casos, se habían prescrito incapacidades ininterrumpidas que sumaban más de 540 días sin que los actores pudieran acceder a una

[7] Sentencia T-144 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[8] Sentencia T-144 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Cabe anotar que la identificación de las tres reglas establecidas por la citada providencia fue llevada a cabo por la sentencia T-200 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amarís).
[9] Sentencia T-200 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

> pensión de invalidez, pues en el primer caso el porcentaje de pérdida de capacidad laboral era inferior al 50% y en el segundo el actor ni siquiera había sido calificado[10].
>
> En el citado fallo, la Corte Constitucional entendió que *"la regla actual de incapacidades que superan 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, es que deben asumirlas las EPS"*[11]. De este modo, consideró que mediante la Ley 1753 de 2015 se superó el déficit de protección que había sido evidenciado por la jurisprudencia constitucional anterior a su vigencia[12]."

En ese orden, es claro, el pago de incapacidades médicas laborales por enfermedad de origen común está a cargo del empleador los dos primeros días y de la EPS entre los días 3 y 180. A partir del día 181 y hasta el día 540, dichos pagos están a cargo de la Administradora de Pensiones y nuevamente, a partir del día 541, dichos costos vuelven a corresponder a la EPS, sobre los cuales podrá solicitar el respectivo reembolso ante la ADRES conforme las previsiones legales a que se ha hecho referencia, con independencia de la fecha en la que se hayan generado las incapacidades.

En ese entendido, junto con la demanda se aportaron al expediente comprobantes de pago expedidos por la demandante AGENCIA FEPASDE SEGUROS LTDA. (fls. 46 a 70 *archivo 001 Agencia Fepasde.pdf- expediente virtual*), en los que se incorporan como conceptos de pago los auxilios por incapacidad general, documentos, que fueron generados por la sociedad demandante y en los que no consta firma del trabajador u otra señal del pago efectivo de dicho concepto.

La recurrente afirma que obran certificaciones expedidas por las demandadas CAFESALUD y PROTECCIÓN, en las que aceptan adeudar a la sociedad, sumas por concepto de las referidas incapacidades. Sin embargo a folio 94 *archivo 001 Agencia Fepasde.pdf- expediente virtual*, obra documento emitido por PROTECCIÓN del que simplemente se colige, la parte demandante no efectuó una solicitud formal de pago de las incapacidades, ni aportó la documental indonea para el efecto. En su parte pertinente, señala:

[10] Sentencia T-200 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís.
[11] Sentencia T-200 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís.
[12] Sentencia T-200 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

Protección
Pensiones y Cesantías

Medellín, 22 de diciembre de 2016

Radicado No. CAS-4635835-G2T6Z5

Señor
HENRY CASTIBLANCO MACHETE
Carrera 20 # 134A – 15 AP 405
Bogotá D.C.

Asunto: Respuesta Derecho de Petición

Reciba un cordial saludo de Protección S.A.

De manera atenta brindamos respuesta al requerimiento presentado por usted, mediante el cual no solicita reconocer el subsidio de incapacidades e información sobre el trámite de calificación.

Al respecto, le informamos que Protección S.A. como administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías está sometida al imperio de la Ley y como tal sólo puede reconocer las prestaciones económicas que cumplan con los presupuestos establecidos por el legislador, previa solicitud por parte de quien pretende el pago de cualquiera de las prestaciones señaladas en la normatividad aplicable al caso concreto.

Por lo tanto, para que esta Administradora pueda proceder con el pago del subsidio de incapacidades o calificación, debe existir una solicitud formal radicada en nuestra administradora, pues si bien recibimos el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, su poderdante aun aún no realiza el trámite.

Es por esto, que le sugerimos comunicarse a la línea de atención al cliente 7444464 en el horario de atención de Lunes a Viernes de 07:30 am a 08:00 pm y Sábados de 8:00 am a 1:00 pm., o acercar a una de nuestras oficinas de servicio.

En ese orden, contrario a lo afirmado por la apelante, no existe la documental a que alude, en que las demandadas acepten adeudar las sumas que por concepto de auxilio de incapacidades se reclama en la demanda.

Además de los referidos comprobantes, no se adosó ningún otro medio de prueba que permita acreditar que efectivamente la actora efectuó el pago de los auxilios de incapacidad a favor del señor Henry Castiblanco Machete, como extractos bancarios del trabajador, o constancias bancarias de la transferencia de fondos.

Visto está, la citada documental no permite constatar el pago de las incapacidades por parte de la sociedad convocante, luego su afirmación en este sentido no fue respaldada por ninguna herramienta de acreditación, carencia demostrativa que en el caso de marras, impide acceder a lo pretendido por la parte actora.

Así las cosas, se trata pues del tema de las cargas, respecto del cual conviene recordar que no se trata de obligaciones que se deban exigir, sino que son

actividades procesales que deben llevar a cabo las partes para no verse perjudicadas a lo largo del proceso. La carga de la prueba es una de ellas, es decir, si no se cumple la actividad probatoria sobrevienen consecuencias desfavorables.

De este modo, conforme a los artículos 1757[13] del C.C. y 167[14] del C. G del P. por regla general sobre cada parte pesa la carga de probar sus afirmaciones; ya sea que en ellas se funde su acción o su defensa, pues quien invoca la aplicación de una norma que lo favorece, debe demostrar los supuestos de hecho de la norma cuyo efecto persigue.

Correspondía entonces a la sociedad demandante, aportar pruebas de sus afirmaciones, máxime si se trata del requisito esencial para la procedencia de sus anhelos ya que es la parte actora y no su contraparte quien tiene interés jurídico en que resultaren probados los hechos de la demanda, quedando 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, iterando que en el caso de marras no se encuentran acreditados la totalidad de los requisitos legales para la procedencia del reembolso de las incapacidades peticionadas, se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

[13] "*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta"*

[14] "*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*".

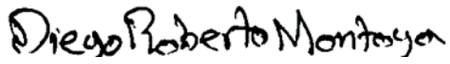
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR **L**a sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

(EN USO DE PERMISO)

OSVALDO TENORIO CASAÑAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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 MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOHANNA BETANCOURT RODRÍGUEZ CONTRA ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS -ESIMED- (RAD. 11 2019 00198 01).

Bogotá D.C. veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y sin que se hubieran presentado los alegatos de instancia por las partes (fl. 225), 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 curadora *ad litem* de la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de septiembre de 2021 (Cd fl. 138, record: 31:15), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que entre la ciudadanía JHOANA BETACOURT RODRIGUEZ identificada con la Cédula de ciudadanía N° 52.481.268, la persona jurídica de derecho privado ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICA S.A – ESIMED, existió un contrato de trabajo vigente entre el 15 de agosto del año 2007 y el 11 de febrero del año 2019, en virtud del cual aquí demandante BETANCOURT RODRÍGUEZ desempeñó como último cargo el de auxiliar administrativa, recibiendo una remuneración igual a $ 1.014.470, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva el presente proveído.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la sociedad demandada ESIMED S.A a reconocer y a pagar en favor de la que demandante BETACOURT RODRIGUEZ el pago de aportes para pensión en el periodo comprendido entre el 3 septiembre del año 2018 al 11 de febrero del año 2019, que deberán ser consignados al fondo de pensiones al cual se encuentra afiliada la aquí demandante, teniéndose como un ingreso base de cotización, la suma de $ 1,014,447. Así mismo deberá sufragar los intereses moratorios que trata el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

> ***TERCERO: CONDENAR*** *a la sociedad ESIMED S.A a pagar a favor de aquí demandante JHOANA BETACOURT RODRIGUEZ, las sumas de dinero que a continuación se relacionan y por los siguientes conceptos:*
> *a) la suma de $1,130,007, por concepto de cesantías causadas durante el periodo comprendido para los años 2018, y la fracción del año 2019., intereses a las cesantías con los mismos periodos por la suma de $123,315, por concepto de primas de servicio para los años 2018 y la fracción del 2019 $622,772.*
>
> *d) $ 510,962 por concepto de vacaciones.*
>
> *e) la suma de $ 33,816 diarios, desde el 11 de febrero del año 2019 y hasta el 11 de febrero del año 2021, fecha para la cual empezará a reconocer y pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, certificados por la Superintendencia financiera y hasta tanto se verifique el pago de las prestaciones sociales, que dan lugar a la condena de esta indemnización.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR*** *a la SOCIEDAD DE ESTUDIOS INVERSIONES MÉDICAS S.A a reconocer y pagar a favor de la demandante JOHANA BETANCOURT RODRÍGUEZ, el pago de la indemnización por despido sin justa causa por la suma de $8,048,119, de conformidad con los argumentos expuestos la parte motiva esta sentencia.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR*** *en costas a la parte demandada se ordena señalar la suma de $1.000.000 por concepto agencias en derecho, por secretaría liquídense las mismas y de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal esbozados en la parte motiva de esta providencia.''*

El apoderado de la parte demandante eleva solicitud de sentencia complementaria ante la falta de pronunciamiento sobre de la pretensión relacionada con el pago de salarios del 1° de noviembre del 2018 al 11 de febrero del 2019 (Cd. fl. 138, record: 34:36)[1], petición a la cual accede el Juez de primer grado condenando a ESIMED a pagar la suma de $1.014.713 correspondiente al último salario de la demandante por los periodos del 1° de noviembre del 2018 al 11 de febrero del 2019 (Cd. fl. 138, record: 40:36)[2]

---

[1] **Apoderado demandante (Record: 34:36):** Gracias su señoría con fundamento en lo dispuesto por el artículo 287 del Código General del proceso aplicable por analogía a este tipo de asuntos, conforme a lo dispuesto por el artículo 145 del Código de procesal laboral y de Seguridad Social, en conexidad del artículo 1 del Código General del Proceso solicitó a su señoría se profiera una sentencia complementaria. En virtud que en relación con las pretensiones de la demanda, este despacho, si bien es cierto, declaró la existencia de un contrato de trabajo no es menos cierto que en relación con las pretensiones de la demanda, no se pronunció respecto al numeral segundo de las pretensiones de condenatorias, esto es, que se condene a la sociedad demandada ESTUDIOS, E INVERSIONES MÉDICAS – ESIMED, a pagar a la demandante los salarios correspondientes entre el 1 de noviembre del año 2018 al 11 de febrero del año 2019, con base en lo expuesto de manera comedida y respetuosa solicitó despachos se profiera una sentencia complementaria, en el sentido de que se haga alusión a esta pretensión que se indicó en el numeral segundo de las pretensiones condenatorias. En ese sentido, solicitó se haga una sentencia complementaria su señoría, gracias.

[2] **Juez (Record: 40:36):** Procede entonces el despacho, en primera medida emitir pronunciamiento respecto de la solicitud de sentencia complementaria procurada por el apoderado judicial de la demandante, efectivamente revisado el expediente físico a folio 6, folio 7 del expediente digital se observa que la segunda petición condenatoria da cuenta del reconocimiento de pagos y salarios, para el termino comprendido entre el mes de septiembre del año (sic), 1 de noviembre del año 2018 y hasta el 11 de febrero del año 2019.

Inconforme con la decisión la CURADORA AD LITEM de ESIMED S.A., apela la sentencia proferida en tres puntos concretos así:

En cuanto a la modalidad del contrato, expresa no encontrarse de acuerdo con lo definido por el Juez de primer grado de modificar la naturaleza del mismo pasando de término fijo a término indefinido, señalando los contratos de trabajo, no mutan por sí solos y para que exista una modificación debe existir la voluntad de las partes, la cual brilla por su ausencia dentro del plenario, por lo que ha de declararse que el contrato de trabajo fue a término fijo, solicitando revocar la declaratoria efectuada por el a quo.

En cuando a las condenas impuestas señala que dentro del plenario no obra prueba de los valores que se están solicitando, indicando que para que se fulmine condena debe existir la prueba respecto de los valores, reiterando la demandante no aporta ninguna prueba sobre ello, asegurando al Juez no le es dable callar cuando no existen elementos de prueba suficiente.

Finalmente, respecto de la terminación del contrato sin justa causa aduce que con la existencia de la citación a descargos y la carta de terminación donde se le indicó de forma clara a la demandante las obligaciones incumplidas se demuestra tal incumplimiento, por lo que en su sentir se debe revocar la

---

Entonces adicionamos más que complementar, adicionar la parte emotiva señalando o indicando que ese tipo de pretensiones como se indicó a lo largo de la providencia, pues está encabeza la parte demandada, la que tiene la obligación de demostrar que cumplió con su obligación legal, salario, que es la contraprestación directa del servicio que realiza el trabajador, no observándose entonces prueba alguna que acredite el pago de dichos salarios para este, para el periodo comprendido entre, para la mensualidad, desde el 1 de noviembre del año 2018 y hasta el 11 de febrero del año 2019, pues se deberá emitir condena al respecto y ordenar, teniendo en cuenta entonces como se indicó el último salario que se tiene por acreditado y probado dentro del trámite procesal para todo este interregno, si sea el año 2018 no se cuenta como prueba alguna que cuenta el salario para estar anualidad.

Entonces, en virtud de lo anterior, se va a ordenar que se deba pagar la suma de $ 1.014.633 salario del último salario acreditado por la aquí demandante. Adicionalmente, (inaudible) numeral el literal F en el sentido de indicar que sufragada la demanda (inaudible) $ 133 por los periódicos (sic) de manera mensual y por el periodo comprendido de noviembre, del 1 de noviembre del año 2018 y hasta el 11 de febrero del año 2019. En estos términos entonces que ha complementado o adicionado la sentencia emitida por el despacho.

La misma se les notifica a las partes en estrados, previo pronunciamiento respecto al recurso de apelación presentado y sustentado por la apoderada de la parte demandada, perdón por la curadora ad litem que representa los intereses de la parte demandada.

Apoderado demandante (Record: 43:09): Sin recurso alguno su señoría, conforme con la decisión. Gracias.

condena, pues el despido se dio bajo los presupuestos del reglamento interno de la empresa y lo señalado en el artículo 62 del C.S.T. (Cd. fl. 138, record: 35:58)[3]

Frente a la sentencia complementaria –*condena al pago de salarios adeudados*- la curadora *ad litem* no interpuso recurso de apelación[4].

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

---

[3] "Gracias Señoría estado dentro de la oportunidad procesal oportuna me permite interponer recurso de apelación frente a la sentencia proferida por su despacho en los siguientes términos.

Respecto su señoría de la condena a mi representada de modificar la naturaleza del contrato de trabajo pasando de término fijo a término indefinido. Su señoría es claro que las relaciones laborales, exactamente los contratos de trabajo, no mutan por sí solos su Señoría es claro que para que exista una modificación en cuanto a la, en cuanto a la condición contractual debe existir la voluntad de las partes, brilla por su señoría dentro de todo el plenario un documento que certifique que la voluntad de las partes será modificar el contrato de trabajo a término fijo, si bien su Señoría a folio, a folio (sic) 33 del paginario manual existe otro si, en este nos indicó nada respecto de la naturaleza del contrato de trabajo, es decir, que en este punto el contrato de trabajo seguía siendo a término fijo, por lo tanto, a solicitar los honorables magistrados se revoque la condena proferida en cuanto al contrato que modificó que fue modificado a término indefinido, dejándolo a término fijo como se estipuló desde el inicio de la relación contractual.

Ahora bien, su señoría, respecto de las condenas fulminadas, esto es, de cesantías e intereses de la cesantías y vacaciones y demás fulminadas dentro del fallo proferido, es claro su señoría, que si bien no se ejerció por parte de la compañía ESIMED un ejercicio correcto de la defensa, no es menos cierto su señoría, que dentro del plenario no obra prueba alguna de los valores que se está solicitando, es claro su señoría que tiene que existir para que se fulmine condena pruebas respecto de los valores, la parte demandante no aporta ninguna prueba sobre este aspecto. Por lo tanto, conforme al artículo 167 del Código General del proceso, aplicable por vía remisoria en materia laboral por el 145 y el numeral 1 y el artículo 1 del Código General del Proceso, al juez no le es dable callar cuando no existen los elementos de prueba suficiente, pues no se deben imaginar las pruebas que no fueron aportadas dentro del acervo probatorio.

También su señoría frente al punto de la de la terminación del contrato sin justa causa, es claro su señoría que si bien la compañía ESIMED no contestó la demanda y no ejerció correcta, la correcta defensa dentro de las pruebas aportadas por la parte demandante, existe la citación a los descargos, a la citación de la diligencia de descargos que se encuentran a folio a 34 - 37 del paginario manual, en la cual se le indicó de forma clara a la trabajadora las obligaciones y las obligaciones que está bien incumplir, es claro su señoría que esta forma, si existe una comunicación expresa respecto de las obligaciones y de los incumplimientos que la trabajadora incumplió, valga la redundancia frente a la terminación del contrato.

Igualmente, dentro del de las pruebas aportadas por parte del demandante, la demandante a Folio 38 – 45 del paginario manual, está la terminación de contrato sin justa causa en la en la cual se expone de forma clara cuáles fueron las obligaciones incumplidas y se logra demostrar que existió tal incumplimiento. Por lo tanto, es que se debe revocar la condena frente a la terminación del contrato sin justa causa, pues ésta se dio bajo los presupuestos del artículo 62 del Código sustantivo de trabajo, siendo esta una terminación legal, bajo los presupuestos de los incumplimientos al reglamento interno de trabajo que tenía la empresa y los incumplimientos contemplados en el Código sustantivo de trabajo. Por lo tanto, solicito se revoque en estos aspectos la sentencia, muchas gracias Señoría. Y de esta forma, dejo sustentado mi recurso de apelación."

[4] **Curadora ad litem (Cd. fl. 138 Record 43:15):** Gracias su señoría respecto de la adición de la sentencia sin manifestación.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante JOHANNA BETANCOURT RODRÍGUEZ en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones de la subsanación de la demanda (*folios 55 y 56*), **los cuales encuentran sustento en los hechos descritos en el libelo (*folios 52 a 55)*** solicitando se declare fue despedida de manera injusta en consecuencia se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, a los salarios adeudados del 1° de noviembre del 2018 al 11 de febrero del 2019, prima de servicios (segundo semestre del 2018 y 2019), cesantías e intereses sobre las cesantías (2018-219), indemnización de perjuicios por la no entrega de dotaciones (de todo el tiempo laborado), pago de cotizaciones a pensión, salud y riesgos profesionales (de septiembre del 2018 al 11 de febrero del 2019), indemnización moratoria, perjuicios morales causados por el despido, indexación de las obligaciones laborales, derechos *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[5] entre la demandante y ESIMED S.A. entre el 15 de agosto del 2007 al 11 de febrero del 2019, en virtud del cual desempeñó el cargo de auxiliar administrativa recibiendo una remuneración de $1.014.470, ordenando el pago de aportes a pensión de septiembre del 2018 a febrero del 2019, cesantías, intereses, primas de servicio, vacaciones adeudadas del 2018 y 2019, salarios adeudados de noviembre de 2018 al 11 de febrero del 2019 e indemnización por despido sin justa causa, absolviendo de las demás pretensiones incoadas. Lo anterior tras considerar que conforme a la certificación laboral aportada con la demandada se pudo establecer la modalidad del contrato a término indefinido y los extremos, en cuanto al salario señala que al tenerse pro no contestada la demandada por parte de ESIMED se tendría por cierto el hecho 9 donde se indicó que el salario correspondía a $917.438 más $97.032 por subsidio de transporte.

Condenó al pago de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión reclamados ante la falta de prueba de su pago. Frente a la indemnización por despido adujo su procedencia en atención a que la demandada no comprobó las

[5] Fue señalado en la parte motiva de la decisión más no en la resolutiva.

justas causas alegadas, expresando los descargos que se encuentran en el plenario no acreditan la presunta falta que se le endilgó a la actora y con relación a la indemnización moratoria, señaló no haberse acreditado una razón valedera en la omisión del empleador para el pago de los derechos laborales de la demandante.

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

Así las cosas, previo a analizar de fondo los motivos expuestos en la alzada, es menester precisar, que no fue motivo de controversia: i) Los extremos laborales de la relación, esto es, del 15 de agosto del 2007 al 11 de febrero del 2019, ii) El cargo desempeñado de AUXILIAR ADMINISTRATIVA iii) El salario de $1.014.470 establecido por el Juez *a quo* y iv) que la empleadora la despidió el 11 de febrero del 2019.

En ese orden y teniendo en cuenta los antecedentes procesales relacionados, se definirá como problema jurídico que debe desatar esta Sala, la modalidad contractual que unió a las partes, la procedencia de las condenas impartidas y determinar si la terminación del contrato de trabajo de la demandante estuvo precedida de una justa causa.

En esta dirección, aborda entonces la Sala el estudio del presente asunto, a efectos de establecer la **modalidad de contrato** que rigió a las partes respecto al término de duración, advirtiéndose conforme se evidencia de los folios 29 a 33 del plenario luce evidente que la señora BETANCOURT RODRÍGUEZ y ESIMED suscribieron el 15 de agosto del 2007 un CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO FIJO INFERIOR A UN AÑO -del 15/08/2007 al 7/11/2007-, el cual fue objeto de prorrogas hasta la data de su finalización -11 de febrero del 2019- pues así lo señala expresamente la demandante en su libelo cuando indica en el hecho No.4 “*El contrato se prorrogó por tres (3) periodos iguales”* (fl. 52), coligiendo la Sala de las pruebas obrantes en el plenario, se evidencia que la

voluntad de las partes desde el principio de la relación laboral, fue suscribir un contrato de trabajo a término fijo, recordándose aunque no fue objeto de apelación, que no es posible afirmar que se modifica o varía la modalidad del mismo por las prórrogas acaecidas, pues si bien su renovación puede ser indefinida, ello no quiere decir, que por el solo hecho de la renovación cambie la naturaleza del contrato, esto es, que una vez renovado se convierta en contrato indefinido, pues ello dependerá del acuerdo de voluntades, las cuales en el marco de las disposiciones de ley que rijan la materia, podrán optar por la modalidad que más les convenga, situación que en autos ni se solicitó por la actora como pretensión como tampoco se acreditó (unidad contractual o modificación de la modalidad contractual).

Sobre este aspecto pueden consultarse las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral SL 2217 del 2020[6], Rad. No. 75174 del 8 de julio del 2020 y la SL 5262 del 2021[7], Rad. No. 87057 del 29 de septiembre del 2021.

---

[6] "*Explicó que, dentro de las modalidades del contrato de trabajo, en cuanto a su duración, se encuentra el vínculo a término fijo, consagrado en el artículo 46 del CST, subrogado por el artículo 3° de la Ley 50 de 1990, que dispone que «el contrato de trabajo por dicho término debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a 3 años, pero es renovable indefinidamente»*.

En cuanto a la viabilidad de que el contrato a término fijo se pudiera «prorrogar indefinidamente», dijo que la Corte Constitucional, consideró que:

> *[…]…el principio de la estabilidad en el empleo no se opone a la celebración de contratos a término definido. Las relaciones laborales no son perennes o indefinidas, pues tanto el empleador como el trabajador, en las condiciones previstas en la ley y en el contrato tienen libertad para ponerles fin. La estabilidad, por lo tanto, no se refiere a la duración infinita del contrato de trabajo, de modo que aquélla se torne en absoluta, sino que, como lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, ella sugiere la idea de continuidad, a lo que dura o se mantiene en el tiempo. Bajo este entendido, es obvio que el contrato a término fijo responde a la idea de la estabilidad en el empleo, porque aun cuando las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad determinan libremente, acorde con sus intereses, las condiciones de la durabilidad de la relación de trabajo, ésta puede prolongarse indefinidamente en el tiempo, más a[ú]n cuando se da la circunstancia de que subsiste la materia del trabajo y las causas que le dieron origen al contrato. […]*

Concluyó que de acuerdo con el artículo 46 del CST, modificado por la Ley 50 de 1990, y con la interpretación constitucional reseñada, la renovación o prórroga indefinida del contrato a término fijo, no lo convierte a indefinido, *si acaso, ello es posible, cuando las partes así lo dispongan antes de generarse la tácita reconducción o en el momento de su finalización, pero mientras ello no ocurra, la ocurrencia de los hechos acorde con la norma no permite inferir el cambio o modalidad contractual."*

[7] ***"Es así como la naturaleza del contrato a término fijo no cambia por el hecho de que se prorrogue varias veces****, (Ver CSJ SL, 25 sep. 2003, rad. 20776; CSJ SL, 5 may. 2006, rad. 27034); y que su culminación por el vencimiento del plazo fijo pactado no se equipara al despido sin justa causa, en cuanto esa causal constituye un modo legal de terminación con arreglo a lo previsto en el artículo 61 del CST. (entre otras, ver las siguientes sentencias CSJ SL, 25 sep. 2003, rad. 20776; CSJ SL, 10 may. 2005, rad. 24636; CSJ SL, 27, abr. 2010, rad. 38190; CSJ SL, 8 feb. 2011, rad. 37502, SL15610 de 2016).*

De otra parte, también ha dicho la jurisprudencia que tal y como lo señaló el juez de apelaciones se trata de una modalidad contractual que la misma Corte Constitucional ha encontrado ajustada a la Constitución

Ahora bien, aunque al expediente se incorporó una certificación laboral emitida por ESIMED S.A. el 14 de febrero del 2019 (fl. 28), en la que se hace constar que la trabajadora "*laboró en esta entidad desde el 15 de agosto de 2007 al 11 de febrero de 2019 desempeñando el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO, con contrato a término INDEFINIDO",* la cual, en principio podría reputarse idónea para acreditar que, la demandante mantuvo una sola relación laboral que la ató a la sociedad demandada, por ser un documento proveniente del empleador y no haber sido desconocido ni tachado de falso; lo cierto es que, pese a que jurisprudencialmente se ha conceptuado que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse como ciertos, paralelamente también se ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida[8] y ello fue lo que aquí ocurrió, ya que, con independencia de las razones que motivaron la emisión de tal certificación, armonizado su contenido con los demás medios de convicción, los cuales fueron valorados bajo las reglas de la sana crítica por esta Sala de Decisión, se advierte tal afirmación expuesta en la misiva fue desvirtuada con la suscripción del contrato a término fijo atrás referido, precisándose según el principio de la primacía de la realidad, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos, iterándose en todo caso la propia accionante es quien refiere en la demanda que su contratación lo fue a término fijo.

Razones por las cuales en este punto se accede a lo solicitado por la apelante, estableciendo que la demandante estuvo vinculada con ESIMED a través de un contrato a **término fijo** y no a término indefinido como se sostuvo en primera instancia en la parte motiva de la decisión, adicionándose este aspecto en la parte resolutiva del fallo apelado.

Por otro lado, y en cuanto a la réplica expuesta frente a las **condenas impuestas**, baste con señalar a la impugnante su exposición de motivos no hace referencia al valor ni a la forma en que se liquidaron las mismas, como tampoco al salario que se tuvo en cuenta por el Juzgador iniciar para realizar las

CSJ SL15610- 2016)."

[8] SL2600-2018.

operaciones aritméticas, dirigiendo su alzada únicamente en cuanto a que la actora no acreditó los valores que se le adeudaban, frente a lo cual baste con señalar los motivos de inconformidad tratan más bien de negaciones indefinidas que a voces del artículo 167 del C.G.P. no requieren prueba y, en ese orden, de acuerdo con las reglas generales sobre la carga de la prueba, el peso probatorio se invirtió, correspondiéndole en este caso a la demandada ESIMED probar el supuesto de hecho contrario, esto es, que sí cumplió de manera periódica con sus obligaciones legales y contractuales, lo cual no ocurrió y por esa razón el Juez de primer grado condenó al pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones y aportes a pensión, con lo cual se encuentra conforme esta Colegiatura. Se confirman tales condenas, con las precisiones expuestas, esto es, que no se mostró inconformidad en relación con el salario tomado para la liquidación, ni las sumas a las que fue condenada la pasiva.

Finalmente, y respecto de la **indemnización por despido sin justa causa,** conviene memorar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., "*En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (…)*" por manera que, la terminación del contrato de trabajo corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en aquellos casos en los cuales se incumpla, por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

Por su parte, el parágrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que "*La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos*", advirtiendo entonces que, al trabajador le basta probar el hecho del despido, **correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa**[9].

De tal suerte, como se anunció al inicio de éste proveído, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte

[9] Sentencia 28 de Julio de 2021, radicado **SL-3482 de 2021** Magistrada Ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo *"(…) El empleador tiene la carga de probar la ocurrencia de los motivos aducidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral, por lo que es necesario que se complemente con otros medios de convicción -la carta de despido es el mero acto formal mediante el cual el empleador comunica al trabajador la decisión de terminación, sus causas y fundamentos."*

de la demandada mediante comunicación calendada 6 de febrero del 2019 (fls. 38 a 45), la cual fue entregada a la actora el 11 de febrero del 2019 según se advierte de la rúbrica y nota de recibido que se observa a folio 45 del expediente.

En dicha misiva, se señalaron como causas del despido las siguientes:

II. HECHOS

1. El día 18 de diciembre de 2018, en las instalaciones de la Clínica Norte de Esimed S.A., se extraviaron activos (2 televisores) al momento en el que se estaba llevando acabo el traslado de los mismos a la Clínica JPC.
2. El día 19 de diciembre de 2018, usted le indico a su jefe inmediato la Dra. Rosaura Gómez que se había acercado en horas de la mañana al CAFI Puente Aranda, cuando usted tenía una directriz clara y expresa de no presentarse a esa sede sino hasta en horas de la tarde y por el contrario en horas de la mañana debía presentarse en la clínica JPC lugar al cual nunca llegó.
3. Durante la mañana del 19 de diciembre en la que usted se encontraba en el CAFI Puente Aranda, le indica a la Dra. Rosaura Gómez que se acercó un tercero a dejar en esta sede dos televisores y con posterioridad usted decidió recibirlos, sin confirmar el nombre de la persona que los había enviado, ni las placas del vehículo y datos relevantes de la persona que los entregó, únicamente informó que era un taxi de los amarillos.
4. El mismo día su jefe inmediata decidió verificar la información por usted dada, comunicándose con la empresa de seguridad y vigilancia, la cual indica una versión diferente, en la que dice que usted dio la directriz al guarda de no dejar anotado ni las placas del vehículo ni el nombre del tercero que se acercó a dejar los activos.
   Aunado a lo anterior, en la versión dada por el guarda de seguridad se indica que se acercó un vehículo gris, de placas amarillas, es decir un carro particular y le entregó los televisores, que el celador iba a proceder a realizar las gestiones del caso y usted le indicó que no era necesario que no dejara escrito nada.
5. El día 27 de diciembre de 2018, se informa al área Biomédica que usted presuntamente dio a guardar un equipo (desfibrilador) al señor Guillermo encargado de mantenimiento de la clínica JPC, sin haber recibido directriz de sus jefes inmediatos o algún directivo de la compañía.

Conforme a ello, es claro, lo que motivó el despido de la convocante fue, en términos generales, el incumplimiento de las labores que le competían como integrante de ESIMED, ante la falta de diligencia y cuidado con la recepción de los activos de la Clínica Norte de Esimed (2 televisores) como también de dejar bajo custodia y vigilancia de una persona no capacitada un equipo biomédico –desfibrilador-.

Ahora en la parte final de dicha misiva se indicó que la decisión de despido se soportaba en lo dispuesto el artículo 58 del CST numeral primero, precepto que dispone:

> ***ARTICULO 58. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL TRABAJADOR.*** *Son obligaciones especiales del trabajador:*

> *1a. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.*
> *4a. Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros.*
> *5a. Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes o evitarle daños y perjuicios."*

De acuerdo a ello, es preciso tener en cuenta para la aplicación del artículo 62 de tal codificación pueden presentarse dos eventos: i) la gravedad que debe ser calificada por el juez, cuando se aleguen las faltas establecidas en los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo y ii) la existencia de situaciones que ya se calificaron como "graves" en los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, lo que de contera constituye una justa causa para dar por terminado el contrato.

Razón por la cual si constata que las partes de manera pretérita determinaron como "grave" las conductas señaladas en el contrato, al Juez solo le resta verificar si ocurrió o no la situación alegada, de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral[10].

No obstante, lo anterior y antes de adentrarnos a estudiar si la situación achacada a la actora se encuentra catalogada como grave, lo primero que debe verificar ésta Sala de decisión es si se encuentran aceptados por la parte actora o no dichas circunstancias, que dieran lugar la justa causa alegada por la pasiva.

Para dilucidar entonces ello se tiene que, en la diligencia de descargos presentada por la promotora de la Litis, frente a los hechos endilgados por ESIMED manifestó lo siguiente (fls.35 a 37):

> *10. Según la prueba de la cual se le corrió traslado en la citación a descargos, usted le indico al guarda de seguridad que no realizara la anotación en la minuta de la llegada de los televisores al cafi puente aranda, que tiene que decir al respecto? CONTESTO:* ***no es cierto*** *porque cuando llegaron yo misma le informe al vigilante que había llegado y el mismo abrió la bolsa y le dije mire lo que llego de la clínica norte, yo en ningún momento le informe o le dije que no anotara más aun cuando el mismo fue quien me ayudo a ingresar la bolsa negra porque pesaba mucho, yo pensé que el la había anotado en la minuta y le dije es más llego esto de la clínica norte por si te preguntan.*

[10] Sentencias de radicación No. 34.253 del 5 de mayo de 2009, MP. Dra. Isaura Vargas, No. 35.105 del 10 de marzo del mismo año, y en la providencia del 18 de septiembre de 1973

> *11. Según la prueba de la cual se le corrió traslado en la citación a descargos, usted le indicio al guarda de seguridad que dijera que los televisores habían llegado el día anterior, que tiene que decir al respecto? CONTESTO:* ***es mentira****, llegaron ese mismo día, empezando que el día anterior había otro vigilante.*
>
> *(…)*
>
> *14. Indique por favor si usted tenía autorización o directriz de su jefe inmediato de recibir los dos activos (televisores) que llegaron al cafi puente aranda? CONTESTO: no, porque* ***yo no sabía tampoco que iban a llegar.***
>
> *15. Usted le dio a guardar un equipo biomédico más exactamente un desfibrilador al señor Guillermo quien es el encargado del mantenimiento de la Clínica JPC, que tiene que decir al respecto? CONTESTO: el dio 19 de diciembre a las 11.30 mi jefe me indica que me dirija a JPC a camión de los activos de saludcoop entonces vía WhatsApp Ie digo que ok corno se evidencia y me dirijo a JPC, faltando 10 minutos para la 1 y le informo vía chat que ya he llegado, entro a la clínica me dirijo para la administración en donde hablo con Sandra y Mauricio y les explico a iba a la clínica y cual era mi función y era esperar que el camión llegara con los activos saludcoop, el camión llega hacia las 4 de la tarde a hacer el descargué, entonces les indico en donde lo van a descargar que es en el sótano 2 y empiezan 3 descargar los activos, entonces Mauricio y Sandra como están conmigo ellos se van más temprano que yo y entonces yo termino hasta que hagan el descargue de los activos. Cuando el camión ya va terminando el señor del camión me entrega un desfibrilador propiedad de saludcoop,* ***como Sandra y Mauricio ya no están en la sede se lo entrego al señor de mantenimiento para que lo guarde****, me regreso al camión terminan de bajar los activos, terminan y yo me voy. El día 20 me comunico con Mauricio y vía telefónica le digo que le dejé al señor de mantenimiento un equipo bajo su custodia. Después regrese a dirección nacional a hacer mis funciones la semana del 24 y el 31 me la dieron de receso, pero yo nuevamente llame a Mauricio el 24 y le escribí por WhatsApp donde nuevamente le informo lo del equipo y le escribí que lo recogiera y lo tuviera y le informara a Sandra, tal y como se puede evidenciar con el chat que adjunto (1 folio).*
>
> *16. Indique por favor si usted informó de manera inmediata a su jefe que le había entregado al señor de mantenimiento el equipo biomédico? CONTESTO:* ***No le informé porque el responsable de los activos es la administración de la sede, yo solamente los recibí, ya la custodia de los activos es responsabilidad de la administración de la sede.***

En este orden de ideas y conforme a lo transcrito es claro que la señora JOHANNA BATANCOURT RODRIGUEZ no aceptó los hechos por las cuales se le señala por parte de ESIMEM el presunto incumplimiento de sus funciones, de modo que al no obtener confesión por parte de la demandante frente a tales situaciones tal como lo estableció el Juez de primer grado, era carga de la prueba del empleador demostrar que en efecto pese a la negativa de la actora de la actora en aceptar el incumplimiento de sus labores sí ocurrieron los hechos que motivaron la decisión del despido, pero ello no ocurrió pues las únicas pruebas que obran en el plenario son el acta de descargos y la carta de terminación del contrato de trabajo efectuada por la demandada.

Recuérdese que, en materia de despidos sobre el trabajador se encuentra la carga de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a éste -el empleador-, si es que anhela el éxito de su excepción, le corresponde demostrar que el despido se basó en las justas causas esgrimidas en el documento con el que comunicó su decisión.

Nótese que la carta de terminación contrario a lo referido por la apelante para esta autoridad judicial no es suficiente en aras de acreditar los hechos que allí se le atribuyeron a la actora, en tanto como bien lo ha señalado nuestra máxima Corporación "*lo manifestado en la carta de despido constituye los motivos de la decisión del empleador, pero por sí solo, no demuestra su existencia, siendo necesario que las imputaciones al trabajador estén probadas*" (Sentencias SL3317 del 2020 Rad No. 78110 del 1° de septiembre del 2020 y la Rad. No. 33535 del 26 de agosto del 2008).

De modo que ante la inexistencia de pruebas que acrediten las situaciones endilgadas a la actora que en sentir de la pasiva constituían justas causas para la finalización del vínculo contractual, se ha de confirmar la condena impuesta por el Juez de primer grado, precisándose el monto de la indemnización por despido no fue objeto de apelación.

Finalmente, y atendiendo al escrito presentado por el apoderado de la demandante mediante correo electrónico del 16 de diciembre del 2021 (fls. 223 y 224) mediante el cual solicita se declare desierto el recurso de apelación presentado por la curadora ad litem de la parte accionada por no presentarse la sustentación del mismo, baste con señalar la misma resulta improcedente por cuanto conforme a lo dispuesto por el artículo 66 del C.P.T. la apelación de la sentencia de primer grado se hará en el acto de notificación mediante su sustentación oral, lo cual en efecto realizó la curadora ad litem exponiendo los motivos y razones de su inconformidad frente a la sentencia dictada, por lo que en esta instancia tan solo debía presentar alegatos de conclusión que como se indicó al inició de esta providencia ni la parte demandante ni demandada presentaron, y frente al envío de los alegatos a la contraparte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 806 de 2020 baste con señalar las consecuencias son distintas a las solicitadas por el memorialista.

En tal sentido, agotada la competencia en esta instancia analizados los puntos objeto de apelación, únicamente se adicionará el fallo apelado en punto a la modalidad contractual, confirmándose en lo demás la sentencia de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

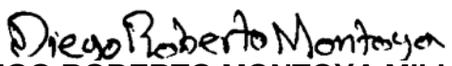
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numer**al PRIMERO** de la sentencia de primer grado, para establecer que el contrato de trabajo desarrollado por la señora JOHANNA BETANCOURT RODRÍGUEZ con ESIMED lo fue a término FIJO, de acuerdo a lo considerado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juez Once Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

(EN USO DE PERMISO)

OSVALDO TENORIO CASAÑAS

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 ORLANDO GIL VALENCIA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A. (RAD. 13 2019 00083 01)

Bogotá D.C. veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (fls. 366 a 370), PORVENIR S.A (fls. 360 a 364) y COLPENSIONES (fls. 372 a 375), 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 COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de febrero de 2022 *(Audiencia virtual concentrada arts 77 y 80 CPTSS, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:16:30, carpeta "CD FOLIO 352 Audiencia 24 feb 22", archivo "005- Grabación audiencia virtual 2019-00083 (2)", expediente virtual),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado que hiciere el demandante a través de la AFP COLFONDOS, el 30 de noviembre de 1994, y de contera los traslados efectuados horizontalmente entre AFP a la AFP HORIZONTE S.A, hoy PORVENIR S.A, y nuevamente a COLFONDOS S.A, por razones antes expuestas.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos*

financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades que tenga cada una en su poder en la actualidad, por lo expuesto precedentemente.

***TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a tener como afiliado al actor, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia laboral del demandante, conforme a lo antes visto.*

***CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa del fallo.*

***QUINTO: CONDENAR** en costas a la demandada COLFONDOS S.A en favor del aquí demandante, inclúyase como agencias en derecho en esta instancia $1.000.000.*

***SEXTO:** Por haber sido condenada COLPENSIONES y fungir la Nación como garante, remítase el proceso a la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta en su favor.*

***SÉPTIMO:** Por secretaría remítase copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el artículo 48 de la ley 2080 del año 2021.".*

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

En primer lugar, la apoderada de COLPENSIONES, indicó que al demandante no le asiste el derecho respecto a la declaración de ineficacia del traslado de régimen de prima media porque se encontraba inmerso en la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, en la cual se establece que faltando 10 años para llegar a la edad de pensión, no es posible realizar el traslado.

Señaló, la declaratoria de ineficacia se sustenta en el incumplimiento por parte de la AFP de su deber de informar en su momento a quienes quisieran realizar el traslado, las características del RAIS; sin embargo, en el interrogatorio de parte el actor manifestó que le fueron explicados los requisitos y características del nuevo régimen. Añadió, la motivación del actor es económica.

Alegó que las AFP en el momento en que los afiliados querían trasladarse de régimen no estaban obligadas a dar información, lo que solo deben hacer a partir del año 2016, en donde si se les ordena realizar una doble asesoría. Resaltó, que el demandante realizó traslados en el mismo régimen de ahorro individual y tuvo la oportunidad de indagar cuál era su mejor futuro pensional o cual de los regímenes le convenía. [1]*(Audiencia virtual concentrada arts 77 y 80 CPTSS,*

[1] "***Apoderada COLPENSIONES (1:18:26):** Si su señoría muchas gracias, me permito en este estado de la diligencia interponer recurso de apelación, para que el mismo se surta ante los honorables magistrados del Tribunal Superior Sala Laboral, este recurso de apelación me permito sustentarlo teniendo en cuenta que no comparte la posición o el fallo proferido por su señoría en la tarde de hoy, toda vez que al señor ORLANDO GIL no le asiste el derecho aquí alegado y esto es que se declare la ineficacia del traslado que*

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:18:26, carpeta "CD FOLIO 352 Audiencia 24 feb 22", archivo "005- Grabación audiencia virtual 2019-00083 (2)", expediente virtual).

La apoderada de COLFONDOS S.A., apeló la decisión frente a la condena por gastos de administración con cargo en su propio patrimonio y los demás emolumentos accesorios. Indicó, las actuaciones de la AFP han sido conforme a la Constitución y la ley; además los fondos de pensiones se encuentran legalmente facultados para cobrar a los afiliados por el manejo de los aportes que realicen a las administradoras.

En este orden de ideas si la declaratoria de la ineficacia de la afiliación tiene como finalidad que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende la AFP nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar dicha comisión.

---

realizó para el año 1994, en donde decide por voluntad propia trasladarse del régimen de prima media con prestación definida administrado en ese entonces por el Instituto de seguros sociales y hoy por mi representada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al régimen de ahorro con solidaridad en ese momento realiza el traslado hacía COLFONDOS.
No le asiste tal derecho, primero en primera medida teniendo en cuenta que el señor ORLANDO ya se encuentra inmerso en la prohibición que establece la ley 797 del 2003, en su literal, perdón, en su artículo 2 literal e, en donde nos dice que si bien es cierto todos los colombianos tenemos de manera libre y voluntaria derecho escoger a cuál de los dos regímenes queremos pertenecer, también nos dice que faltándonos menos de 10 años para llegar a la edad de pensión, esto es, para los hombres los 62 años, no podrán realizar el traslado. Dicho término ya finiquito, es decir, que el señor ORLANDO no hizo uso de su derecho en el momento oportuno, por lo que en este momento mi representada así quisiera recibir nuevamente al señor ORLANDO en nuestro sistema.
Por otra parte su señoría se declarar una ineficacia basado en que no se cumplió por parte de la AFP el deber, la obligación que tiene de informar en su momento a quienes quisieran realizar el traslado y quienes quisieran pertenecer a dicho régimen las condiciones en las cuales pues se podrían llegar a pensionar, pero tenemos que en este caso mediante el interrogatorio que absolvió el demandante en la tarde de hoy, el manifiesta que si se le explicó que pasaba o cuales eran los requisitos del régimen, manifestó que si se le explicó que pasaba con sus cotizaciones, dijo que si tenía claro que pasaba con el dinero que estaba aportando en caso de que falleciera, pues esto iba para sus familiares; igualmente, manifiesta que es una motivación económica, pues esto no cumple con las expectativas, no se cumple con las expectativas que él tenía de pensionarse. Pero esto no puede alegarse que se aun motivo para poder declarar dicha ineficacia, en ningún momento la AFP está negando su derecho a la pensión, si bien es cierto, no está cumpliendo las expectativas económicas que el señor ORLANDO quisiera, no está negando tal derecho.
Igualmente, debemos tener en cuenta que los afiliados, perdón, las AFP, en el momento en que los afiliados querían trasladarse de régimen no estaban obligadas a dar información, como lo deben hacer después del año 2016, en donde si se les ordena que deben realizar una doble asesoría, para el momento que el decide realizar el traslado pues no estaban obligadas a realizarlo.
También se debe tener en cuenta que el señor ORLANDO realiza traslados en el mismo régimen de ahorro individual, que si bien es cierto en ese momento tuvo la oportunidad de preguntar cuál era su mejor futuro pensional, o cual era el mejor régimen le convenía a sus condiciones laborales.
Así las cosas, su señoría y teniendo en cuenta que estamos inmersos dentro de una prohibición, no es dable que se acceda dicha, a declarar dicha ineficacia, por lo que ruego sea atenido o acogido la presente apelación que se está sustentando en la tarde de hoy. Muchas gracias.

Estimó, con la orden impartida en este sentido, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor del actor, toda vez que estaría recibiendo unos rendimientos generados por una buena administración de la AFP, sin reconocer o pagar ningún tipo de concepto por la gestión realizada, premiándose de manera injustificada una de las dos partes del contrato que fue declarado nulo. [2] *(Audiencia virtual concentrada arts 77 y 80 CPTSS, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord, 1:23:26 carpeta "CD FOLIO 352 Audiencia 24 feb 22", archivo "005- Grabación audiencia virtual 2019-00083 (2)", expediente digital).*

A su turno, el apoderado de PORVENIR S.A, interpuso recurso de apelación de manera parcial, específicamente en lo referente a la obligación de devolver las sumas con las cuales se encuentra actualmente, incluidas los gastos de administración, solicitó se revoque el numeral respectivo, en sustento de ello, insistió, la entidad no cuenta con saldo alguno de la cuenta de ahorro individual del actor, dineros que fueron trasladado a COLFONDOS; no obstante, solo contaría la AFP es con los descuentos por comisiones de administración, que se encuentran autorizados por la ley como consecuencia de su labor de administración, que su representada ejerció respecto al capital de la cuenta de ahorro individual del demandante y que se vio materializado al incrementar su saldo, generando rendimientos financieros.

---

[2] *"**Apoderada COLFONDOS (1:23:26):** Gracias señora juez, voy a interponer recurso de apelación de manera parcial en contra de la sentencia dictada el día de hoy, en especial en el numeral que condena a mi representada a devolver los gastos de administración, perdón, la condena en gastos de administración con cargo a nuestro propio patrimonio, y los demás emolumentos accesorios, y esto teniendo en cuenta los siguientes argumentos.*
Contario lo manifestado por el despacho no es procedente proferir dicha condena, toda vez que las actuaciones de mi representada han estado ceñidas a la constitución y la ley, por la comisión de manejo por aportes obligatorios son de consagración legal y se encuentran contemplados en el artículo 60 de la ley 100 del 93, en donde señala las características del RAIS, en especial literal b. teniendo en cuenta lo anterior, las entidades que administran los fondos de pensiones están legalmente facultados para cobrar a sus afiliados por el manejo de los aportes que realicen las administradoras, ya que este cobro obedece a un mandato de la superintendencia financiera, que es la encargada de regular y estipular la normatividad de las administradoras fondos de pensiones.
En este orden de ideas si la competencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió, y por ende nunca mi representada debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar dicha comisión.
Reiteramos en caso que condene a mi representada a devolver a COLPENSIONES los aportes del actor, los rendimientos generados, y adicionalmente lo descontado por gastos de administración con carago a nuestro propio patrimonio y demás emolumentos, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor del actor, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por una buena administración de mi representada, sin reconocer o pagar ningún tipo de concepto por la gestión realizada, habiendo una interpretación no acorde con la constitución y con la ley, el detrimento del patrimonio de mi representada, y vulnerándose el derecho a la igualdad, y premiándose de manera injustificada una de las dos partes del contrato que fue declarado nulo. Teniendo en cuenta lo anterior, señor juez, dejo sustentado, señora nuez dejo sustentado mi recurso de apelación de manera parcial ante el Honorable Tribunal de Bogotá. Es todo."

Además, ello conllevaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, pues en el RPM también se le hubiera efectuado ese descuento, más aún cuando estas comisiones no están destinadas a financiar la pensión de vejez de la parte actora, y como consecuencia de ello, se presenta la prescripción de la sumas de dinero, al ser un concepto de tracto sucesivo. La superintendencia financiera ha establecido que cuando procede la ineficacia, solamente se deben devolver las cotizaciones junto con los rendimientos.

Los efectos de la ineficacia son volver las cosas a su estado anterior, como si no hubiera existido contrato de afiliación entre la parte demandante y la AFP; como consecuencia no existió una administración, ni se generaron unos rendimientos, sin embargo, en la sentencia que se apela se aplican los efectos de las ineficacia de forma parcializada, pese a que la ley establece que cuando procede la ineficacia ambas partes están obligadas a las restituciones mutuas, obligación que en el presente proceso no se impone a la parte demandante.[3] *(Audiencia virtual concentrada arts 77 y 80 CPTSS, realizada a través de la plataforma*

[3] "***Apoderado PORVENIR (1:25:37):*** *Gracias señora juez, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación parcial, específicamente contra el numeral 2 de la presente providencia proferida el día de hoy, en la cual se le impone a mi representada la obligación de devolver las sumas con las que cuenta actualmente, incluidas los gastos de administración, solicitándole respetuosamente al Tribunal revoque la parte de este numeral, toda vez que como ya se expuso en los alegatos de conclusión, no se cuenta con saldo alguno de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, ya que todo fue debidamente trasladado a COLFONDOS, tal y como consta en el certificado de egresos que fue aportado con la contestación de la demanda, lo único que eventualmente contaría mi representada es con lo que se descontó lo referente a comisiones de administración, que en ningún momento hay que devolverla, precisamente porque es un descuento autorizado a las administradoras de fondos de pensiones, a descontar como consecuencia a la buen administración, que ejercieron del capital de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante y que se vio materializado e incrementar en saldo de la cuenta de ahorro individual, generando rendimientos financieros, incluidos por encima de lo mínimo por la superintendencia financiera de Colombia.*
Igualmente, devolver estas sumas de dinero a COLPENSIONES implica un enriquecimiento sin causa, pues en caso en que el actor hubiera permanecido afiliado a este régimen, lo cierto es que se le habría generado estos descuentos, el 3% de la cotizacion allí está destinada a financiar comisión de administración, pensión de invalidez o sobrevívete, más aún cuando estas comisiones no están destinadas a financiar la pensión de vejez de la parte actora, y como consecuencia de ello, pueda hablar de prescripción de la sumas de dinero, al ser un concepto de tracto sucesivo, que así mismo en los conceptos de la superintendencia financiera de Colombia, en la ley 100 del 93, ha establecido que cuando procede la ineficacia, solamente debe devolver las cotizaciones junto con los rendimientos, sin que haya lugar a devolver otra suma adicional, razón por la cual no hay ninguna disposición en el ordenamiento jurídico que establezca la obligación de devolver conceptos adicionales a los anteriormente mencionados y como consecuencia a ello no hay dicha devolución.
Finalmente, si los efectos de la ineficacia es entender que las cosas vuelven a su estado anterior, ello implicaría entender que no existió contrato de afiliación entre la parte demandante y mi representada, y que como consecuencia de ello, no existió una administración, ni se generaron unos rendimientos, sin embargo, pese a ello en sede de instancia se aplican los efectos de las ineficacia de forma parcializada, solamente para una de las partes de la relación contractual, básicamente para los fondos privados, sin que se imponga la misma obligación a la parte demandante, pese a que la ley establece que cuando procede la ineficacia ambas partes están obligadas a las restituciones mutuas, obligación que en el presente proceso no se impone a la parte demandante.
En esos términos dejo expresado mi recurso de apelación parcial. Muchas gracias señora juez."

Microsoft Teams récord, 1:25:27 carpeta "CD FOLIO 352 Audiencia 24 feb 22", archivo "005- Grabación audiencia virtual 2019-00083 (2)", 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 del 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 3 a 5 ibidem), aspirando se declare la nulidad del traslado de régimen efectuado por el demandante efectuada el 1 de diciembre de 1994 ante la omisión de COLFONDOS al deber de información; en consecuencia, se ordene a COLFONDOS S.A. a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación del demandante como cotizaciones, rendimientos que se hubieren causado; se ordene a COLPENSIONES recibir al actor, así como los valores obtenidos mientras estuvo afiliada en el RAIS; lo ultra y extra petita y las costas del proceso. En caso de no accederse a la declaratoria de nulidad del traslado, se declare su ineficacia.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado del demandante al RAIS, se condenó a COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A a transferir a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades que tenga cada una de las AFP en su poder en la actualidad, se ordenó a COLPENSIONES a aceptar al afiliado y recibir dichos dineros y actualizar la historia laboral del actor. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, las demandadas no lograron acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

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

la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[4].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 12 de enero de 1959 *(Página 88),* por lo que a 1° de abril de 1994 contaba con 35 años y la edad de 62 años, la alcanzó el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 26 de noviembre de 2019 *(Páginas 84 a 86)* esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional - tenía 60 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 321,14 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 6,15 años *(Página 91 historia laboral),* 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 **30 de noviembre de 1994** con fecha de efectividad a partir del **01 de diciembre de 1994** (*Páginas 154 y 247*), 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

---

[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".*

verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

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

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

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

> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".*

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

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

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

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

inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[6], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"(…).

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

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables

a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

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

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

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

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

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

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

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

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

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la*

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante[7] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que a la empresa en la que laboraba para el año 1994, asistió un asesor de COLFONDOS S.A, quien hizo una reunión grupal que duró aproximadamente 1 hora, en la que explicó que el ISS se iba a acabar, que en los fondos privados iban a tener una mayor pensión y podrían pensionarse de manera anticipada, no obstante, señaló que no le indicaron especificidades del RAIS, pues no conocía que era el bono pensional, la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios. Aseguró, que solamente le indicaron que en caso de fallecimiento sus hijos podrían heredar los

[7] Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams el 24 de febrero de 2022 récord 04:05, carpeta "CD FOLIO 352 Audiencia 24 feb 22", archivo "005- Grabación audiencia virtual 2019-00083 (2)", expediente digital.

aportes obtenidos. De otro lado, manifestó que se cambio posteriormente a PORVENIR S.A, ya que acudió a la empresa un asesor de dicho fondo y le afirmó que su rentabilidad iba a ser mayor con dicho fondo que en COLFONDOS.

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

Respecto al comunicado de prensa *(páginas 249 vuelto y 250),* es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –COLFONDOS 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 COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen **(30 de noviembre de 1994, efectivo 1 de diciembre de 1994),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que 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 321, archivo "001- Expediente 2019-083 Fls 1al 267.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 COLFONDOS 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, en relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A. y COLFONDOS 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[8] *(Página 127, archi001- Expediente 2019-083 Fls 1al 267.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

[8] Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 22 de agosto de 2019, (Página 174, archivo "001-Expediente 2019-083 Fls 1al 267.pdf", expediente digital)

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.

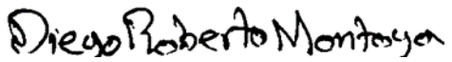
En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Trece (13) 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

(EN USO DE PERMISO)

OSVALDO TENORIO CASAÑAS

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 JAIRO CESAR ROCHA AMEZQUITA CONTRA LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ (RAD. 15 2019 00446 01).

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes presentaran los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral 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 el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 1° de febrero del 2022 (Cd a folio 112, record 1:22:43, acta a folio 113), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción por el señor JAIRO CESAR ROCHA AMEZQUITA y en estos términos **DECLARAR** probada la excepción de legalidad de la calificación efectuada al señor demandante por parte de la junta regional.*
>
> ***SEGUNDO: NO CONDENAR** en 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 apelada y dado el resultado desfavorable para la parte actora, se remitirán las diligencias al Superior para que la revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta."*.

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la anterior decisión manifestando no encontrarse de acuerdo con las consideración del Juez de primer grado, en primer lugar por cuanto sostuvo que la recuperación del demandante solo fue respecto de su vida común y no en el ámbito laboral, lo cual en su sentir no es cierto pues es evidente en cada prueba documental que se

anexó, en la descripción, en las observaciones de los médicos psiquiatras certificados y acreditados, fueron muy claros en señalar que el actor ya estaba apto para retornar a sus actividades laborales.

Manifiesta que aceptar lo establecido por la demanda corresponde a una falacia, en tanto las autoridades se equivocan frecuentemente sobre todo en materia laboral, manifestando la prueba fundamental dentro del presente litigio lo es la lex artis, aduciendo conforme a las reglas de la lógica no puede ser que el dictamen de la Junta Regional de Calificación de invalidez sea opuesto a los demás dictámenes que se aportaron, pues por lógica uno de los dos debe estar equivocado, sin que se pueden desconocer los principios de la lógica formal, de modo que no se puede afirmar que los dictámenes aportados son alternativos.

Indica que su pretensión es que se fundamente el fallo analizando quien fue diligente, lo cual no ocurrió con la aquí demandada en tanto se demoró en efectuar el dictamen ordenado por el despacho y cuando lo hizo fue realizado de forma telefónica por espacio de 5 a 10 minutos, aduciendo con tal llamada no se puede determinar el tipo de patología psiquiátrica que posee el demandante.

Expresa que, si bien el Juez aduce que el padecimiento del actor corresponde a un estrés o riesgo futuro, tal afirmación no encuentra asidero en el análisis de un dictamen pues en ninguno de ellos se expresó tal situación.

Señala que conforme al principio de unidad probatoria de acuerdo a las reglas de la experiencia, el único medio probatorio que tiene la parte demandada son sus mismos dictámenes, y tenerlos en cuenta seria autorizar una falacia, por lo que se debe tener en cuenta que la parte demandante en virtud del debido proceso presentó diferentes dictámenes que deben ser analizados, insistiendo se declare la nulidad de tales dictámenes porque violan los derechos fundamentales del demandante, resaltando que lo que se debe tener en cuenta en la segunda instancia son los argumentos técnicos, procesales y sustanciales, máxime cuando están en juego los derechos fundamentales del accionante y en especial el mínimo vital. *(Cd fl. 112, record: 1:23:41)*[1].

[1] "Su señoría como apoderado de la parte demandante nos notificamos en estrados, estamos inconformes con la decisión por supuesto y pues nuestro deseo es interponer recurso de apelación en contra pues en la sentencia de la primera instancia que acaba de proferir.

Perfecto, bueno en primer lugar su señoría realiza una afirmación sobre los frecuentes dictámenes que ha realizado medicina laboral y los dictámenes independientes como el de la fundación Santa fe, sosteniendo que la recuperación de mi prohijado ha sido solamente respecto a la vida en común y no al ámbito laboral, esa fue la primera afirmación sobre la cual sostuvo su sentencia. Entonces pues, eso no es cierto, es evidente en cada

prueba documental que se anexó, la descripción, las observaciones de los médicos psiquiatras certificados, acreditados, fueron muy claros en señalar que él ya estaba apto para retornar a sus actividades laborales, fueron muy claros, está en cada dictamen, entonces consideramos que esa es una de las primeras razones para solicitar la apelación de este fallo e insistir en nuestras pretensiones, y solicitudes de condena.

En segundo lugar, se dice como fundamento del fallo por parte de su señoría que los dictámenes del 2015, 2018, y 2019, que se señalaron que realizó pues en primer lugar la UT, en primera instancia y en segunda instancia pues la Junta Regional de Calificación de invalidez, pues son dictámenes que cumplieron el manual de calificación de invalidez, y que los otros dictámenes que nosotras aportamos, todos los de medicina laboral, todos los del hospital Fundación Santa fe, son dictámenes en su opinión alternativos, pero que el canal oficial es la Junta Regional de Calificación de Invalidez, es muy claro las palabras de su señoría, nosotros consideramos que eso es aceptar una falacia de autoridad porque la junta siempre emita un dictamen, siempre está acorde a pues fundamentos científicos, técnicos, lo cual es un yerro, la evidencia nos muestra que sobre todo en nuestro país las autoridades se equivocan frecuentemente, sobre todo en este tipo de laborales, y precisamente pues nosotros anexamos evidencia, la prueba fundamental de esto es la lex artis, ósea por reglas de la lógica no puede ser que el dictamen de la Junta Regional de Calificación de invalidez sea opuesto a los frecuentes dictámenes que aportamos y sencillamente se digan que son alternativos, pero que el canal oficial sean los dictámenes de la Junta, eso no es admisible porque existe una lex artis, y todos los profesionales tanto los de la Junta como los que emitieron los dictámenes que nosotros aportamos diciendo que él ya estaba recuperado y podía trabajar, son incompatibles. Por reglas de la lógica uno de los dos debe estar equivocado, uno de todos debe estar equivocado, no se pueden desconocer los principios de la lógica formal, eso no es admisible.

Entonces no se dijo nada de eso en la sentencia, simplemente se dijo que eran dictámenes alternativos, nosotros no estamos de acuerdo. Nuestra voluntad es que se fundamente el fallo, analizando quien fue diligente, entendiendo la diligencia como una labor, precisa, especifica, con detalles, cuidadoso, Además, en virtud de esa misma diligencia, es imposible afirmar que la Junta Regional de Calificación de invalidez fue diligente en los dictámenes, sobre todo en el dictamen que hizo en transcurrido de este proceso su señoría, en las mismas actuaciones procesales que usted señaló, es una entidad que primero, casi no tuvo en cuenta las órdenes del despacho, se demoró bastante tiempo, a pesar que hubo una orden judicial se demoró en realizar el dictamen y cuando lo hizo, lo hizo de forma telefónica de 5 a 10 minutos, como es posible que en una llamada telefónica se pueda decir que se cumple la lex artis medica psiquiátrica para determinar ese tipo de patologías, eso sí es incompatible, y en esa medida no sería aceptable ese proceder.

Además, otra evidencia de la negligencia de la Junta Regional de Calificación de invalidez, es que existió una tutela, e incidentes de desacato en contra de esta entidad, todos los que manejamos esta ciencia del derecho sabemos que los incidentes de desacato se producen precisamente por la negligencia de las entidades y por el respeto que debe haber al Estado de Derecho y a los derechos fundamentales de las personas, entonces eso está acreditado en el expediente que aparece allí.

Tercer, eso fue segundo, tercero su señoría sostiene un estrés futuro, habla de un riesgo de un peligrosísimo, que mi cliente a pesar de que se recupere, es peligrosa que vuelva a por lo menos riesgoso, no peligroso, riesgoso, si fue los términos que utilizó su señoría, que retorne a su actividad laboral dado los antecedentes médicos que tiene desde el 2004. Entonces, considero que pue eso ya se entra a analizar un tema, ósea se realiza una afirmación que no dice ninguno de los dictámenes, ni siquiera el mismo de la Junta dice eso, el de la Junta dice que es algo presente, ni siquiera se atreve a decir que es un riesgo futuro, que el estrés causé pues una perturbación en su trabajo, él dice que está enferma y que no lo deja trabajar, ni siquiera el dictamen de la Junta dice eso. Entonces no es un análisis legal del dictamen, sino que ya se entra a dictaminar temas científicos, que ninguno de los dictámenes que se entró en discusión dice nada de eso. Entonces eso en tercer lugar no estamos de acuerdo.

Finalmente, el objeto del debate consideramos que es la lex artis si, y consideramos y solicitamos respetuosamente ante su Honorable despacho pues se tramite ese recurso y se decida a profundidad todos estos aspectos que no fueron abordados con detalle y con fundamento en la sentencia y pues no estamos de acuerdo en las falacias de autoridad, nuestro solicitud en la demanda desde el inicio fue abordar de forma profunda estos aspectos de diligencia, y en ese sentido si uno mira el principio de unidad probatoria de acuerdo a las reglas de la experiencia, la única, el único medio probatoria que se tenía la parte demandada dentro de su acervo son sus mismos dictámenes, no hay nada más, entonces eso es autorizar una falacia o permitir una falacia de autoridad, sin tener en cuenta que la parte demandante en aras de acreditar el respeto al debido proceso y acudiendo al principio de unidad probatoria presentó diferentes dictámenes, más de tres, cuatro dictámenes, en diferente tiempo, incluso uno de los dictámenes pues es de la entidad más prestigiosa de Colombia pues, o de las más prestigiosas de Colombia en ese ámbito, reconocido en revistas científicas, como lo es la Fundación Santa fe, entonces bajo ese principio y una reflexión muy profunda de las reglas de la lógica pues era necesario inferir que el dictamen de la junta no había querido respetar la lex artis, sino que volvía a insistir en todos los yerros que señalamos.

Por eso, volvemos finalmente su señoría, y de forma respetuosa a insistir que pues se anule, se declare la nulidad de estos dictámenes porque violan los derechos fundamentales de mi cliente, y pues lo que yo quiero resaltar esto para que lo tenga en cuenta pues el Juez de segunda instancia que son estos argumentos técnicos, procesales y sustanciales, pero detrás de todo este debate están en juego los derechos fundamentales del señor Jairo Cesar

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JAIRO CESAR ROCHA AMEZQUITA en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (fls. 8 y 9), las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 2 a 6, aspirando se declare sin efectos el dictamen de calificación de invalidez No. 19362988 del 15 de marzo del 2019 mediante el cual se le asignó un 80% de PCL en consecuencia, se condene a la demandada a realizar un nuevo dictamen teniendo en cuenta su recuperación total y la viabilidad para retornar a su actividad laboral, igualmente se condene a pagar la indemnización total y ordinaria por perjuicios morales causados por el dictamen que le determinó un 80% de PCL, estimados en 25 smmlv. **Obteniendo en primera instancia una decisión desfavorable, por cuanto se absolvió de las pretensiones incoadas** tras considerar que revisados los diferentes dictámenes obrantes en el expediente no se evidencia que se haya desconocido el debido proceso en la calificación efectuada, pues todos los entes de salud concordaron en que no se podía variar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral. Señaló que si bien existe mejoría en la salud del actor ello lo es en su vida común, precisando el factor de riesgo de su enfermedad se genera en el ambiente laboral pues cuando fue reintegrado a sus labores estuvo incapacitado por temas de salud mental, considerando con ello conforme a los conceptos médicos no poder reincorporarse a sus labores, señalando el a quo no evidenciar una irregularidad para dejar sin valor el dictamen efectuado por la enjuiciada.

Así pues, de acuerdo con los términos de la apelación, habrá de examinarse si al interior del proceso existen pruebas suficientes que den lugar a determinar que se

---

Rocha, porque él en este momento está disfrutando de una pensión de invalidez, cuya motivación no es cierta, se está afectando la Hacienda Pública de Colombia, no es cierta esa motivación, el perfectamente puede trabajar hasta los 70 años, cuando esa motivación vuelva a su estado normal, muy probablemente se le quite la pensión de invalidez, ya no pueda cumplir los requisitos de la pensión de vejez, donde le faltan 2 años, donde se le cause ese terrible daño al señor Jairo Cesar Rocha, ósea detrás de toda esta discusión hay temas de derechos fundamentales, sin el mínimo vital del señor Jairo Rocha. I

Incluso actualmente medicina laboral hace pocos días, ya había terminado el debate probatorio en este proceso, pero de todas maneras es muy importante señalar este hecho volvió a emitir otro dictamen donde el señor Jairo Cesar Rocha se encuentra en perfectas condiciones, ósea un dictamen en el mismo sentido de los anteriores o incluso mejor.

Esa es toda mi intervención su señoría, le agradezco mucho, muy amable."

debe modificar el porcentaje de la perdida capacidad laboral definida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

En esa dirección, ha de resaltar 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 operador judicial 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 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 del 24 de abril de 2012 y radicación 35450[4] 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 sometidas a un control ante la jurisdicción ordinaria laboral, aspecto ratificado en el Decreto 1352 de 2013, en su artículo 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[5], donde entre otros aspectos, se hizo referencia a la facultad que posee la

---

[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."

[4] *"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."*

[5] *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

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

---

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 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."

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.

Bajo las anteriores precisiones, se advierte, el señor Jairo Cesar Rocha Amezquita, fue calificado por la Junta Regional de Calificación De Invalidez el 15 de marzo del 2019 *(fls. 55 a 57)*, entidad que determinó, una pérdida de capacidad laboral del 80%, por TRASTORNO ESQUIZOAFECTIVO, origen común y con fecha de estructuración 1° de julio del 2015, decisión respecto a la cual no hay discusión frente a la fecha de su estructuración y su origen común, sino únicamente en el porcentaje otorgado, indicándose en la ponencia de tal dictamen lo siguiente (fl. 56 vto):

> *"De acuerdo al concepto de la junta medico laboral del 7/03/2018 se anota:" paciente que fue calificado en su pérdida de capacidad laboral por código sustantivo del trabajo, el caso fue revisado en junta medico laboral el 7 de Marzo del 2018, por diagnósticos: trastorno mixto de ansiedad y depresión, antecedente de trastorno esquizoafectivo e hipotiroidismo. Porcentaje de PCL de 80%, estado de PCL: Invalidez. Calificación de origen: enfermedad común... Paciente en seguimiento por psiquiatría desde el 2004, quien estuvo pensionado por invalidez debido a patología mental, alrededor de 7 años hasta el 2013 posteriormente ingreso a actividad laboral, pero en el 2014 requiere inicio de manejo farmacológico por psiquiatría e incapacidades prolongadas por el diagnóstico: F250: trastorno esquizoafectivo de tipo maniaco, lo cual llevo a calificación de pérdida de capacidad laboral el 1 de Julio del 2015, momento en el cual se determinó estado de invalidez. Cabe aclarar que el concepto de psiquiatría previo a dicha calificación fue el siguiente: (14 de Mayo del 2015): IDX: F250: Paciente no debe retomar actividad laboral…"*

Para controvertir la decisión de la Junta Regional de Calificación de invalidez, respecto al porcentaje de pérdida de capacidad laboral, la parte actora allegó la impresión de tres consultas médicas, evidenciando la Sala no corresponden a un dictamen como lo refiere en la apelación el apoderado del actor, en las cuales se indicó:

1. SERVISALUD QCL CHAPINERO 2 de mayo del 2017 (fls. 34 y 35)

"Paciente quien no ha sido visto por medicina laboral por problemas de contratación y empalme de nuevos prestadores de servicio. Paciente estable sin síntomas afectivos, niega síntomas psicóticos ni sensoperceptivos. Paciente sin manejo farmacológico. Docente de física y matemáticas. Paciente quien desea reintegro laboral. Estaría apto para laborar. Asistemático hace varios meses. Sin manejo farmacológico"

2. SERVISALUD QCL 21 de marzo del 2018 (fl. 38)

"Concepto: El paciente a la fecha se encuentra apto para retomar actividades laborales.

Diagnóstico: Z504 (Psicoterapia no clasificada en otra parte).

Pronostico: Adecuada adherencia antes actividades laborales

Conclusiones y/o sugerencias: Es importante continuar con proceso terapéutico. Control en 3 meses"

3. HOSPITAL UNIVERSITARIO FUNDACIÓN SANTA FE DE BOGOTA 6 de noviembre del 2018 (fls. 51 y 52).

"Paciente adulto con historia del T de afecto tipificado como T de ansiedad y depresión, manejado de manera ambulatoria con psicoterapia por psicología, ya al parecer con cuadro resuelto. El paciente en el momento mantiene un buen funcionamiento, sin evidencia de depresión … ni de ansiedad… Tiene motivación de reintegrarse a su trabajo dado que siente que aún tiene mucho por aportar y argumenta adecuadamente dicha afirmación. Teniendo en cuenta los elementos expuestos y la información aportada por el paciente se considera que en el momento no hay elementos desde el punto de vista de esta especialidad, que limiten al paciente para retornar a su vida laboral"

Como quiera que el debate giró en torno a la calificación referida, se decretó como prueba un nuevo dictamen ante una sala diferente a la No. 1 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez con el fin de que se calificara la pérdida de capacidad laboral del actor, así como la fecha de estructuración, origen y porcentaje (Ver acta fl. 78 y Cd audio fl. 79) a lo cual se dio cumplimiento mediante Dictamen No. 19362988-3279 emitido por la Sala No. 2 de tal entidad el 14 de mayo del 2021 (fls. 105 a 107), en dicha experticia se concluyó que "*persiste el estado de invalidez"* del promotor del litigio continuando con una PCL del 80% por los diagnósticos: Hipotiroidismo, Trastorno esquizoafectivo, Trastorno mixto de ansiedad y depresión.

Dentro del acápite de "*Análisis y conclusiones"* se expuso:

"… Lo informado por el paciente en esta consulta no es concordante con los antecedentes médicos registrados en historia clínica del 2013 a 2015. ***El paciente no es adherente al seguimiento médico por servicios tratantes de salud mental, lo que no permite establecer con claridad y objetivamente, la evolución de su estado mental****. El trastorno esquizoafectivo que tiene de base el paciente, es una condición*

> *crónica que requiere de seguimiento médico y de una buena red de apoyo, con el fin de lograr la estabilidad clínica, que se ha logrado en este caso por la no exposición a factores estresantes que alteren sus hábitos y rutinas.* ***Tampoco se registran consultas para seguimiento de su hipotiroidismo, condición que al no estar controlada también puede desencadenar alteraciones de la esfera mental, como ansiedad y depresión.”***

Pues bien, analizados los dos dictámenes obrantes en el expediente (el del 15 de marzo del 2019 -objeto de debate- y el emitido el pasado 14 de mayo del 2021), como las valoraciones médicas aportadas por el accionante, advierte la Sala, éstas últimas no dan certeza sobre el estado real de salud del demandante, pues si bien refieren que puede retornar a su vida laboral, no obra la fundamentación de tales conclusiones ni estudios médicos que así lo comprueben, aunado a ello en la última de las consultas, esto es, la de la Fundación Santa Fe se expresó por la médica que “*al parecer*” se encuentra con un cuadro de sus padecimientos resuelto, es decir que para ese momento no existía total certeza sobre la estabilidad en sus diagnósticos.

Contrario a ello, en el último dictamen emitido por la enjuiciada -21/05-2021-, tal entidad explico de manera clara y precisa que el demandante no acreditó el seguimiento médico por salud mental ni por hipotiroidismo, lo cual impidió establecer su estado de salud, precisando que la enfermedad que posee es una “*condición crónica que requiere de seguimiento médico y de una buena red de apoyo, con el fin de lograr la estabilidad clínica*”, aclarando que el hipotiroidismo al no estar controlado “*puede desencadenar alteraciones de la esfera mental, como ansiedad y depresión*”.

En ese orden de ideas, conforme las apreciaciones expuestas, esta Sala de decisión, no encuentra fundamentos en el dictamen decretado como prueba de oficio, que pudiesen enervar la conclusión del dictamen de la Junta Regional de Calificación efectuado el 15 de marzo del 2019, iterando las consultas médicas aportadas con la demanda presentan conclusiones sin fundamento alguno, en especial por la ausencia de medios de convicción tendientes a corroborar lo manifestado por el actor en cuanto a la ausencia de síntomas de sus padecimientos, razones suficientes para no tener en cuenta el contenido de la prueba en comento.

Por ende, los dictámenes de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de fecha 15 de marzo del 2019 y 14 de mayo del 2021, a juicio de esta Sala resultan más razonables que los conceptos emitidos por los médicos de SERVISALUD y de la FUNDACIÓN SANTA FE pues el porcentaje de PCL se estableció con fundamento en el registro médico que da cuenta del progreso de la enfermedad del actor, historia

clínica, exámenes o pruebas paraclínicas y valoraciones por especialistas, aportadas por éste al ente calificador, de las cuales derivaron justamente las conclusiones atrás citadas conforme se consignó en los mencionados dictámenes, y cuyo resultado da cuenta que el estado de invalidez del promotor del litigio aún persiste. En todo caso, no obra en autos una prueba que permita arribar a una conclusión diferente, sin que tampoco se encuentren elementos adicionales que permitieran poner en duda o desvirtuar las conclusiones de la Junta regional de calificación de invalidez, destacando, la referida Junta es la entidad que por su objeto, especialidad y experiencia, es la idónea para determinar el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, especialmente teniendo en cuenta que sus decisiones son producto del análisis de un equipo interdisciplinario compuesto por los especialistas en el tema, quienes aplican criterios técnicos y médicos para tomar su decisión, los cuales no pueden ser en manera alguna refutados en esta instancia ante los tres conceptos médicos aportados por el demandante, en tanto como se ha venido señalando, la prueba decretada y practicada para tal fin, esto es el dictamen pericial de la Sala 2 de decisión de la Junta Regional de Calificación de invalidez, goza de plena credibilidad y ofrece total certeza, confirmando la decisión tomada por la Sala 1 de la misma corporación y que fue objeto de reproche dentro de este asunto.

Así las cosas, para esta Sala de decisión, no hay lugar a modificar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral establecido del 80%, 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 los conceptos médicos presentados por la parte actora no resultan suficientes ni idóneos frente a la valoración del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, lo que le quita fuerza de convicción en contraste con los dictámenes emitidos por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, los cuales generan mayor credibilidad por lo ya dicho, lo que impide dejarlos sin valor, razones por las cuales no son de recibo los argumentos expuestos en la alzada y en consecuencia se prohijará la decisión de primer grado.

De esta manera, agotada como se encuentra la competencia de la Sala por el estudio de los aspectos objeto de apelación, se impone la confirmación de la sentencia apelada, por las motivaciones expuestas precedentemente.

COSTAS en ésta instancia a cargo de la parte demandante.

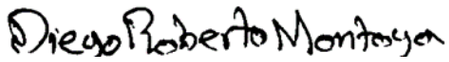
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C**., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

(EN USO DE PERMISO)

OSVALDO TENORIO CASAÑAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GABRIEL HERNANDO ARIAS LEWING CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (RAD. 29 2020 00464 01).

Bogotá D.C. veintinueve (29) de abril 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, en su calidad de apoderada conforme a la Escritura Pública N° 120 del 1 de febrero de 2021 (fl. 179).

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte demandante (fl. 174), COLPENSIONES (fls. 176 a 179), PORVENIR S.A (fls. 183 a 184), y SKANDIA S.A (fl. 192), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta, contra la sentencia proferida por el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 7 de febrero de 2022 (*Audiencia virtual, récord xxxx cd. folio 164),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional que fuere efectuado or el demandante señor GABRIEL HERNANDO ARIAS LEWING con cédula de ciudadanía No. 3.228.460, desde el régimen de prima media con prestación definida hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad y que tuvo efectividad desde el mes de julio de 1997, ante la AFP PORVENIR S.A., lo que acarrea también la ineficacia de los traslados horizontales de fondos privados, que se realizaron con posterioridad al Fondo Horizonte, Colfondos y Old Mutual, a los que se ha hecho referencia en este proceso, fruto de la omisión del deber de información que corresponde conforme a la Constitución y a la Ley, razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.*
>
> ***SEGUNDO**: **CONDENAR** a la AFP OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, incluyendo los valores de capital, intereses y frutos, sumas adicionales de la aseguradora, bono pensional, y en general toda suma que se ha recibido por motivo de las cotizaciones del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a recepcionar los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, conforme se condenó en el numeral primero, traduciendo en igual número de semanas estos recursos en el régimen de prima media con prestación definida, el cual se declara es el único en el que, en forma válida se ha encontrado afiliado el demandante.*
>
> ***CUARTO:** Declarar no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** en costas de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de un (1) SMLMV, a cargo de cada una de las demandadas PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. Y OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y el monto de ½ SMLMV a cargo de COLPENSIONES, a favor de la parte actora".*

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES la apeló. Consideró, la declaración de ineficacia del traslado vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Recordó, el demandante ejerció su derecho a la libre escogencia de régimen pensional y no existe prueba que hubiera sido coaccionado para adoptar esa decisión. Enfatizó en que el actor ha permanecido por muchos años en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y recalcó, las conductas desplegadas por su representada han estado revestidas de buena fe[1] (*Audiencia virtual concentrada, cd. folio 164 record. 01:52).*

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 *(folios 38 y 38 vuelto),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(folios 38 vuelto a 40 vuelto)*, aspirando se declare la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad; como consecuencia, se ordene a OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., trasladar todos los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor a COLPENSIONES, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado del demandante al RAIS, disponiéndose en

[1] **Apoderada de Colpensiones (record. 01:52)** Gracias su señoría. Me permito presentar el recurso de apelación en los siguientes términos. Reitero los argumentos de defensa expuestos en los alegatos de conclusión y de manera respetuosa interpongo el recurso de apelación por cuanto la declaratoria de ineficacia del traslado vulnera y quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Mi representada no puede asumir el arrepentimiento del demandante habiendo ejercido su derecho a la libre escogencia pues no hay prueba de coacción que viciara la manifestación de su voluntad, sobre todo por su permanencia en el régimen de ahorro individual durante tantos años. La decisión vulnera el conjunto normativo previsto especialmente en la ley 797 de 2003, la ley 100 de 1993 y el decreto 3800 de 2001. Adicionalmente, todas las conductas desplegadas por mi representada fueron de buena fe y con la firme convicción de estar obrando conforme a derecho, razón suficiente para que se revoque la condena impuesta. En ese orden solicito revocar la decisión de ineficacia del traslado. Muchas gracias.

consecuencia que se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media, ordenando a OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., trasladar todos los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor a COLPENSIONES, junto con sus rendimientos; incluyendo capital, intereses y frutos, sumas adicionales de la aseguradora, bono pensional y toda suma que haya recibido con motivo de las cotizaciones del demandante al RAIS, a COLPENSIONES a recibir dichos recursos y traducirlos en igual número de semanas en el régimen de prima media. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A, con quien se efectuó el traslado de régimen pensional, no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[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 19 de octubre de 1957 (folio 10*)* por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante petición elevada ante COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA el 9 de octubre de 2019 (fls. 26 a 33) esto es, cuando tenía 61 años de edad 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

[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".*

incorporadas a los autos, contaba con 268,86 semanas cotizadas a Colpensiones, que corresponden a 5,15 años (folio 16), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 21 de julio de 1997, con fecha de efectividad a partir del 22 de julio de 1997 *(cd. folio 109, págs. 32 y 85),* por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, expedida por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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*

"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.

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante[5], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para el año 1997, cuando trabajaba en IBM, asesores de PORVENIR S.A. visitaron la empresa e hicieron una presentación a los trabajadores, hablando de la solidez de la empresa y de la poca sostenibilidad que para entonces aquejaba al ISS. En forma individual lo atendió una asesora; le ayudó a diligenciar el formulario y él finalmente lo suscribió*,* 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 PORVENIR *(cd. folio 109, Página 32),*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

[5] Audiencia del 7 de febrero de 2022, récord 1:51:38

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 87 a 89, archivo contestación demanda Porvenir cd. folio 109)*****,** 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 – PORVENIR- no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, en tanto ni siquiera contestó la demanda.

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

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

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia,*

coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.
…
En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 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**, (21 de julio de 1997**efectivo el 22 **de julio de 1997)** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia 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 *(exp. Virtual archivo 13 contestación Porvenir fl. 2020-00103 folio 61 pdf),* en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*ibíd.*).

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

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

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

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

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

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

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

> *esa variación doctrinal, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un 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 OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS 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, en relación 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 interpuesta por COLPENSIONES[6], a favor de quien se surte la consulta *(folio 60),* 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 (fl. 60, la cual se tuvo por contestada en auto del 10 de diciembre de 2021 fl. 116).

> *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.

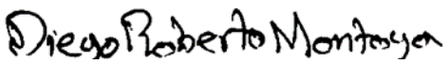
En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

(EN USO DE PERMISO)

OSVALDO TENORIO CASAÑAS

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

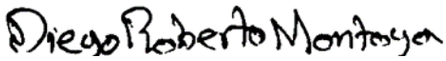
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA CLEMENCIA CASTRO RAMOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A (RAD. 22 2019 00764 01)

Bogotá D.C. veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada JENNIFER XIMENA LUGO ROJAS 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 (fl. 248).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las demandadas PORVENIR S.A (fls. 242 a 246), COLPENSIONES (fls. 249y 250), y PROTECCIÓN S.A (fls. 254 y 255) , 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 y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 22 Laboral del Circuito de Bogotá DC, el pasado 01 de julio de 2021 *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 15:30, archivo "019AudienciaArt80del20210708.mp4", expediente digital),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la señora MARIA CLEMENCIA RAMOS identificada con la CC.51.602.607, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 16 de abril de 1995, incluido los traslados realizados dentro del mismo régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a COLFONDOS, fondo al que se encuentra afiliada la señora MARTHA CLEMENCIA RAMOS traslade a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a PROTECCIÓN, COLFONDOS y PORVENIR remitan a COLPENSIONES, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo, conforme quedó explicado precedentemente.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*
> ***QUINTO: CONDENAR** en costas a las AFP a la suma de 1 SMLMV a cargo de cada una.*
>
> ***SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES **CONSÚLTESE,** a su favor ante el Honorable Tribunal Superior de distrito judicial de Bogotá Sala Laboral "*

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada PROTECCIÓN S.A, la apeló de manera parcial respecto a la condena de la devolución de los gastos de administración. En sustento de ello aduce que la deducción de dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante por este concepto, se realizó en virtud de una disposición legal, válida, exigible y vigente, no por capricho de la AFP, además, indicó que son comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante.

De otro lado, manifestó que en caso hipotético que la entidad asumiera no haber realizado la gestión de administración y sea ordenando la devolución de los

conceptos a COLPENSIONES, los cuales fueron trasladados a PORVENIR, en el momento en el que la demandante hizo traslado a la AFP, solo habría lugar a que se trasladaran los aportes, pero sin los rendimientos generados.

Finalmente, señala que en caso de declararse la nulidad o ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que las cosas vuelven a su estado anterior, por lo que se deberá trasladar solo los aportes que fueron acreditados para el momento de dicha declaración sin los rendimientos generados, ya que estos pertenecen al régimen de ahorro individual por mandato de la ley, precisando de haber estado todo este tiempo afiliada al régimen de prima media no hubiera generado de tales rendimientos[1] *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 17:13, archivo "019AudienciaArt80del20210708.mp4", expediente digital)*

A su turno PORVENIR igualmente interpuso recurso de apelación de manera parcial frente al numeral tercero de la sentencia, en el cual se condena a esa AFP a realizar la devolución de los gastos administración. Por lo cual indica que, dentro de la motivación de la sentencia, no se realizó una justificación porque la entidad, debe asumir los gastos de administración siendo una AFP independiente a HORIZONTE en el momento del traslado.

---

[1] *"**Apoderada PROTECCIÓN (17:13):** Gracias señora juez, señora juez y honorables magistrados de la Corte estando dentro del término procesal interpongo recurso de apelación, al numeral tercero en cuanto a la condena de devolución de comisiones de administración a PROTECCIÓN S.A, dentro del presente proceso, y el cual fundamento de la siguiente manera.*

Se debe tener en cuenta que la deducción de dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante por este concepto, se realizó por consecuencia de una, de una disposición legal, válida, exigible y vigente, no por capricho de mi representada y se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante.

En el hipotético caso que se asuma que PROTECCIÓN no realizó la su gestión administración y se ordene la devolución de estos conceptos a COLPENSIONES, debe proceder entonces la devolución de todos los rendimientos generados mientras estuvo afiliada a mi representa y que se trasladaron a la AFP PORVENIR, en el momento en el que la demandante hizo traslado a la AFP, estos se generaron producto de la gestión y buena administración y en ese sentido solo habría lugar a que se trasladaran los aportes, pero sin los rendimientos generados.

Además, en caso de declararse la nulidad o ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que las cosas vuelven a su estado anterior, por lo que se deberá trasladar sobre los aportes que fueron acreditados para el momento de dicha aclaración de la demandante, sin los rendimientos generados, ya que estos son exclusivamente generados en el régimen de ahorro individual por mandato de la ley. De haber estado todo este tiempo afiliado al régimen de prima media no hubiera generado tales rendimientos. En los anteriores términos dejo planteado mi recurso de apelación, muchísimas gracias señora juez."

Adiciona, que lo anterior excede los limites facultados por la ley al fallador de primera instancia frente a la condena instaurada, toda vez que no fue solicitado en el escrito de la demanda, la devolución respecto de los gastos de administración, por lo que no fue sometido al debate probatorio. Añade, que la parte actora nunca renunció a derechos pensionales para considerar que se le generó un perjuicio durante el tiempo en el que estuvo afiliada a PORVENIR en su momento HORIZONTE, viendo que es una AFP que no realizó el traslado de régimen y que tampoco tiene los aportes actualmente sino fue una administradora evidentemente de transición frente al periodo de vinculación y traslado de régimen de la parte actora.

En su sentir, las valoraciones tenidas en cuenta para la devolución de los gastos de administración, se hace frente a un criterio que, si opera la ineficacia en sentido estricto, pero ante el análisis de devolución de rendimientos financieros que se condena a otra codemandada no se sostiene la misma tesis, evidentemente porque no podría conllevar la devolución de los rendimientos financieros. Refiere, la Superintendencia Financiera en concepto emitido en enero del año 2020, consagró la imposibilidad de hacer la devolución de los gastos de administración en este tipo de condenas, propiamente porque tiene una destinación diferente el aporte y la gestión realizada por la AFP fue desempeñada claramente de buena fe al generar rendimientos positivos en la cuenta de ahorro individual y al pago de primas de seguro por invalidez y sobrevivencia del afiliado.

De otro lado, considera que la excepción de prescripción debe prosperar, ello teniendo en cuenta la destinación diferente que tienen los aportes frente a la administración de los mismos, dado que la motivación y criterio adoptado propiamente por las cortes frente a la imprescriptibilidad se soporta únicamente frente a la protección constitucional a la pensión, no frente a lo concerniente a los gastos de administración.[2] *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a*

[2] *"**Apoderado PORVENIR (18:42):** Gracias su señoría de manera respetuosa interpongo recurso de apelación de manera parcial al numeral tercero, de la parte resolutiva de la sentencia, en la cual se condena a mi representada a hacer la devolución de lo concerniente a los gastos de administración que durante este tiempo estuvo afiliada la parte demandante.*

En un primer aspecto porque al momento en que la parte actora estuvo afiliada a HORIZONTE, propiamente era una AFP independiente a PORVENIR, la parte considerativa del fallo no se motiva ningún aspecto frente

través de la plataforma Microsoft Teams récord 18:42, archivo "019AudienciaArt80del20210708.mp4", expediente digital)

Finalmente, la apoderada judicial de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque y en consecuencia sea absuelta la entidad. Como argumento indicó, la indebida valoración probatoria, asegurando no solamente las documentales son un medio de prueba, sino también los interrogatorios de parte cuando se genere una confesión.

Manifiesta, que para el año 1995 como la demandante lo expuso en el interrogatorio de parte se le brindó información precontractual, esto es, antes de firmar ese formulario de afiliación, en donde la actora indicó que se le informó que el ISS se iba a acabar, que iba a tener unos beneficios, la posibilidad de pensionarse en una edad anticipada, mencionó beneficios respecto a su esposo e hijos, además, de la información que haya olvidado. Por lo que, refiere la demandante es la única persona que puede acreditar la asesoría brindada por la

---

a este aspecto, entre la distinción entre las administradoras de pensiones, que si bien con posterioridad hace un efecto por cesión de fusión en el año 2013, no se realiza una justificación porque mi representada, debe asumir esos gastos de administración, siendo una AFP independiente a HORIZONTE en el momento, durante el tiempo que la parte actora estuvo afiliada con dicha AFP.

En otro sentido, porque esto excede los limites facultados por la ley al fallador de primera instancia frente a la condena instaurada a mi representada, en un sentido porque no fue pedido en un escrito introductoria de la demanda la evolución a lo concerniente de gastos de administración, no fue sometido a debate probatorio , ni derecho de defensa de mi representada, y se está acogiendo una línea jurisprudencial que dentro de un aspecto fáctico la parte actora, nunca renunció a derecho pensionales para considerar que se le generó un perjuicio durante el tiempo en el que estuvo afiliado a mi representada, en su momento HORIZONTE, viendo que es una AFP que no realizó el traslado de régimen y que tampoco tiene los aportes actualmente sino fue una administradora evidentemente de transición frente al periodo de vinculación y traslado de régimen de la parte actora.

En ese sentido pues las valoraciones tenidas en cuenta para la devolución de los gastos de administración, se hace frente a un criterio que, si opera la ineficacia en sentido estricto, pero frente el análisis de devolución de rendimientos financieros que se condena a otra codemandada no se sostiene la misma tesis, evidentemente porque no podría conllevar la devolución de los rendimientos financieros. La misma superintendencia financiera en concepto emitido en enero del año 2020, consagró la imposibilidad de hacer la devolución de los gastos de administración en este tipi de condenas, propiamente porque tiene una destinación diferente el aporte y la gestión realizada por la AFP fue desempeñada claramente de buena fe al generar rendimientos positivos en la cuenta de ahorro individual y al pago de primas de seguro por invalidez y sobrevivencia del afiliado. Si estos argumento pues evidentemente no son suficientes, pues evidentemente debe prosperar la excepción de prescripción propuesta a este tipo de condena, teniendo en cuenta la destinación diferente que tienen los aportes frente a la administración de los mismos, dado que la motivación y criterio adoptado propiamente por las cortes frente a la imprescriptibilidad se soporta únicamente frente a la protección constitucional a la pensión, no frente a lo concerniente a los gastos de administración, en ese sentido debía operar la excepción de prescripción frente a estos rubros.

Por lo anterior, le solicito a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá revocar de manera parcial la decisión, y en su lugar absolver a mi representada de la condena a la que fue incursa, gracias señora juez."

AFP, y la puede parcializar con el fin de buscar una ventaja en el proceso, por lo tanto, considera las aseveraciones de la parte únicamente pueden ser valoradas cuando produzca una consecuencia que favorezca a la contraparte.

Insiste en que se evidencia para la fecha del traslado la existencia de una asesoría precontractual por la AFP, y que esa información fue necesaria y suficiente para que se realizara un traslado libre y voluntario por parte de la demandante. Por ello, en su sentir se presentó una indebida valoración probatoria, debido a que no se tomó en cuenta los demás factores. Considera, que el interrogatorio de parte es una prueba que buscar allegar a un concomimiento amplio y suficiente al juez de un hecho que la única forma de probarlo es el dicho de la demandante por ser una asesoría de manera verbal como la misma lo manifestó.

Manifiesta, lo único que se debe informar al momento del traslado es la forma como se financiaran sus recursos, ello porque dependen de los aportes voluntarios en el RAIS.

Agrega, en lo referente a la prohibición legal, con ella buscaba el legislador que en caso de existir una controversia entre el afiliado y la AFP, el afiliado podría buscar el retorno o afiliarse a otros fondos cuando no le faltaren menos de 10 años para pensionarse y en el caso en concreto, la demandante lo realiza muchos años después, cuando busca una motivación sobre el valor de la mesada pensional y esto hace que la declaratoria de ineficacia del traslado sea injustificada, y produzca una descapitalización del sistema. Teniendo en cuenta eso, asegura hay que darle un valor a las normas, con las cuales el legislador pretendió proteger los sistemas a través de unas prohibiciones legales, buscando ese interés general sobre el particular, que es lo que debe primar en cualquier proceso judicial. Finalmente solicitó no ser condenada en costas por ser un tercero de buena fe en el proceso.[3] *(Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la*

[3] *"**Apoderada COLPENSIONES (22:54):** Gracias su señoría, siendo esta la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia, solicitándole de manera respetuosa a los magistrados del Tribunal Superior Sala laboral, se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a COLPENSIONES de cada una de las pretensiones incoadas, lo anterior teniendo en cuenta los siguientes argumentos.*

Primero, indebida valoración probatoria, como se pudo apreciar dentro de todo el proceso efectivamente no solamente las documentales son un medio de prueba, sino también los interrogatorios de parte en el sentido cuando se genere una confesión, lo cierto es que nos encontramos frente a una ineficacia en el traslado de

plataforma Microsoft Teams récord 22:54 archivo "019AudienciaArt80del20210708.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

---

régimen pensional, para eso nos vamos al primer momento que realizó el traslado de la señora demandante y eso fue en el año 1995, como lo expuso en su interrogatorio de parte, realizó una confesión cuando manifestó que se le brindó información precontractual, quiere decir, antes de firmar ese formulario de afiliación, en donde manifestó que se le habló que el seguro se iba acabar, se le indicó que iba a tener unos beneficios, se le informo que podría pensionarse en una edad anticipada, se le mencionó que tenía uno beneficios para sus esposos e hijos, entre otra información que incluso puede que haya omitido o se le haya olvidado por el año que realizó esa asesoría y en el año que rindió un interrogatorio de parte. Lo cierto que la demandante es la única persona que puede acreditar la asesoría brindada por la AFP, y la puede parcializar con el fin de buscar una ventaja en el proceso, por lo tanto, las aseveraciones de la parte únicamente pueden ser valoradas cuando constituya una valoración, es decir, aquello que produzca una consecuencia jurídica observa o favorezca a la contraparte.

En este sentido con las pruebas documentales, haciendo un engranaje con el interrogatorio de parte se evidencia que si existió para la fecha del traslado de régimen pensional, una asesoría precontractual por la AFP en su momento, y que esa información fue necesaria y suficiente para que se realizara un traslado libre y voluntario por parte de la demandante, por eso es que se establece que hay una indebida valoración probatoria, porque no se están tomando en cuenta los demás factores y si es verdad que la carga probatoria en este momento la tiene las AFP, lo cierto que el interrogatorio de parte y la confesión, es una prueba que buscar allegar a un concomimiento amplio y suficiente al juez de un hecho que la única forma de probarlo es el dicho de la demandante por ser una asesoría de manera verbal como la misma lo ha manifestado.

Hay un segundo punto, y es algo que se le está tomando, y es que no se le hacen ventajas, no se le informa cuando hace el traslado unas ventajas, unas desventajas y unas proyecciones, lo cierto es que no existen ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, porque decir esto estaríamos diciendo que el legislador se equivocó a la hora de regular cada uno de ellos, porque se estaría generando una desigualdad de cada uno de los afiliados, por eso lo único que se debe informar al momento del traslado es la forma como se financiaran sus recurso, por qué, porque dependen de los aportes voluntarios, y estamos hablando más precisamente del RAIS, aportes voluntarios que realice la demandante, en su entorno familiar, los salarios, lo que devenga, todo esto en un tiempo, estamos hablando de 1995 y su señoría, nos encontramos en el año 2021.

De igual forma, no se le puede quitar precisión a esa prohibición legal que lo que buscaba el legislador era justamente eso, de que existía algún tipo de controversia entre la AFP y el afiliado, podría buscar el retorno o podría afiliarse en otros fondos cuando no le faltaren menos de 10 años para pensionarse. En este caso, imaginen, desde 1995 encontrándonos en el año 2021, y justamente lo realiza cuando ya busca una motivación sobre el valor de la mesada pensional y esto hace que la declaratoria de ineficacia del traslado sea injustificada, y produzca una descapitalización del sistema. Teniendo en cuenta eso, hay que darles un valor a las normas, que el legislador buscó proteger los sistemas a través de unas prohibiciones legales, esto con buscando ese interés general sobre el particular, que es lo que debe primar en cualquier proceso judicial.

Teniendo en cuenta todos los punto o ítems que se ha descrito acá para justificar el recurso de apelación, le solicito de manera respetuosa que se revoque la decisión y no se tenga en cuenta las motivaciones del a quo y segundo no sea condenada mi representada en costas, teniendo en cuenta que es un tercero de buena fe en el proceso y dado que nos encontramos frente a un traslado de régimen en el cual COLPENSIONES no participo. De esta forma dejo sustentado mi recurso de apelación gracias. "

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*fl. 84),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 84 y 85 ibídem),* aspirando se declare la nulidad e ineficacia del traslado de régimen que realizó la demandante el 16 de abril de 1995 del ISS a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A; como consecuencia se ordene a COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales; así mismo se ordene a COLPENSIONES a realizar todas las gestiones pertinentes encaminados a anular el traslado de régimen y a recibir a la actora sin solución de continuidad, costas y agencias en derecho, lo ultra y extra petitta. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, además se le ordenó a COLFONDOS S.A a trasladar con destino a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, y a COLPENSIONES a recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. Además, condenó a COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la afiliación al cada fondo, como también en costas y agencias en derecho.

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[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 12 de mayo de 1961 *(fl. 2),* 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 COLFONDOS –sin fecha- (*fls. 16 a 20*) y ante COLPENSIONES el 19 de octubre del 2019 (*fls. 22 a 24.*) esto es, cuando ya contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no tenía 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 85 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 1,16 años *(Página 89, archivo "003ContestacionDemandaColpensiones.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 **16 de abril de 1995** con fecha de efectividad a partir del **01 de mayo de 1995** *(fls. 112 y 113 vto),* específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y el formulario de afiliación suscrito con la COLMENA hoy PROTECCIÓN 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

---

[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".*

autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el

valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado 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[6], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[7] no acreditan de manera alguna que conociera las

[7]*Audiencia 8 de julio de 2021, récord 10:35.*

implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto aseveró que al encontrase trabajando en la Universidad de los Andes, la oficina de Talento Humano le comentó de la presencia de un asesor de COLMENA, el cual le informó que ISS se iba a acabar, que con el fondo privado podría pensionarse con una edad anticipada, que su esposo e hijo podría tener beneficios, y por ello procedió a suscribir la afiliación, empero, negó haber recibido explicación acerca de aspectos como la forma en que se causa la pensión, cuáles son las modalidades de pensión, la existencia de una cuenta de ahorro individual, la generación de rendimientos, la posibilidad de acceder a una pensión de garantía mínima, qué ocurría en caso de invalidez o sobrevivencia, entre otras particularidades del RAIS al que se estaba afiliando. No obteniendo de lo anterior confesión alguna como erradamente lo señala Colpensiones en su apelación.

Respecto al comunicado de prensa *(fls. 116 y 117),* 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.

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 COLMENA Hoy PROTECCIÓN S.A *(fl. 113 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.

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

sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –COLMENA hoy PROTECCIÓN 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 1995, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A omitió en el momento del traslado de régimen **(16 de abril de 1995, efectivo el 01 de mayo 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.

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.

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. 112 vto),* en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, 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 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 PROTECCIÓN S.A y 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 (…)".*

Frente a esta temática, debe anotarse igualmente en punto a la apelación de PORVENIR 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."***

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por PORVENIR que el concepto emitido por la Superintendencia Financiera no resulta vinculante, y en todo caso, la determinación de devolver los gastos de administración no resulta caprichoso, sino que, se itera, es consecuencia de la aplicación de los efectos de la declaratoria de ineficacia.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES *(Página 424 a 426, Archivo "001ExpedienteFisicoDigitalizado.pdf", expediente digital)*[8] entidad a favor de quien se surte la consulta, y como argumento del recurso de apelación por parte de PORVENIR S.A *(fls. 226 y 227),* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la

[8] *Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 31 de mayo de 2021, (Página 435, archivo 001ExpedienteFisicoDigitalizado.pdf", expediente digital)*

excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar frente a los argumentos de inconformidad de PORVENIR en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

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

> *consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*
>
> *Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (...)"* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, 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 éstas 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 confirma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de ésta demandada.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se 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 Veintidós (22) 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

(EN USO DE PERMISO)

OSVALDO TENORIO CASAÑAS

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 FERNANDO MEDELLIN LOZANO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 22 2021 00520 01)

Bogotá D.C. veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante, PORVENIR S.A, COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A (fls. 4 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 el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 22 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 2 de febrero del 2022 *(Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:20:56, Archivo 12 expediente virtual),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por el señor FERNANDO MEDELLÍN LOZANO identificado con C.C. No. 19.446.827, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 02 de agosto de 1994. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

> ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a PORVENIR S.A. fondo al que se encuentra afiliado, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, si hubiere lugar a ello el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, estos dos últimos debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES.*
> ***TERCERO: ORDENAR*** *a la AFP PROTECCIÓN S.A., a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo debidamente indexadas, conforme quedó explicado.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR*** *a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A. y a efectuar los ajustes en la historia pensional del actor, conforme quedó explicado.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR*** *que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.*
>
> ***SEXTO: DECLARAR NO PROBADA*** *las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad a la parte motiva del fallo.*
>
> ***SÉPTIMO: CONDENAR*** *en costas a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A Fíjese como agencias en derecho cada una en la suma de $2.000.000.*
>
> ***OCTAVO: CONSÚLTESE****, la presente decisión en favor de COLPENSIONES ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.****”***

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

Así, en primer lugar, PORVENIR solicita se revoque en su totalidad la sentencia, señalando que no procede la ineficacia como quiera que la norma prevé que para su declaratoria deben existir actos que impidan o atentan en contra de esa libertad de afiliación, es decir, cuando se realizan actos con dolo lo que supone la intención de causar daño, asegurando en este caso no se alegó ni se acreditó el dolo por parte de su representada y lo que se exhibió siempre con claridad es que el demandante suscribe formularios de afiliación de manera libre y voluntaria.

Indica que de los interrogatorios se pudo colegir que no hubo un engaño y que por el contrario la información proporcionada fue brindada de manera clara, completa y comprensible, adicionalmente, señala que se dejó de lado que no estamos ante

el hecho de un afiliado lego, como quiera que el mismo demandante en sus repuestas demostró un amplio conocimiento que tiene en el RAIS, reiterando el formulario de afiliación no es un simple formato, sino que se da en cumplimiento de la ley 100 de 1993 y de las obligaciones que para ese entonces tenía tal AFP.

Finalmente expresa respecto de la condena por gastos de administración que conforme al concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia en el evento que proceda la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado, las sumas a retornar serían los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, pero no los gastos de administración, es decir, lo que se dispone en el artículo 113, literal b de la ley 100 del 93, precisando de la lectura de esta norma no se habla de gastos de administración por cuanto estos son valores que no pertenecen al afiliado en ningún régimen pensional, ya que no entran a financiar la prestación de vejez y por ende, no son parte integra de ella, considerando tales dineros fueron debidamente administrados que generaron rendimientos, situación que conoce ampliamente el demandante (*Archivo 13 expediente virtual, record: 1:23:17)*[1]

[1] "Si su señoría estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en los siguientes términos.

El juzgador indica que se presenta una ineficacia en razón a la falta de información, sin embargo no procedería la declaratoria de esta ineficacia como quiera que la norma prevé que para su declaratoria pues existir actos que impidan o atentan en contra de esa libertad de afiliación, es decir, cuando se realizan actos con dolo para impedir esa o atentar en contra de esa libertad de afiliación, lo que supone la intención de causar daño y en este caso no se alegó ni se acreditó el dolo por parte de mi representada y lo que se exhibió siempre con claridad es que el demandante suscribe formularios de afiliación de manera libre y voluntaria.
Ahora vale la pena recordarle al Tribunal que en los interrogatorios se pudo colegir que no hubo un engaño y que por el contrario la información proporcionada fue brindada de manera clara, completa y comprensible, adicionalmente, el juez lo menciono de manera muy respetuosa dejo de lado que no estamos ante el hecho de un afiliado lego, como quiera que el mismo demandante en sus repuestas demostró un amplio conocimiento que tiene en el RAIS.

Adicionalmente, le corresponde al demandante demostrar el perjuicio que se le causo de conformidad con lo que establece el artículo 4806 de 2020 para que se configure la ineficacia, es decir, no solo se puede revisar si solo hubo insuficiente información, sino que también junto con este requisito se debe revisar si la parte actora probó el perjuicio causado que se establece en el artículo 167 del Código General del Proceso.
Manifiesta también el a quo que el expediente de alguna manera este huérfano de pruebas, dado que el formulario de afiliación suscrito en el 96 con PORVENIR, de alguna manera carece de elementos de juicio para determinar información entregada y pese a que se hizo la inversión de la carga de la prueba, contrario con lo legalmente establecido pues no se puede compartir esta conclusión, por cuanto el formulario de afiliación no es un simple formato, por el contrario lo muestra en el cumplimiento de la ley 100 del 93 y de las obligaciones que para ese entonces tenía mi representada.

También recordar y ratificar lo dicho en los alegatos de conclusión, respecto para esa fecha no era mi representada, o mi representada no tenía la obligación de brindar una proyección pensional, por cuanto esas normas datan del 2014 en adelante y también que es un hecho objetivamente demostrable que de manera libre y voluntaria durante el tiempo de vinculación, aproximadamente 28 años, bajo la conducta que ha trazado la honorable Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, se debe validar esta situación como la verificar de la

PROTECCIÓN en su apelación solicita se revoque la condena relativa a trasladar a COLPENSIONES los los valores que en su momento fueron descontados por gastos de administración y primas del seguro previsional, lo anterior teniendo en cuenta que estos valores fueron descontados por mandamiento normativo, y en retribución de esos valores, los afiliados reciben los rendimientos que son propios del sistema de capitalización del régimen de ahorro individual, razón por la cual refiere el demandante generó unos rendimientos debido a la buena administración que realizaron los fondos privados frente a su afiliación, precisando estos dineros no hacen parte de la cuenta de ahorro individual, por lo tanto trasladarlos a COLPENSIONES sería un enriquecimiento sin causa a favor de esta entidad, por no ser parte del dinero que va a tener la pensión de vejez el demandante.

Asegura que tiene derecho a conservarlos como restitución mutua a su favor, ya que la afiliación en ningún momento se hizo de mala fe, y mucho menos el cobro de estos gastos de administración, o el valor de los seguros previsionales, pues todo fue por el cumplimiento del deber de información que tiene los fondos privados y se cumplió en el momento de afiliación del demandante, indicando respecto del seguro previsional fue un dinero que se descontó mensualmente, girado a un tercero de buena fe, en este caso a la aseguradora, para que en caso de existir un siniestro de invalidez o muerte, la aseguradora pagara esa suma adicional que le correspondía al afiliado, por lo que no tiene una facultad jurídica para solicitarle a la aseguradora esos dineros, más aun cuando no hizo parte del

---

voluntad del afiliado, situación que también fue ratificada a través de la sentencia 747236 del 6 de abril del 2016. Y si bien hay una línea jurisprudencial bien conocida por todas, y que yo no voy a repetir, respecto del deber de información se debe resaltar al Tribunal que estas decisión es fueron proferidas en casos en los cuales los actores estaban amparados por el régimen de transición y es por eso en varias de estas sentencias se han salvado votos y aunque la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo ya indicó que no importa si esta amparado por el régimen de transición o no, pues claramente se vuelven a estudiar estos casos con personas que están amparadas por el régimen de transición y en este sentido no hay una identidad fáctica con el caso que nos ocupa.

Finalmente, indicar respecto la condena por gastos de administración que la Superintendencia Financiera de Colombia ya ha indicado taxativamente que en el evento que proceda la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado, las sumas a retornar serán entonces los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, pero no los gastos de administración, es decir, lo que se dispone en el artículo 113, literal b de la ley 100 del 93, y nótese que la lectura de esta norma pues no se hablan de gastos de administración por cuanto estos son valores que no pertenecen al afiliado en ningún régimen pensional, ya que no entran a financiar la prestación de vejez y por ende, no son parte integra de ella. Adicionalmente, estos dineros fueron buenos administrados y muestra de ellos es que se generaron rendimientos, situación que conoce ampliamente el demandante. En ese sentido, le solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que revoque la sentencia de instancia y en su lugar absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones, muchas gracias.”

contrato que se suscribió entre el demandante y su representada. (*Archivo 13 expediente virtual, record: 1:28:21)*[2]

Finalmente, COLPENSIONES, no se encuentra de acuerdo con el hecho de que no se haya declarada probada la excepción de prescripción, manifestando el término señalado en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003 fue creado para salvaguardar el principio de solidaridad del régimen pensional, el cual no cumple el demandante pues lleva más de 28 años sin cotizar al régimen de prima media con prestación definida, asegurando sea que se pensione en el RAIS o en el RPM ningún derecho pensional le está siendo coartado con la aplicación de la prohibición legal en el cual se encuentra inmerso.

[2] "Gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación, solicitándole a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, se revoque la sentencia que ha proferido el juzgador de primera instancia en lo relativo a condenar mi representada a trasladar a COLPENSIONES, los valores que en su momento fueron descontados por gastos de administración y primas del seguro previsional, lo anterior teniendo en cuenta que estos valores fueron descontados por mandamiento normativo, pues la ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados a realizar la deducción de un porcentaje sobre el valor de aportes de los afiliados al sistema general de pensiones, este porcentaje se usa para cubrir los gastos de administración y pagar las primas de seguro previsional y en retribución de esos valores, los afiliados reciben los rendimientos que son propios del sistema de capitalización del régimen de ahorro individual, es así que la cuenta del demandante generó unos rendimientos debido a la buena administración que realizaron los fondos privado frente a la afiliación de este, y es importante señalar que estos dineros no hacen parte de la cuenta de ahorro individual, ni tampoco son dineros que se usen para sufragar la pensión de vejez en COLPENSIONES, por lo tanto incluso trasladarlos a COLPENSIONES sería un enriquecimiento sin causa a favor de esta entidad, por no ser parte del dinero que va a tener la pensión de vejez el demandante.

Así mismo, mi representada tiene derecho a conservarlos como restitución mutua a su favor, ya que la afiliación en ningún momento se hizo de mala fe, y mucho menos el cobro de estos gastos de administración, o el valor de los seguros previsionales, pues todo fue por el cumplimiento del deber de información que tiene los fondos privados y se cumplió en el momento de afiliación del demandante.

Ahora bien, en cuanto al seguro previsional es importante señalar que es un dinero que se descontó mensualmente y fue girado a un tercero de buena fe, en este caso a la aseguradora, para que en caso de existir un siniestro de invalidez o muerte, la aseguradora pague esa suma adicional que le corresponde al afiliado, y mi representada no tiene una facultad jurídica para solicitarle a la aseguradora esos dineros, más aun cuando no hizo parte del contrato que se suscribió entre el demandante y mi representada. Así entonces, se tiene dejar presente en la sentencia se está ordenando el traslado de unos rendimientos que se dieron única y exclusivamente por el formulario de afiliación que se está declarando ineficaz, en ese sentido no habría incluso lugar a trasladar rendimientos o gastos de administración, si la figura de la ineficacia es que vuelvan a su estado anterior, razón por la cual se solicita a los magistrados tener en cuenta que ese cobro de gastos de administración, más la prima de seguros previsional en ningún momento fue desconociendo la normatividad vigente que para el año 1994 se tenía con la afiliación del demandante, ni mucho menos el acompañamiento y deber de información que los fondos reconocen tener pero se manifiesta nuevamente que no era una obligación normativa, conservar en una documental diferente al formulario de afiliación que dé cuenta de esa asesoría que se brindaba de manera verbal.

Así entonces dejo sustentado mi recurso, solicitando se revoque parcialmente la sentencia que ha sido proferida por el juzgado de primera instancia. Muchas gracias su señoría."

Añade, debe tenerse en cuenta la calidad que tiene el demandante respecto a sus conocimientos de los regímenes pensionales, pues tenía claro las características del mismo y así una visión clara y sencilla sobre qué régimen le beneficiaría más, dado que conocía las diferencias entre uno y otro, reiterando era conocedor de las características principales del régimen de prima media con prestación definida y las del régimen de ahorro individual, razón por la cual solicita se realice una valoración probatoria de sus dichos pues pueden constituir una confesión, precisando al no ser evidentemente dilucidada la falta al deber de información la declaratoria de ineficacia no tendría lugar, solicitando se revoque la sentencia y se absuelva a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra. (*Archivo 13 expediente virtual, record: 1:32:22*[3]*)*

[3] "Gracias su señoría interpongo el recurso de apelación contra la sentencia que usted acaba de proferir, solicitándole a los magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en la especialidad Sala Laboral la revoquen en su integridad por las siguientes razones.

En primera medida no comparte este apoderado judicial la interpretación que hace el despacho del artículo 2 de la ley 797 de 2003, que modificó el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en el entendido que el despacho le proporciona a este término un carácter prescriptivo, extintivo del derechos prestacionales, lo cual no corresponde a la esencia de esta norma, esta norma jamás intentó prescribir o extinguir derechos pensionales, de hecho son imprescriptibles, tal y como lo dice en su sentencia el a quo, sino que este término que creo el legislador se hizo para salvaguardar el principio de solidaridad del régimen pensional, principio de solidaridad que no cumple el demandante ya que lleva más de 28 años sin cotizar al régimen de prima media con prestación definida, sea como que cumpla los requisitos de ley en uno u otro régimen será pensionado por vejez, ningún derecho pensional está siendo coartado, el aquí demandante con la aplicación de la prohibición legal en la cual se encuentra inmersa, inmerso, en ese sentido no ve razón suficiente este apoderado judicial para no aplicarla, siendo además una de las pocas, pocos argumentos de defensa que tiene COLPENSIONES en este tipo de procesos.
De igual forma me quiero reiterar en los alegatos de conclusión, situación que desestimó el despacho de plano, sobre la calidad que ostenta el aquí demandante o mejor la calidad que tiene el demandante respecto a sus conocimientos de los regímenes pensionales, en precedencia se ha dicho en la sentencia las características que se les debe exponer al demandante respecto a los regímenes pensionales, tiene que darle una visión clara y sencilla sobre qué régimen le beneficia más, y el aquí demandante tenía eso claro, tenía las diferencias entre uno y otro régimen, sabia cuáles eran las características particulares o mejor las características principales del régimen de prima media con prestación definida y como el régimen de ahorro individual se diferenciaba con el mismo, para nada el señor Fernando es un afiliado lego, conocía las características de uno y otro régimen, tanto que así se formó un criterio propio para escoger el régimen de ahorro individual con solidaridad, el mismo lo dijo en su declaración de parte, cuales eran, que su mesada era heredable, y que podía reiterar o podía acceder a la devolución de saldos en el momento en que cumpliera estos requisitos, de tal manera que considerar al señor Fernando Medellín como un afiliado lego y de esta forma aplicar el precedente jurisprudencia reiterado de la corte Suprema de Justicia, es desconocer la particularidad de cada caso en concreto, y por tal razón le solicito a los magistrados del Tribunal Superior de Bogotá analice la prueba, declaración de parte que se surtió en esta audiencia y se realice una valoración probatoria de que los dichos del demandante pueden constituir como una confesión, de que conocía cuales eran las características de uno u otro régimen. De tal manera, que soslayar ese deber de información para obligaciones que par el momento del traslado no eran o no existían pues es no aplicar de manera temporal el precedente jurisprudencial y en ese sentido se estaría vulnerando el derecho de defensa no solo de los fondos privados sino de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, pues y como lo he dicho en precedencia tiene un derecho de defensa bastante limitado y este tipo de sentencias lo ponen a responsabilizarse por actos jurídicos celebrados por terceros.

Al no ser evidentemente dilucidada la falta al deber de información en este proceso judicial y en donde la carga de la prueba se invirtió y se logró demostrar que el aquí demandante no era un afiliado lego, 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 en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*Archivo 1 página 159 expediente virtual),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Archivo 1 páginas 156 a 158 expediente virtual),* aspirando se declare la ineficacia del traslado efectuado a PROTECCIÓN en agosto de 1994 y ante PORVENIR en octubre de 1996, en consecuencia se condene a esta AFP a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y los rendimientos causados, igualmente se ordene a COLPENSIONES a recibirlo en el RPM y a mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad, costas y agencias en derechos, condenas *ultra y extra petita.* **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante el 2 de agosto de 1994 al RAIS administrado por PROTECCIÓN. En consecuencia, se ordenó a dicha AFP a transferir a COLPENSIONES rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, estos dos últimos debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES. Igualmente condenó a PROTECCIÓN a devolver los gastos de administración debidamente indexados. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada Protección no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado, precisando si bien se pudo haberle brindado información al actor sobre los beneficios del RAIS, no le explicó las consecuencias de su traslado.

---

declaratoria de ineficacia no da lugar y por eso le solicito a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá revoquen esta sentencia y liberen a COLPENSIONES de las pretensiones que se han incoado en contra de la misma. 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[4].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 31 de julio de 1961 *(Archivo 1 expediente virtual página 73),* por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORTECCIÓN y COLPENSIONES en el año 2021, como se lee de las respuestas dadas por estas entidades (*Archivo 1 expediente digital , páginas 78 a 86 y 139 a 144*) y ante PORVERNIR el 23 de marzo del 2021 (*Archivo 1 expediente digital , páginas 97 a 102*), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 314.29 semanas cotizadas al sistema que corresponden 6 años, 1 mes y 10 días de aportes *(Archivo 4 expediente virtual, página 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, como lo sostiene COLPENSIONES en su apelación.

No obstante, lo anterior con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al

[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".*

Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **2 de agosto de 1994** con fecha de efectividad a partir del **01 de septiembre de 1994** *(Archivo 4 expediente virtual página 71)* por afiliación que hiciera a PROTECCIÓN, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP *(Archivo 5 expediente virtual página 21)*.

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

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

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

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute* ***es eficaz****, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no*

> *de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

[5] *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** del actor 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[6], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

[6] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de*

transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de

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.*

---

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 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 *(Audio archivo 12 expediente virtual record: 19:14)* 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, que se podían heredar los dineros ahorrados, sumado a los rendimientos que se generaría, pero de manera alguna le indicaron sobre las modalidades pensionales en el RAIS, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, requisitos para pensionarse anticipadamente, entre otros aspectos, situación que en manera alguna puede entenderse, como lo alega COLPENSIONES en la alzada, que el actor conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado, además negó haber recibido explicación acerca de aspectos como la forma en que se causa la pensión, cuáles son las modalidades de pensión, 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, no encontrándose confesión alguna al respecto.

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

consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación, precisándose, aunque el demandante adujo conocer aspectos como la existencia de los rendimientos financieros y la creación de la cuenta de ahorro individual, entre otras características de dicho régimen, de su versión resulta claro que es el **conocimiento que tiene a la fecha** lo cual no implica necesariamente que en 1994, le fue entregada esa misma información, como era deber de la administradora.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN *(Archivo 5 expediente virtual página 21),* 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.

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 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 *(Archivo 4 expediente virtual páginas 139 a 141)* 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 PROTECCIÓN 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, 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 PROTECCIÓN estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen **(2 de agosto de 1994 , efectivo el 01 de septiembre de 1994 Archivo 4 expediente virtual página 71),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios

antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del 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 *(certificación página 74 Archivo 4 expediente virtual),* del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

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

En relación con los argumentos de apelación de PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A., relacionados con la devolución de los rendimientos y gastos de

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

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

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

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

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por PORVENIR que el concepto emitido por la Superintendencia Financiera no resulta vinculante, y en todo caso, la determinación de devolver los gastos de administración no resulta caprichoso, sino que, se itera, es consecuencia de la aplicación de los efectos de la declaratoria de ineficacia.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES en su contestación y apelada ante esta instancia[7] *(Archivo 6 expediente virtual páginas 30 a 32),*entidad a favor de quien además 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

[7] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 17 de enero del 2022 (*Archivo 8 expediente virtual*).

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.

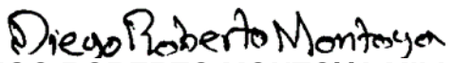
En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 22 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

(EN USO DE PERMISO)

OSVALDO TENORIO CASAÑAS

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 BEATRIZ DELGADO FERNANDEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 24 2019 00429 01).

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por los apoderados las partes a través de correos electrónicos recibidos el 8 y 10 de febrero respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con ocasión del recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez 41 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 1° de diciembre del 2021, en audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams (Cd. fl. 90 récord 17:42), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda elevadas por BEATRIZ DELGADO FERNANDEZ, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: REVELARSE** del estudio de las excepciones elevadas por la parte demandada.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** en costas, incluidas las agencias en derecho a la demandante y a favor de COLPENSIONES en la suma de $1.000.000.*
>
> ***CUARTO: REMITIR** copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.*
>
> ***QUINTO:** En caso de no ser apelada la providencia, se ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la demandante."*

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora la apela, solicitando se revoque la sentencia proferida y en consecuencia se acceda a las pretensiones de la demanda, esto es, se pague la mesada 14 desde el 1° de junio del 2014 fecha en la que Colpensiones suspendió su pago, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por cuanto en su sentir el ISS subrogo al empleador en el pago total de la mesada a su cargo, precisando para hacer el respectivo pago del trámite de la conmutación pensional debió haber recibido un cálculo actuarial por ende asegura la accionada debe asumir el pago de las mismas mesadas pensionales que venía percibiendo la demandante desde antes de causar la pensión de vejez, dado que al aceptar la conmutación todas las obligaciones a cargo del Banco Central Hipotecario constituyen un derecho adquirido y por tanto la actora no tiene por qué verse afectada con la eliminación de la mesada pensional que venía recibiendo.

Frente a la pretensión de los intereses moratorios reiteró que ya la Corte Suprema de Justicia ha cambiado su postura e indica que estos proceden tato como en la demora en el pago de las mesadas pensionales, como también el pago incompleto de las mismas. (Cd. fl. 90, record: 18:38)[1]

---

[1] "Señor juez con el debido respeto me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en esta instancia. Bueno digamos que solicitó amablemente al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral, que revoque la sentencia proferida en esta instancia y en consecuencia se accedan a las pretensiones de la demanda en el sentido que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la mesada 14 de la señora BEATRIZ DELGADO FERNANDEZ a partir del 1 de junio de 2014, fecha en la que COLPENSIONES suspendió el pago de esa mesada pensional y que además se pague los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, hasta la fecha que se verifique su pago por la demora injustificada en el reconocimiento y pago de la 14 mesada pensional.

Este apoderado judicial digamos que se aparta un poco de la sentencia proferida en esta instancia, en el entendido que ya la Corte Suprema de Justicia o en aplicación de la figura de la conmutación pensional, digamos que se ha referido que esto es una figura mediante el cual pues el ISS puede sustituir a la empresa obligada, en este caso al pago de la pensión de jubilación y demás derechos accesorios a ella, pues de esto se puede notar que el ISS subrogó al empleador en el pago total de la mesada a su cargo y que para hacer el respectivo pago tramite de la conmutación pensional debió haberse recibido un cálculo actuarial, obligación que digamos que se desconoció al momento de reconocer la pensión legal de vejez, y pues en la práctica y conforme a lo que digamos a lo que se ha presentado o a la aplicación de la figura es el ISS el que debe asumir el pago de las mismas mesadas pensionales que venía percibiendo mi poderdante desde antes de causar la pensión de vejez, dado que al aceptar la conmutación de vejez establecida pues en los diferentes actos administrativos ya referenciados en esta audiencia, todas las obligaciones pensionales a cargo de la entidad o del banco central hipotecario digamos que, que esta es una obligación que ya se constituye como un derecho adquirido y por lo tanto, mi poderdante no tiene por qué verse avocada a la eliminación de la mesada pensional adicional que venía recibiendo.

Ahora que ya digamos que dentro de los mismos alegatos de conclusión se citó que la sentencia SL 3946 DE 2020, la Corte ha adoquinado que en estos casos la mesada 14 que se venía recibiendo constituye un derecho adquirido que no puede ser desconocido al reconocer la pensión legal de vejez por parte de COLPENSIONES, y es que me permito citar en esta sentencia:

"*Esta Corte en anteriores oportunidades en procesos seguidos contra la misma demandada, no se ha referido al tema de la llamada mesada, (sic); se ha referido al tema de la llamada mesada 14 ligada con pensiones causadas con anterioridad al 29 de junio de 2005, fecha en la que entro en vigencia el acto legislativo 01 de 2005, para precisar que es un derecho adquirido, razón por la cual no se puede afectar situación definidas o consumadas conforme a las leyes anteriores, máxime cuando como quedó dilucidado la entidad demandada le venía reconociendo el pago de la mesada 14 hasta antes que el ISS le concediera la pensión de vejez."*

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 BEATRIZ DELGADO FERNANDEZ en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el respectivo acápite (fl. 3), las cuales encuentran sustento en los hechos relatados en el libelo demandatorio a folios 3 y 4, aspirando se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor la mesada 14 a partir del mes de junio de 2014 fecha en que Colpensiones le suspendió dicha mesada pensional, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación y las costas. **Obteniendo sentencia totalmente adversa a sus aspiraciones,** por cuanto se absolvió de todas las pretensiones incoadas tras considerar el *a quo* que, como la demandante causó su derecho pensional con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no adquirió el derecho a percibir la mesada 14, advirtiendo, contrario a lo asentado en la demanda, la prestación que reconoció el ISS a favor de la actora no corresponde a la prestación conmutada por su ex empleador BANCO CENTRAL HIPOTECARIO, sino a la pensión de vejez con cargo al régimen de prima media con prestación definida por el cumplimiento de los requisitos previstos en el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990, precisando el Juzgador Colpensiones cumplió con las obligaciones asumidas por el ISS con el Banco Central Hipotecario en Liquidación, cuando aceptó la conmutación de su pasivo pensional mediante resolución No 324 de 2004, es decir, que ese rubro accesorio, lo canceló el ISS hoy Colpensiones teniendo como fundamento la pensión voluntaria, temporal y anticipada que en un comienzo la entidad financiera le había otorgado a la demandante, aduciendo la misma conmutación pensional de carácter temporal, solo era aplicable hasta la

---

Otro punto, que se quiere toca dentro de este recurso de apelación señor juez es que si bien es cierto digamos que la conmutación de la mesada pensional se hizo en el año 2004 hasta el año 2012, pues nótese que la vigencia del acto legislativo pues ya este comienza a regir desde el año 2005, sin embargo, que al ser conmutada la respectiva mesada pensional el banco central hipotecario debió dentro del cálculo actuarial prever que este dinero o la mesada 14 se debería seguir pagado, por lo cual pues debió haberlo incluido dentro del respectivo cálculo actuarial, ya que posteriormente el acto legislativo 01 de 2005, haya limitado el derecho al reconocimiento o al acceso al derecho de, reconocimiento de la mesada 14, es un cuestión que en cierta medida no tiene por qué afectar el reconocimiento y pago de su mesada 14, que antes el Banco central Hipotecario le venía reconociendo.

Frente a la pretensión de los intereses moratorios reitero que ya la Corte Suprema de Justicia pues ha cambiado su postura e indica que estos proceden tato como en la demora en el pago de las mesadas pensionales, como también el pago incompleto de las mismas. Bajo los anteriores postulados dejo sentado mi recurso de apelación. Muchas gracias señor juez."

fecha en que la actora cumpliera los requisitos para acceder a la pensión de vejez legal lo cual ocurrió el 23 de agosto de 2012, momento en el cual la pensión de vejez legal debía ser reconocida en los términos del Decreto 758 de 1990, en armonía con el Acto Legislativo 01 de 2005 y como quiera que la mesada otorgada por $1.975.495 superó los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes no era dable percibir 14 mesadas sino únicamente 13.

En esa orientación, en primer término, debe indicarse, no existe discrepancia en torno a los siguientes supuestos fácticos:

i. La demandante nació el 23 de agosto de 1957 (fl. 12)
ii. Mediante conciliación celebrada el 6 de agosto de 1999, la demandante y el Banco Central Hipotecario dieron por terminada la relación laboral y, dicha entidad le reconoció una pensión de vejez temporal, anticipada y voluntaria, la cual sería pagada por el Banco "*única y exclusivamente hasta el momento en que el Instituto de Seguros sociales asuma la de vejez o invalidez*" en suma de $1.049.383,83 (fls. 14 a 17)
iii. En el numeral 11 de esa acta se consignó que en el evento en que el ISS reconociera una mesada pensional inferior a la que venía pagando el Banco, este último no se obligaba a asumir diferencia alguna (fl. 16).
iv. El ISS aceptó la conmutación pensional para respaldar el pasivo de los pensionados del extinto Banco Central Hipotecario (se extrae del contenido del acto administrativo visible a folio 24)
v. A través de la Resolución GNR 341478 del 5 de diciembre del 2013, COLPENSIONES le reconoció a la actora la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 23 de agosto del 2012 en cuantía inicial de $1.975.495. (fls. 24 a 32).

Pues bien, para resolver la apelación es menester dilucidar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio reclamada.

Al respecto, debe memorarse, por virtud de lo consagrado en el inciso 8º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, *"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año."*[2]

[2] *"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa*

Sin embargo, en la misma disposición normativa, se encuentra la excepción a la aplicación del inciso en cita, esto es el parágrafo 6° transitorio en el que se establece:

> *"**Parágrafo transitorio 6º.** Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".*

De tal manera, se tiene que en el acto administrativo de reconocimiento pensional se estableció como data de causación de la prestación por vejez a favor de la actora el 23 de agosto del 2012, fecha en la que concurrieron a su favor la edad -55 años- (nació el 23/08/1957 fl. 12) y las semanas de cotización previstas en el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año.

Así, como quiera que la pensión se causó con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 -29 de julio de 2005- y, particularmente, después del 31 de julio de 2011, resulta evidente que la demandante está excluida de la procedencia de la mesada adicional que reclama -14-

Ahora bien, es importante anotar, aunque la convocante refiere en la demanda y en su apelación que la prestación que en el año 2012 reconoció el ISS a su favor (Razones de derecho folio 5) corresponde a la conmutación que hiciera el BANCO CENTRAL HIPOTECARIO respecto de la pensión anticipada otorgada en el año 1999, la cual le fue cancelada en 14 mesadas anuales, lo cierto es que verificada las probanzas incorporadas al plenario es posible concluir que ello no es así.

Al punto, se advierte, mediante acta de conciliación celebrada el 6 de agosto de 1999 entre la aquí demandante y el Banco Central Hipotecario (folios 14 a 17), esta última se obligó a reconocer a favor de BEATRIZ DELGADO FERNANDEZ una pensión de vejez "*temporal, anticipada y voluntaria",* la cual sería cancelada "*única y exclusivamente hasta el momento en que el Instituto de Seguros Sociales asuma la pensión de vejez o invalidez",* advirtiendo "*por tratarse de una pensión absolutamente temporal y voluntaria, en el evento de que el Instituto de Seguros Sociales le reconozca una mesada pensional inferior a la que venía reconociendo*

---

cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

el Banco, éste no se obliga de ninguna manera a asumir diferencia alguna". (Numerales 3 y 11 fls. 15 y 16).

Así, pese a que, en efecto, el ISS asumió las obligaciones pensionales que estaban a cargo del Banco Central Hipotecario en Liquidación en virtud de la conmutación, la cual fue aceptada mediante Resolución 324 de 2004 con fecha de ingreso a nómina en junio de 2004[3], ello lo fue respecto de pensiones que tenían el carácter de temporales, como la reconocida a la demandante.

De este modo, fue en virtud de la citada conmutación, que la entidad de seguridad social ISS pagó las mesadas que restaban de la pensión anticipada con inclusión de la respectiva mesada 14, advirtiendo la Sala el propósito de dicho pago no fue más allá que dar cumplimiento al acuerdo bilateral que puso fin a la relación de trabajo y, por ende, garantizar el pago de la pensión acordada, hasta la causación de la prestación a la que por ley tenía derecho.

Nótese, en el caso de marras, según puede leerse de la mentada resolución, la demandante solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez la cual fue reconocida, como se advirtió en apartados anteriores, por encontrar satisfechos los presupuestos previstos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 de ese mismo año, aplicable en virtud del régimen de transición que previó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 del cual se encontró beneficiaria, razones por las cuales no puede decirse como lo supone la parte actora en su apelación, que se desconocieron sus derechos adquiridos, insistiendo, la pensión reconocida por su ex empleador tenía un carácter voluntario y temporal, y feneció una vez fue reconocida la prestación por vejez con cargo al Sistema General de Seguridad Social en pensiones.

Téngase en cuenta la prestación jubilatoria tuvo carácter temporal y se extinguía con el cumplimiento de la edad para acceder a la pensión legal de vejez, independiente a la otorgada por la entidad de seguridad social, en tanto la actora ya contaba con las semanas legalmente exigidas pues según se desprende de la Resolución GNR 341478 del 5 de diciembre del 2013 para el 31 de julio del 2012 tenía 1700 semanas de aportes (fl. 24); por ende, aunque la demandante venía recibiendo 14 mesadas al año, el derecho se extinguió cuando cumplió los 55 años de edad, el 23 de agosto del 2012, pues como se indicó el requisito de semanas había sigo superado con anterioridad, y si bien el Banco Central

[3] Según se lee de los comprobantes de pago de nómina visibles a folios 34 a 36.

Hipotecario continúo cotizando para los riesgos IVM hasta el ciclo de marzo del año 2004 (historia laboral Cd. fl. 88), no se configuró una compartibilidad pensional, pues el objetivo de la entidad bancaria era consolidar la pensión legal, para que la ex trabajadora solicitara su prestación, una vez cumpliera la edad, sin que pueda asumirse como una extensión de la pensión temporal otorgada en el año 1999 a través de la conciliación efectuada.

Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral se ha pronunciado entre otras, en sentencia SL464 de 2022 Rad. No. 83513 del 9 de febrero del 2022 en donde se estudió el mismo asunto frente a una pensión temporal concedida por el Banco Central Hipotecario, considerando:

> *"… no es dable confundir la pensión voluntaria conferida en su momento por el empleador, con la otorgada posteriormente por el entonces Instituto de Seguros Sociales de orden legal, concedida en atención al cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En ese entendido, al causarse el derecho en el mes de enero de 2006, la pensión de vejez debió ser objeto de las restricciones previstas en la reforma constitucional de 2005, como lo concluyó el colegiado.*
>
> *Sirva memorar, que en sentencia CSJ SL2822-2019, dando cierre a un caso de similares contornos, esta Corporación concluyó:*
>
> > *[…] De esta manera, desacierta la censura al estimar que los derechos accesorios con que se reconoció el derecho pensional por parte del Banco tuviesen que mantenerse en la pensión legal de vejez del ISS, pues, se itera, esta última prestación se causó de manera posterior, independiente y bajo presupuestos normativos distintos a los derivados del acuerdo conciliatorio y a la conmutación pensional y, por tanto, aspectos como el relacionado con la mesada catorce debían regirse por lo dispuesto para la época en que la demandante reunió los requisitos (octubre de 2008). En ese orden, tampoco erró el juez de apelaciones al referir que a la fecha en que la actora causó la pensión legal de vejez, el goce de la mesada catorce se había limitado, en razón a la reforma introducida por el A.L 01 de 2005, y solo las pensiones que no superaban los 3.s.m.l.m.v tenían derecho a percibirla, caso que no era el suyo.*

Razones por las cuales se itera, como la administradora del régimen de prima media, reconoció a la señora DELGADO FERNANDEZ la prestación por vejez a través de Resolución GNR 341478 del 5 de diciembre del 2013 a partir del 23 de agosto del 2012, esto es, en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, el número de mesadas anuales se afectó con el límite establecido de 13 al año; en tanto dentro del presente asunto no era posible aplicar la excepción contenida en el artículo 1°, parágrafo transitorio 6 del citado ordenamiento, pues la pensión se causó con posterioridad al 31 de julio del 2011, sin que sea necesario estudiar el segundo punto de apelación, que se sustenta en la procedencia de los intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por la mora en el

reconocimiento de la mesada 14, a la cual, como se indicó, no tiene derecho la demandante.

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

COSTAS en la apelación a cargo de la demandante.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

(EN USO DE PERMISO)

OSVALDO TENORIO CASAÑAS

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 $7000.000, 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 RODOLFO BARROSO PACHECO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A (RAD. 24 2020 00332 01)

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte demandante (fls. 5 y 6), y COLPENSIONES (fls. 8 a 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 desatar el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 16 de febrero de 2022 (*Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Virtual, récord 31:55 archivo "21 AUDIENCIA ART. 77-80 CPTSS 16-02-2022.mp4",, expediente físico),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación que hizo el señor RODOLFO BARROSO PACHECO al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS el 19 de octubre de 1998, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales el señor RODOLFO BARROSO PACHECO nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido según corresponda con motivo de la afiliación del señor RODOLFO BARROSO PACHECO, como*

cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, ello significa que se debe trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, lo que tenga en su cuenta de ahorro individual junto con lo que haya deducido por concepto de gastos de administración.
***CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir al señor RODOLFO BARROSO PACHECO, como afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que le debe trasladar COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.*

***QUINTO: DECLARAR NO PROBADOS** los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.*

SEXTO: SIN CONDENA EN COSTAS.

***SÉPTIMO:** En caso que se presente recurso de apelación contra la presente decisión por parte de COLPENSIONES, **REMÍTASE** en el expediente al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor."*

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de COLPENSIONES la apeló, solicitando se revoque la sentencia y en su lugar se absuelva a la entidad. En sustento de ello, advierte dentro del expediente no obra prueba que demuestre que se está frente a un vicio del consentimiento, ya sea por error, fuerza o dolo.

Refiere, existe un error sobre un punto de derecho, que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado, en este caso COLFONDOS, por no tratarse de un error dirimente o un error de nulidad que es aquel que por esencia da la validez del acto y lo condena a su anulación o recisión judicial. Añade, que conforme al artículo 1604 del Código Civil la responsabilidad de los fondos se convierte en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que señale la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS. Por lo que, ello implica que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante, y dicha apreciación en su sentir quiebra toda lógica a las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez que la responsabilidad objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva de quien causa el daño. Insiste, que dicho aspecto no aplica en casos de traslado de régimen, dado que los potenciales pensionados cuentan con el deber de asesorarse, siendo así que existen obligaciones legales reciprocas, en ese sentido el decreto 2241 del 2010, establece el régimen de protección al consumidor financiero, determinando las obligaciones a los afiliados que pertenecen al sistema general de pensiones.

Alude, a los deberes mínimos que tienen los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo se debe entender como una decisión consciente con el régimen seleccionado.

De otro lado, expresa si en gracia de discusión se admitiera la existencia del vicio alegado del traslado del régimen tuvo que se advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, contando con 4 años para pedir la recisión del acto jurídico del traslado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del código civil y como no lo hizo, asegura ese hecho debe tenerse como una ratificación tacita del acto, con el cual se sanea cualquier nulidad que pudiere existir.

Considera, que no es viable que el demandante pretenda ahora la nulidad del traslado, después de observarse que la pensión no estaría acorde a sus aspiraciones económicas, por ende, el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema, tal y como lo aceptó al firmar el formulario de vinculación.

Respecto al formulario de afiliación, trae a colación sentencias proferidas por el Tribunal de Bogotá, las cuales señalaron que dicho formulario constituye prueba fidedigna de que la decisión de afiliación a un fondo privado que administra el RAIS, es informado, pues dichos documentos traen consignó manifestación de haber recibido la información necesaria para tomar la decisión del traslado.

Por otro lado, advierte que la inconformidad de los afiliados radica en la diferencia entre monto pensional que podría recibir entre los regímenes pensionales, configurándose un error de derecho, el cual no vicia el consentimiento.

Alega, que, con la declaratoria de la nulidad, el eventual traslado de los aportes del RAIS al RPM, afectaría gravemente el equilibrio financiero y presupuestal de COLPENSIONES, en su sentir, desconociendo el principio constitucional de la sostenibilidad financiera, pues aumentaría de forma considerable el pasivo pensional ya existente, pues no basta que el fondo de pensiones COLFONDOS traslade los rendimientos y el ahorro total del actor, ya que debe recordarse que las mesadas pensionales en el régimen de prima media con prestación definida no se financian únicamente con las cotizaciones del afiliado, como pasa en el RAIS, sino que el Estado subsidia el mayor porcentaje de la prestación[1] (*Audiencia*

[1] *"**Apoderada COLPENSIONES (34:36):** Gracias señora juez, siendo el momento procesal oportuno me permito presentar recurso de apelación, en contra de la decisión tomada por esta sede*

judicial, con el fin de que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque la decisión tomada por este despacho, y en su lugar absuelva a mi representada, teniendo en cuenta que el vicio del consentimiento, dentro del expediente no obra prueba alguna de que demuestre que se este frente a un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1640 del código civil, ya sea por error, fuerza o dolo.

Ahora bien, nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho, que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado, en este caso COLFONDOS, por no tratarse de un error dirimente o un error de nulidad que es aquel que por esencia la validez del acto y lo condena a su anulación o recisión judicial, dentro de los fallos relacionados con el traslado del régimen, interpretación del artículo 1604 del código civil que realiza la Corte, hace en responsabilidad de los fondos se convierte en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que soporte la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS. Eso obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante, y dicha apreciación quiebra toda lógica a las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez que la responsabilidad objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva de quien causa el daño. Este aspecto no aplica en casos de traslado de régimen, dado que los potenciales pensionados cuentan con el deber de asesorarse, siendo así que existen obligaciones legales reciprocas, en ese sentido el decreto 2241 del 2010, que establece el régimen de protección al consumidor financiero, determina las obligaciones a los afiliados que pertenecen al sistema general de pensiones.

"Artículo 4: ***Deberes.*** *Los consumidores financieros del Sistema General de Pensiones tendrán los siguientes deberes, en lo que les sea pertinente:*

1. *Informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones, del nuevo Sistema de Administración de Multifondos y de las diferentes modalidades de pensión.*
2. *Aprovechar los mecanismos de divulgación de información y de capacitación para conocer el funcionamiento del Sistema General de Pensiones y los derechos y obligaciones que les corresponden."*

De conformidad con la anterior normativa, existen los deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente con el régimen seleccionado. Por lo cual me permito traer a colación la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá bajo el radicado 2018 445 del 30 de julio del 2020, del magistrado ponente David Correa Esther: "Existe un criterio jurisprudencial mayoritario, no unificado en el órgano de cierre, en relación con la temática que hoy conocimiento de esta sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión de cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional, puesto que decidió voluntariamente cambiarse de régimen, contando con las oportunidades de trasladarse nuevamente en los términos dispuestos en la ley 797 de 2003, antes de que le faltaré 10 años o menos para la edad mínima pensional.

Si en gracia de discusión se admitiera la existencia del vicio alegado del traslado del régimen ocurrió en el mismo, tuvo que se advertido en esa oportunidad, ante la información brindada, por lo que indefectiblemente a partir de esta fecha, debida contarse con 4 años con en el que contaba el afiliado de pedir recisión del acto jurídico del traslado, de conformidad, con lo dispuesto en el artículo 1750 del código civil y como no lo hizo, ese hecho debe tenerse como una ratificación tacita del acto, del acto, con lo que se sanea cualquier nulidad que pudiere existir.

Así las cosas, no es viable que el demandante pretenda ahora la nulidad del traslado, después de que observó que la pensión no estaría acorde a sus aspiraciones económicas, por ende, el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema, tal y como lo aceptó al firmar el formulario de vinculación.

Igualmente, se indica en providencias de la sala laboral del tribunal superior de Bogotá, como lo son bajo radicado 2017 207 del 27 de marzo de 2019, y el 2017 669 del 24 de abril de 2019, bajo ponencia de la doctora Angela Lucia Murillo, el cuerpo colegiado se ha indicado que el formulario

virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Virtual, récord 34:26 archivo "21 AUDIENCIA ART. 77-80 CPTSS 16-02-2022.mp4", 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 (*Página 6, archivo "01 DEMANDA Y ANEXOS 202000332.pdf", expediente digital*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 6 a 8, ibídem*), aspirando se declare la ineficacia del acto del traslado del actor, del régimen de prima media al RAIS con COLFONDOS; en consecuencia, se declare vigente y sin solución de continuidad la afiliación del demandante a COLPENSIONES; se disponga al traslado con destino a COLPENSIONES de totalidad del capital ahorrado por el actor en COLFONDOS, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones producidas en el tiempo en que se administró dicho capital, como también las costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS a través de la AFP COLFONDOS el 19 de octubre de

---

de afiliación constituye prueba Fidelina de que la decisión de afiliación a una, a un fondo privado que administra el RAIS, es informado, pues dichos documentos traen consignó en su impreso manifestación de haber recibido manifestación necesaria para tomar la decisión del traslado, además, se puede observar que la inconformidad de los afiliados radica en la diferencia entre monto pensional que podría recibir entre los regímenes pensionales, configurándose un error de derecho, el cual no vicia el consentimiento.

Es importante reiterar que con la declaratoria de nulidad, el eventual traslado de todos los aportes del régimen de ahorro individual al régimen de prima media afectaría gravemente el equilibrio financiero, y presupuestal de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, desconociendo el principio constitucional de la sostenibilidad financiera, pues aumentaría de forma considerable el pasivo pensional ya existente, pues no basta que el fondo de pensiones COLFONDOS traslade los rendimientos y el ahorro total del actor, ya que debe recordarse que las mesadas pensionales en el régimen de prima media con prestación definida no se financian únicamente con las cotizaciones del afiliado, como pasa en el RAIS, sino que el Estado con proporción que es necesario, es decir, subsidia el mayor porcentaje de la prestación.

Es por todos los anteriores argumentos, señores magistrados que solicito sea revocada la decisión tomada, de acuerdo, a que no hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado, y en su lugar absuelva a mi representada de toda condena impuesta, teniendo en cuenta que en ultimas será el patrimonio público el cual se entra a pagar la pensión que llegaré a percibir la parte demandante, ya que dado su ahorro que hizo de manera individual, no ayuda a financiar las pensiones de los demás afiliados de régimen de prima media, y su ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión. Muchísimas gracias señora juez".

1998; declaró que para todos los efectos legales el actor nunca se vinculó al RAIS, contario a ello permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, ordenó a COLFONDOS a trasladar los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses con lo deducido por concepto de gastos de administración. Finalmente, condenó a COLPENSIONES a recibir al actor como afiliado, así como actualizar y corregir su historia laboral.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante al momento del traslado, pues ni tan siquiera aportó el formulario de afiliación, como tampoco se obtuvo confesión del actor en su interrogatorio, encontrando la *a quo* ausencia de la voluntad informada del accionante.

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].

En ese orden, conforme la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el plenario el actor nació el 4 de octubre de 1951 *(Página 37, archivo 1, expediente digital),* por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1° de abril de 1994, contaba con 42 años de edad, quedando claro que, en principio, es beneficiario del régimen de transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por el demandante el **19 de octubre de 1998 con fecha de efectividad 01 de diciembre de 1998** (*Página 87, archivo "06 CONTESTACION*

[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".

COLFONDOS.pdf", expediente digital), por afiliación que hiciera a COLFONDOS S.A. y que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba apenas con 28.85 semanas cotizadas *(Ver historia laboral aportada por Colpensiones Página 28, archivo "01 DEMANDA Y ANEXOS 202000332.pdf", expediente virtual*), por lo que 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.

Así las cosas, 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 como ya se indicó acaeció el **19 de octubre de 1998 con fecha de efectividad 01 de diciembre de 1998** específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP emitido por ASOFONDOS (*Página 87, archivo "06 CONTESTACION COLFONDOS.pdf", expediente digital*), **precisándose** en este punto, en autos el acto de afiliación no fue objeto de debate pues la misma AFP COLFONDOS aceptó la afiliación que hiciera la demandante a esa AFP en dicha fecha (*respuesta hecho 5, archivo 6 expediente digital*) sin que para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito constituya 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; imponiéndose entonces a esta demandada acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[3], en los términos del artículo 1746 del

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

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

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores*

que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar

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

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

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

relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado COLFONDOS S.A

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

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

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

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

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

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

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

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

> *cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, 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[5] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario, pues manifestó que en su lugar de trabajo (Alcaldía Municipal), se acercaron unas asesoras de la AFP, y les expresaron que podría pasarse al fondo, no obstante, indicó que nunca le brindaron una asesoría, y no recuerda haber firmado ningún formulario de afiliación. Agregó, que la razón por la cual no retorno a COLPENSIONES fue debido a que por un tiempo no trabajo y dejó de cotizar.

De lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que el asesor haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, el demandante no contaba con una ilustración suficiente, que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, olvidando COLFONDOS S.A 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

[5] Audiencia virtual realizada el 8 de febrero de 2022, *(Archivo, "17 11001310502420200033200s20220087904 02_08_2022 10_10 PM UTC.mp4", expediente digital)*

de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por el demandante.

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

Aquí también debe resaltar esta Sala, 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 COLFONDOS-, omitió en el momento del traslado de régimen (**19 de octubre de 1998, efectivo el 1 de diciembre 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, **en especial, la pérdida del beneficio del régimen de transición,** entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones COLFONDOS S.A a la que se encuentra actualmente afiliado el actor, del saldo 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.

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

Ahora, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta[6] (*Páginas 31 a 32, archivo "08 NOTIFICACION COLPENSIONES.pdf", expediente digital*) 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

[6] *Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 27 de enero de 2022, (archivo "12 AUTO FIJA AUDI.pdf", expediente digital).*

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, 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 esta instancia.

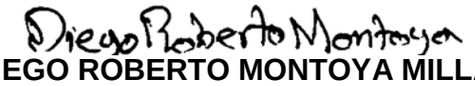
En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C**., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado veinticuatro (24) 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

(EN USO DE PERMISO)

OSVALDO TENORIO CASAÑAS

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.

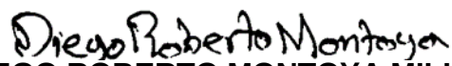
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA DOLORES MENDEZ CORREA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 26 2019 00381 01).

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril 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. (fl. 8 vto)



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de Colpensiones (fls. 8 y 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.

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 Segunda Laboral Transitoria del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 25 de noviembre del 2021 (Cd. fl. 3, Archivo 12 record: 26:45), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda elevadas por la accionante MARIA DOLORES MENDEZ CORREA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** probadas las excepciones de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, propuestas por la demandada.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** en costas a la demandante MARIA DOLORES MENDEZ CORREA, como se dijo en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión **CONCEDER** en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la demandante MARIA DOLORES MENDEZ CORREA, de conformidad con el inciso 2 del artículo 69 del Código procedimiento del trabajo y Seguridad Social."*

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación, señalando que la demandante durante los últimos 10 años tiene derecho a una reliquidación a partir del 31 de marzo del 2011 por cuanto cotizó con unos salarios más altos de los que Colpensiones tomó, señalando se debe aplicar una tasa del 90% del ingreso base de liquidación y reconocer los intereses moratorios, exonerando del pago de costas (Cd. fl. 3, Archivo 12 record: 27:45)[1]

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora MARIA DOLORES MENDEZ CORREA las pretensiones consignadas en la página 35 del Archivo 1 del expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a páginas 35 y 36 ibídem, pretendiendo de manera principal se condene a Colpensiones a reliquidar la pensión de vejez y aplicar un porcentaje superior al otorgado, junto con un retroactivo a partir del 31 de marzo del 2011 fecha en que cumplió los 55 años de edad, intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación de las sumas adeudadas, derechos

[1] Doctora teniendo en cuenta lo anterior, solicito se me acceda el recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, teniendo en cuenta lo siguiente. Si bien es cierto mi poderdante cotizó las semanas indicadas, también lo es que durante los últimos 10 años tiene derecho a una reliquidación, por cuanto ella cotizó con unos salarios más altos que los que COLPENSIONES tomó al momento de hacer la liquidación, se le debe aplicar el 90% del ingreso base de cotización de lo que ella realmente cotizó cuando giraba de Estados Unidos Colombia la parte de su pensión y aquí le liquidaban de acuerdo a la tarifa que se ven en las planillas anexadas, se le debe reliquidar la pensión con los últimos 10 años de acuerdo a los salarios devengados, la indexación de las mismas y al momento de aplicar se le debe dar el efectivo retroactivo a partir del cumplimiento de la edad, que sería el 31 de marzo de 2011, se debe entonces. Solicitó revocar la sentencia de primera instancia al Honorable Tribunal y en su lugar, condenar a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez a mi poderdante de acuerdo a lo cotizado bien sea con el Decreto 758 de 1990 o la ley 797 del año 2003. A partir de los 55 años de edad 31 de marzo de 2011, los intereses moratorios a partir de la misma fecha y exonerar de costas a mi poderdante. Gracias su señoría muy amable.

ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió de las pretensiones incoadas, tras considerar que la demandante no refiere cuales IBC no se tuvieron en cuenta para que proceda la reliquidación, precisando la *a quo* no ser posible aumentar la tasa de reemplazo toda vez que conforme a las semanas cotizadas -1135,14- la que le corresponde es la del 81%. Indicó que una vez efectuadas las operaciones aritméticas se obtuvo una cifra inferior a la reconocida en su momento por el ISS.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia, la calidad de pensionada de la actora, conforme se acreditó con la copia de la Resolución No. 128586 del 13 de diciembre del 2011 (Archivo 1 expediente digital páginas 19 y 20), con la cual se reconoció el derecho pensional a partir de 1° de mayo del 2011, a la luz de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición, teniendo en cuenta un total de 1130 semanas de cotización, y un monto de IBL de $1.557.931, al que se le aplicó una tasa de reemplazo equivalente al 81%, resultado como primera mesada pensional la suma de $1.261.924

Así las cosas, se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado que representa los intereses de la parte accionante, en el punto concreto objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia *(artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.),* pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia *(tantum devolutum quantum apellatum).*

En ese orden, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar si la demandante tiene derecho a la reliquidación de su prestación pensional, teniendo en cuenta el valor total de los IBC reportados ante COLPENSIONES y la aplicación de una tasa de remplazo del 90%, como también el retroactivo desde el cumplimiento de los 55 años de edad y los intereses moratorios.

En primer lugar y en lo que tiene que ver con la **tasa de reemplazo** aplicable, ha de tenerse en cuenta conforme lo dispone el Acuerdo 049 de 1990 en su artículo 20[2], para la tasa de remplazo pretendida se requiere contar con 1250 semanas de

[2] a) *Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,*

cotización, advirtiendo la Sala la actora apenas alcanzó 1135,14 semanas conforme al reporte de semanas aportado por Colpensiones en el Archivo 2 del expediente digital, razones que impiden acceder a lo solicitado por cuanto de acuerdo con dicho número de semanas le corresponde únicamente el 81%, conforme fue establecido por la encartada en el reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, en lo que tiene que ver con el **retroactivo** puede advertirse, si bien la accionante cumplió la edad de 55 años, exigida para acceder al derecho pensional por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, el 31 de marzo del 2011 (Ver Cedula de Ciudadanía página 45 Archivo 1 expediente digital), según el reporte de semanas cotizadas en pensiones obrante en el Archivo 2 del expediente digital aportado por la enjuiciada, la demandante realizó su última cotización al sistema como trabajadora independiente para el periodo de **abril del 2011**, fecha en la que acreditaba 1135,14 semanas de cotizaciones.

De tal manera, en consideración a que la situación pensional de la demandante fue definida con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aspecto no debatido en el trámite procesal, resulta aplicable en autos su artículo 13, el cual hace parte de la normatividad que rige el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, disponiéndose en el precepto citado: *"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".*

Así pues, como quedó visto, de acuerdo al detalle de semanas de cotización, pese a no registrarse la novedad de retiro por parte de la accionante como trabajadora independiente, lo cierto es que la última cotización pagada lo fue en abril del año 2011, fecha para la cual la señora MENDEZ CORREA ya cumplía el requisito de densidad de semanas de cotización exigido para acceder al derecho, cumpliendo la edad de 55 años desde marzo de ese año, por lo que es claro que la prestación

---

b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

pensional debía reconocerse a partir del día siguiente a la última cotización, esto es desde el **1° de mayo del 2011** y no desde el 31 de marzo de esa anualidad como se solicita en la apelación, como quiera que fue la data en que dejó de efectuar cotizaciones, solicitando el reconocimiento del derecho el 13 de abril del 2011, por lo que se puede colegir su voluntad de retiro del sistema desde el último aporte realizado, y en esa medida se debe absolver del retroactivo solicitado.

En cuanto a la **reliquidación** pretendida, si bien la parte actora no hace referencia a los valores respecto de los cuales no se encuentra de acuerdo con la liquidación efectuada por la encartada para el momento en que se le reconoció su derecho pensional, esta Sala de decisión procedió a realizar las operaciones aritméticas correspondientes a efectos de determinar si hay lugar a reliquidar la mesada pensional de la demandante, para lo cual se tuvo en cuenta los IBC que se reportan en la historia laboral allegada por la pasiva y actualizada al 16 de octubre del 2019 (Archivo 2 del expediente digital).

Conforme a lo anterior, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, se realizaron los cálculos matemáticos los cuales se incorporan como parte integrante de esta sentencia, anexándolos al plenario y que arrojaron como IBL de los 10 últimos años de aportes de la demandante (que fueron los solicitados por el apelante y que en todo caso no se discuten dentro de la presente Litis), tomándolos al mes de abril del 2011–fecha de la última cotización-, la suma de $1.568.828,69 a la cual se le aplica una tasa de remplazo equivalente al 81% atendiendo el número de semanas cotizadas, para una mesada pensional de **$1.270.751,24**[3] para el año **2011**, suma que resulta superior

[3]

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1998	219	31,210	73,45	2,353	$ 203.826,00	$ 479.686,63	$ 3.501.712,39
1999	358	36,420	73,45	2,017	$ 236.000,00	$ 475.952,77	$ 5.679.703,09
2000	354	39,790	73,45	1,846	$ 260.100,00	$ 480.129,30	$ 5.665.525,79
2001	360	43,270	73,45	1,697	$ 286.000,00	$ 485.479,55	$ 5.825.754,56
2002	360	46,580	73,45	1,577	$ 309.000,00	$ 487.248,82	$ 5.846.985,83
2003	330	49,830	73,45	1,474	$ 332.000,00	$ 489.371,86	$ 5.383.090,51
2006	269	58,700	73,45	1,251	$ 818.754,65	$ 1.024.489,42	$ 9.186.255,11
2007	300	61,330	73,45	1,198	$ 1.486.500,00	$ 1.780.261,29	$ 17.802.612,91
2008	300	64,820	73,45	1,133	$ 2.231.800,00	$ 2.528.937,21	$ 25.289.372,11
2009	360	69,800	73,45	1,052	$ 3.388.666,67	$ 3.565.867,72	$ 42.790.412,61
2010	300	71,200	73,45	1,032	$ 4.539.353,10	$ 4.682.801,76	$ 46.828.017,58
2011	90	73,450	73,45	1,000	$ 4.820.000,00	$ 4.820.000,00	$ 14.460.000,00
Total días	3600			Total devengado actualizado a:		2011	$ 188.259.442,50
Total semanas	514,29					Ingreso Base Liquidación	$ 1.568.828,69
Total Años	10,00					Porcentaje aplicado	81%
						Primera mesada	$ 1.270.751,24

a la otorgada por Colpensiones en la Resolución 128586 del 13 de diciembre del 2011 (páginas 19 y 20, archivo 01, expediente digital) que lo fue equivalente a **$1.261.924**, por lo que en efecto le asiste derecho a la demandante de obtener la reliquidación de su pensión, pues existe una diferencia de $8.827.

En lo que respecta a la excepción de prescripción oportunamente propuesta por Colpensiones[4], se tiene que la pensión fue reconocida a mediante Resolución No.128586 del 13 de diciembre del 2011 notificada el **17 de febrero del 2012** (página 21 Archivo 1 expediente digital), solicitando la actora su reliquidación solo hasta el **26 de noviembre del 2018** (páginas 9 a 17 Archivo 1 expediente digital) y acudiendo a la jurisdicción el 17 de junio del 2019 (Acta reparto página 31 Archivo 1 expediente digital), en ese orden dado que entre fecha en que se hizo exigible el derecho (17/02/12) y la data en que se reclamó la reliquidación (26/11/18) transcurrió un lapso superior a los 3 años, es clara la procedencia del fenómeno prescriptivo, encontrándose prescritas las diferencias de mesadas causadas del 1° de mayo del 2011 (fecha reconocimiento pensional) al 25 de noviembre del 2015 (3 años antes del reclamo 26/11/18), por lo que se habrá de declarar probada parcialmente la excepción de prescripción.

Así las cosas, se procede a concretar el valor del retroactivo por diferencias de mesadas pensionales, el cual se calculó del 26 de noviembre del 2015 al 29 de abril del 2022 (fecha de la presente sentencia), obteniendo como valor adeudado en esta instancia la suma de **$1.063.737,10**, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina de la mesada reliquidada.

	Tabla Retroactivo Diferencia Pensional						
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada***	***Mesada otorgada***	***Diferencia***	***N°. Mesadas***	***Subtotal***
01/05/11	*31/12/11*	*3,17%*	*$ 1.270.751,00*	*$ 1.261.924,00*	*PRESCRITO*		
01/01/12	*31/12/12*	*3,73%*	*$ 1.318.150,00*	*$ 1.308.993,77*			
01/01/13	*31/12/13*	*2,44%*	*$ 1.350.313,00*	*$ 1.340.933,21*			
01/01/14	*31/12/14*	*1,94%*	*$ 1.376.509,00*	*$ 1.366.947,32*			
01/01/15	*25/11/15*	*3,66%*	*$ 1.426.889,00*	*$ 1.416.977,59*			
26/11/15	*31/12/15*	*3,66%*	*$ 1.479.113,00*	*$ 1.468.838,97*	*$ 10.274,03*	*2,17*	*$ 22.294,6*
01/01/16	*31/12/16*	*6,77%*	*$ 1.523.489,00*	*$ 1.512.906,97*	*$ 10.582,03*	*14,00*	*$ 148.148,4*
01/01/17	*31/12/17*	*5,75%*	*$ 1.611.090,00*	*$ 1.599.899,12*	*$ 11.190,88*	*14,00*	*$ 156.672,3*
01/01/18	*31/12/18*	*4,09%*	*$ 1.676.984,00*	*$ 1.665.335,00*	*$ 11.649,00*	*14,00*	*$ 163.086,0*
01/01/19	*31/12/19*	*3,18%*	*$ 1.730.312,00*	*$ 1.718.292,65*	*$ 12.019,35*	*14,00*	*$ 168.270,9*
01/01/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 1.796.064,00*	*$ 1.783.587,77*	*$ 12.476,23*	*14,00*	*$ 174.667,2*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 1.824.981,00*	*$ 1.812.303,53*	*$ 12.677,47*	*14,00*	*$ 177.484,5*
01/01/22	***29/04/22***	*5,62%*	*$ 1.927.545,00*	*$ 1.914.154,99*	*$ 13.390,01*	*3,97*	*$ 53.113,7*
Total retroactivo							***$ 1.063.737,70***

[4] En la contestación de la demanda (página 59 Archivo 1 expediente digital) la cual se admitió por el juzgado mediante auto del 12 de diciembre del 2019 (Archivo 1 expediente digital).

Finalmente, solicitó el recurrente se condene al pago de los **intereses moratorios** del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la reliquidación pensional. En este sentido ha de recordarse la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tenía sentada la improcedencia de los intereses de mora en tratándose de reliquidación o ajustes a la mesada pensional, sin embargo, en la sentencia SL 3130 de 2020 se modificó tal postura, estableciendo su procedencia frente a las reliquidaciones pensionales, así:

> *"Como conclusión, la Corte encuentra suficientes razones para modificar su jurisprudencia hasta ahora vigente, y sostener que la correcta interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 permite inferir que* ***los intereses moratorios allí consagrados proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por la falta de pago de alguno de sus saldos o ante reajustes ordenados judicialmente*** *(Negrilla fuera del texto original)".*

Una vez determinado el cambio jurisprudencial, la Corte precisó que el pago de los intereses de mora en materia pensional se realiza a título indemnizatorio y no a partir de la conducta asumida por la entidad; así mismo estableció, los intereses solo proceden respecto a la suma objeto de reliquidación. Así lo señaló la Corporación:

> *"En primer lugar, que permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe. Ello con la salvedad de algunos casos en los que, según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con 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.*
>
> ***En segundo lugar, que los intereses moratorios sobre saldos o reajustes de la pensión deben liquidarse respecto de las sumas debidas y no pagada****s, pero no teniendo como referente la totalidad de la mesada pensional. En este punto es claro el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en cuanto dispone que la respectiva entidad debe pagar «la obligación a su cargo», que en este caso es el saldo debido, y «sobre el importe de ella», ese decir ese saldo, «la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento que se efectúe el pago».*

Con base en el citado cambio jurisprudencial, la Sala condenará al pago de los intereses moratorios sobre las diferencias resultantes entre las mesadas que realmente le corresponden a la demandante, anotando igualmente, que habiéndose presentado la solicitud de reliquidación pensional el 26 de noviembre del 2018 (Archivo 1 expediente digital páginas 9 a 17) la demandada contaba con el término de cuatro meses para proceder a la reliquidación pensional, razón por la que, dichos intereses deberán ser pagados por la demandada a partir del **26 de**

marzo del 2019, sobre el valor de las diferencias de mesadas pensionales causadas desde el 26 de noviembre del 2015.

Finalmente, esta Sala de decisión autorizará a COLPENSIONES a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado a la actora[5], 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"*.

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por la recurrente en la alzada, y en ese orden se procede a la revocatoria de la sentencia de primer grado para en su lugar CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES – a reliquidar la pensión de la actora, en los términos anteriormente expuestos.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandada.

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

R E S U E L V E

REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar:

PRIMERO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción, respecto de las diferencias de mesadas pensionales causadas con anterioridad al 26 de noviembre del 2015, conforme a lo motivado.

---

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

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

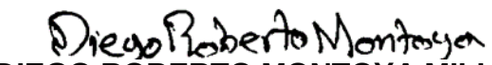
SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **COLPENSIONES**, a reliquidar la mesada pensional de la señora **MARIA DOLORES MENDEZ CORREA,** en cuantía de **$1.270.751** para el año 2011, precisando el retroactivo de diferencias pensionales causado del 26 de noviembre de 2015 al 29 de abril del 2022 asciende a la suma de **$1.063.737,10**, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina de la mesada reliquidada.

TERCERO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a pagar en favor de la demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 sobre las diferencias de mesadas pensionales reconocidas a partir del **26 de marzo de 2019** y hasta el pago efectivo de la reliquidación.

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

(EN USO DE PERMISO)

OSVALDO TENORIO CASAÑAS

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 ALEXANDER ARIZA GÓMEZ CONTRA MANUFACTURAS DELMYP S.A.S (RAD. 31 2020 00322 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de abril 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 6), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

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 Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de noviembre de 2021 *(expediente digital, archivo 0.29 audiencia, record. 36:13),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO:DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término fijo por sustitución patronal entre ALEXANDER ARIZA GOMEZ en calidad de empleador (sic) y MANUFACTURAS DELMYP SAS en calidad de empleador, contrato que comenzó a regir el 01 de junio del año 2000 y que se dio por terminado el día 07 de mayo de 2020.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR (SIC)** a la demandada MANUFACTURAS DELMYP SAS EN LIQUIDACIÓN a reconocer y pagar al demandante la suma de $5.903.919 pesos por concepto de cesantías, $39.620 por concepto de intereses a las cesantías, $2.135.914 pesos por concepto de prima de servicios, $1.794.312 pesos por concepto de vacaciones, $13.122.033 pesos por concepto de salarios insolutos, $18.836.300 pesos por concepto de indemnización tarifada del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo por despido indirecto.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR (SIC)** a la demandada al pago de aportes al sistema de seguridad social integral por los periodos faltantes, esto es, no cotizados por el empleador en el periodo comprendido entre el 01 de junio del 2000 al 07 de mayo de 2020.*

> ***CUARTO: CONDENAR (SIC)*** *a la demandada MANUFACTURAS DELMYP SAS al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.*
>
> ***QUINTO: ABSOLVER (SIC)*** *a la demandada MANUFACTURAS DELMYP SAS de las demás pretensiones incoadas por el demandante".*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante la apeló afirmando que si bien es cierto se declaró la existencia de un contrato de trabajo y una sustitución patronal, insiste en que se trata de un contrato a término indefinido, en atención que el contrato a término fijo debió constar por escrito y del mismo no obra prueba en el expediente; no se probó la terminación de dicho contrato a término indefinido, luego al operar la sustitución patronal debían mantenerse las condiciones iniciales. Ello debe tenerse en cuenta a efectos de liquidar la indemnización por terminación del contrato.

Consideró los incumplimientos de la demandada empezaron antes del año 2017 cuando entró en proceso de reorganización y utilizó la solicitud de reorganización ante la Superintendencia de Sociedades para verse amparados por el "velo de la buena fe", por lo que no comparte la absolución respecto a la indemnización por el no pago de prestaciones y sanción por no consignación de las cesantías, en atención a que no se demostró buena fe de parte de la demandada frente al no pago de los derechos laborales del actor. También presentó inconformidad frente al pago de los intereses sobre las cesantías, que por no haber sido pagados oportunamente deben pagarse en forma duplicada.

Frente al monto de la condena en costas también manifestó su desacuerdo. Consideró que si bien existe una oportunidad procesal para debatir este asunto, le gustaría que el Tribunal se refiriera a este aspecto y señalara unas costas acordes con el monto de las condenas[1] *(expediente digital, archivo 0.29 audiencia, record. 38:11).*

---

[1] **Apoderado demandante (38:11):** Si señora juez, si bien es cierto el estudio de la demanda no es nada fácil y la señora juez hizo un gran esfuerzo por darnos ilustración y entendimiento sobre lo que se presentó aquí, la demanda, (inaudible), respeto lo realizado en el estudio pero no comparto la demanda en varios aspectos, los cuales son los que entrare en este momento a esbozar y sostener, y serán los que respaldan el recurso de apelación para que sea resuelto por el Tribunal de Distrito Judicial de Bogotá en su sala Laboral en los siguientes términos:
Se debe advertir que si bien es cierto que la señora juez y acertadamente declara la existencia de la sustitución patronal, (inaudible), ella manifiesta los elementos en que se da, los motivos por los cuales efectivamente opera esta figura, desde allí ha de tenerse en cuenta lo siguiente que no puede ser desconocido en este momento y con base en el análisis que este despacho hace en el sentido. Uno, que efectivamente el contrato de trabajo si inició en el año 2000, no fue en mayo, no se logró probar que fuera en mayo como lo afirma el trabajador, pero la señora juez toma como referencia la historia laboral del trabajador y determina que fue en junio del 2000, que

efectivamente comenzaron a efectuarse los aportes a la seguridad social. Entonces ella toma como referencia, el punto de partida que fue en ese momento en que se da inició a este contrato de trabajo.

La primacía de la realidad de los contratos, nos lleva a nosotros a concluir, no solo a nosotros los abogados sino a través de los respaldos jurisprudenciales y doctrinales, que si se declara la existencia de un primer contrato y que los contratos a término fijo, supuestamente deben versar por escrito y aquí ese contrato brilla por su ausencia, en el análisis que se hace sobre los contratos que se existieron, entonces eso nos lleva a nosotros a la conclusión de que lo que existió en un comienzo con la fundadora hoy MANUFACTURAS DELMY EN LIQUIDACIÓN, señora ELVIA MEJIA, fue un contrato de trabajo verbal, como tal se entendería que es un contrato a término indefinido, eso es lo que nos llevaría a nosotros las conclusiones de lo que se ventilo dentro de este proceso.

Así las cosas, las primacía de la realidad de las cosas es que si efectivamente el 01 de junio, perdón, el 10, en marzo de 2011, (sic), en el año 2006 se firma un contrato a término fijo, si no me estoy equivocando en la fecha en este momento, pues entonces tendría que primero, tendría que haberse probado que el contrato que venía anteriormente termino, o por el contrario, lo que la señora juez declaró la sustitución patronal, quiere decir que lo que viene de atrás es lo que se debe mantener. Así las cosas, si lo que se pretende aquí es mantener la realidad o la primacía de la realidad de los contratos sobre las formalidades, tenemos que ese contrato se ventilo fue bajo los apremios de un contrato a término indefinido y que posteriormente la firma de un contrato, de un nuevo contrato a término fijo, debía probarse que el primer contrato se terminó, porque es que el primero contrato existió y hay prueba de eso y al presentarse la sustitución patronal se mantenía las mismas condiciones. No se terminó el contrato, sino que apareció fue un contrato nuevo se debía mantener, eso para efectos de la liquidación de la indemnización del contrato, de la terminación del contrato de trabajo.

Ahora bien, partamos de allí a la sanción de las indemnizaciones. Ha evidenciado este despacho a través de esta operadora judicial pero (inaudible), los incumplimientos de hoy MANUFACTURAS DELMY, no operaron precisamente en el año 2017 cuando entra en acuerdo de reorganización, los incumplimientos se habían presentado antes, antes de (inaudible). Sería un arma para que las defensas en procesos, ordenarán el incumplimiento de unas obligaciones laborales y simplemente con la inscripción de una solicitud ante la Superintendencia de Sociedades, de una reorganización valerse de esta figura entonces para que se vieran amparados por el velo de la buena fe. Por el contario, aquí no se probó buena fe del empleador, y en los últimos, y en las últimas sanciones o condenas que impuso la señora juez, precisamente fue a decirle oiga venga y pague un poco de seguridad social que usted le debe a este trabajador durante un poco de años. Entonces, es allí donde desde esa misma época, mirando en la demanda que están señalados previamente cuales fueron los periodos que se dejaron de cancelar y se evidencian bastante periodos, entonces desde allí mismo se debe pregonar que es un empleador que acostumbraba a incumplir con sus obligaciones laborales, hasta mucho antes de haber entrado en reorganización.

Es así que como si bien es cierto no comparto lo de la exoneración de las indemnizaciones, como es no pago oportuno de las cesantías, se debe tener en cuenta que el artículo, de las cesantías tanto de las prestaciones sociales, se debe tener en cuenta que la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, como la sanción contemplada en el artículo 99 de la ley 50, no son de aplicación automática, eso es bien sabido, sino que requiere que el empleador haya actuado de mala fe, ya sea cuando no paga los salarios y prestaciones sociales causadas a la terminación del contrato o cuando no consignan el auxilio de cesantías al fondo de cesantías elegido por el trabajador a más tardar el 15 de febrero del año siguiente a su liquidación. En este punto ha sido pacífica la jurisprudencia de tiempo atrás sobre la buena fe del empleador en el no pago de salarios y prestaciones sociales o no consignación de las cesantías, lo que exonera de la indemnización, de la indemnización moratoria. Así la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiteradas oportunidades ha indicado solo a manera de excepción admite la jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente se ha exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute derechos del trabajador con argumentos valederos, o razones manifiestas y fundadas, y sin temeridad o malicia. Por lo tanto, esta es una carga procesal al demandado, esto es probar que actuó de buena fe, las que no se presumen.

Así la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de diciembre de 1982, reitera, reiterada en la del 20 de noviembre de 1990 radicación 3956 y más reciente en la sentencia del 30 de abril del 2013, con radicado 38666, sentó en que la carga de la prueba de la buena fe, exoneraría, exonerada corresponde al patrono incumplido o (inaudible) puesto que la referida norma (inaudible).

Del artículo 99 de la ley 50 del 90 al igual que la del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, equivalen a una presunción de mala fe, que favorece al trabajador que es perjudicado con su incumplimiento, apartado de esto dice, significa entonces que estructurado el contrato de trabajo, este debe ejecutar como todo contrato dentro de la solvencia de la buena fe, no solo por lo expresado en el mandato legal del artículo 55 del Código sustantivo del trabajo, sino también por el principio, porque la buena fe que aunque no es una norma, ni se reduce a una o más obligaciones, es algo que debemos admitir como supuesto de todo el ordenamiento jurídico, aquí no se desconoció pero los medios de convicción recaudados nos llevan a concluir que el actuar de la convocada o demandada estuviera, está exenta de esa buena fe, pues a pesar que no se opuso a las pretensiones de la condena a las cesantías e intereses, porque dentro de la contestación de la demanda está plenamente aceptado, no se opuso a las pretensiones de la condena de cesantías e intereses del año solicitado de los salarios, de los años solicitados, en el año 2017 y de la prima de servicios que también se presentaron en esta época, el incumplimiento en las obligaciones fue anterior al proceso de reorganización empresarial, pues el último concepto adeudado, ósea de los últimos, más bien del último fue en el 2020, pero de los últimos conceptos anteriores a la entrada en reorganización, que posteriormente se inscribieron, fue el 30 de agosto del año 2017 y los incumplimientos venían desde mucho antes, tan es así que la señora juez nos declara una prescripción del año 2016, entonces está bien nos ganamos la prescripción pero donde está la mala fe, pues claro que está probada, porque desde el año 2016 ya se venían con estos incumplimientos.

Así las cosas, y fue que el 31 de junio de esa anualidad se admitió el proceso de reorganización que posteriormente se inscribió hasta el 30 de agosto de 2017. Aunado a ello, el contrato de trabajo se continuó ejecutando y su finalización fue la que se señaló de carta del 7 pero recibida el 8, el 8 de mayo del año 2020, mientras se encontraba en curso la demanda ordinaria laboral, ósea ya la demanda estaba interpuesta. Objeto de estudio, sin que se aportara si quiera prueba en la que se acreditara el pago de las acreencias laborales reclamadas con la combinación del vínculo. Bajo este entendido al no probar que obró la buena fe del no pago de las acreencias laborales no se puede exonerar de la indemnización moratoria de que se trata tanto el artículo 65 del Código sustantivo del trabajo, como del artículo 99 de la ley 50 del 90.

Siendo imperativo señores magistrados revocar la decisión absolutoria en este primer grado, en el sentido que, y en su lugar se debe condenar a la sociedad accionada a su pago.

Ya para terminar se tiene en cuenta que cuando las empresas y una empresa que persistió durante tantos años y el señor llevaba como lo dijo más de 20 años, cuando viene las los días gloriosos de una empresa, estos trabajadores no son llamados a que vengan a participar y celebraremos que estamos lo más de bien, a ellos simplemente se les paga lo que en derecho les corresponde, porque no está probado que llegaran a reconocerles gratificación, prima, bonificación alguna, como prestación a su servicio. Entonces, mal harían hoy y antes de presentarse el incumplimiento que vengan los mismo trabajadores a tener que cargar con las responsabilidades administrativas de la empresa, ósea que entonces ellos hoy si se vuelven socios para irse con pérdidas.

Eso los puntos que no se comparten dentro de esta sentencia. Se me pasaba por alto, lo de la sanción moratoria de las cesantías, dentro de las pretensiones, perdóneme, de los intereses de las cesantías, si bien es cierto que a la finalización del vínculo laboral no se han cancelado esta acreencia, se debe tener en cuenta igual que las cesantías, se entiende entonces que serán pagadas en el momento de la liquidación de la prestación final de las cesantías, o los interés de las cesantías, como consecuencia de que la primera deviene de la segunda, las cesantías y los interés de las cesantías, dándome a entender un poco mejor, el empleador puede cancelar las cesantías porque se toman, entonces él las va a liquidar o al final de la relación laboral y en el caso de los intereses deberá liquidarlos con todos los intereses que se han causado hasta el día que se satisfaga el pago de esa obligación, aquí solo se operó la prescripción de un periodo y se reconoció solo el del periodo que quedo vigente en el año 2020. Y la condena de la sanción por el no pago de las cesantías esta pedido dentro de la demanda, es bien sabido que entre la ley se establece que el empleador que no paga oportunamente los intereses de las sentencias, se hará merecedor al pago de la dupla de los mismos, entonces sobre ese aspecto también hago realce de inconformismo.

Y por último, si bien es sabido que en cuanto a las costas, el auto que señale las mismas y genere la omisión, el que generé el inconformismo de las mismas, siendo que se está apelando la sentencia pues no puede en su momento hay que mirar el capital con el que se está liquidando esta sociedad, pues es un capital bastante considerable, para que un desgate profesional como el que se ha hecho en este proceso, un estudio acucioso de todas y cada una de las pruebas, tener que casi un 70% o más favorable la sentencia que en este momento se acaba de proferir, para que venga, y precisamente es que lo que buscan las costas, es que resarcir un poco los daños que se ocasiono al empleador (sic), que saliendo sin un peso de la empresa, que no le han pagado tenga que asumir los costos de un contrato de prestación de servicios que suscribió con nuestra firma de abogados,

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el acápite de la demanda (páginas 3 a 5 archivo 009. Subsanación de la demanda.pdf, archivo digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados en el libelo (págs. 2 y 3 ibídem), aspirando principalmente se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo que se extendió entre el 15 de mayo de 2000 y el 7 de mayo de 2020; que el cargo desempeñado por el actor fue de coordinador de producción, su último salario fue de $2’568.000 mensuales, se condene a la parte demandada a pagar a su favor los salarios adeudados, cesantías de los años 2016, 2019 y la proporción del año 2020, intereses a las cesantías y sanción por su no pago, prima legal de junio de 2017 y en proporción por el año 2020, vacaciones correspondientes al último año de servicios, a reintegrar las sumas que le fueron descontadas por auxilio funerario, a pagar los aportes pendientes a seguridad social y caja de compensación, a pagar la indemnización moratoria del artículo 65 CST y la sanción por no consignación de las cesantías de que trata el artículo 99 de la ley 50 de 1990, la indemnización del artículo 64 C.S.T. por haber operado un despido indirecto, la indexación y costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto se declaró la existencia del contrato de trabajo a término fijo con la demandada entre el 1 de junio de 2000 y el 7 de mayo de 2020 y se condenó a esta última a pagar al demandante sumas por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, salarios insolutos e indemnización por despido indirecto, al pago de aportes a seguridad social y costas

---

para tener que asumir lo que son notificaciones, copias, tiempo, etc, más los gastos profesionales que son muy aparte a la comisión de éxito que puede generarnos este mismo, esta misma sentencia, se vaya a señalar medio salario mínimo, como si estuviéramos, es que no me cabe a mí, que a una persona se le reconozca tan poquito, si bien es cierto lo acepto que se da en el auto, sería bueno también que el Tribunal se refiriera en estos aspectos que por lo menos, se ciñera el despacho a la tarifa legal para estos casos y señalará unas costas pes acorde con el valor de las condenas.

En este orden de ideas dejo sustentado el recurso de apelación para que sea resuelto como lo dije anteriormente por la Sala Laboral del Consejo (sic), de la Corte (sic), del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Señora juez muchas gracias.

del proceso, absolviéndola de la sanción por no consignación de cesantías e indemnización moratoria

Lo anterior, tras considerar acreditado que operó una sustitución patronal entre María Delia Mejía y la sociedad DELMYP; que el contrato de trabajo empezó a regir a partir del 1° de junio de 2000, fecha a partir de la que la señora Delia Mejía empezó a efectuar aportes al demandante, lo que estableció a partir de la historia laboral del demandante y de la carta de renuncia presentada por el demandante. Encontró acreditado el no pago de salarios y prestaciones; concluyó que los intereses a las cesantías reclamados están afectados por el fenómeno de la prescripción, por lo que ordenó el pago de los que corresponden al año 2020. Frente a la sanción del art. 99 de la ley 50 de 1990 y del art. 65 C.S.T., estimó la improcedencia de imponer estas condenas a un empleador que se encuentra en situaciones especiales como la aquí convocada que se encuentra en proceso de reorganización empresarial desde el año 2017.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la 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).

El primer punto de inconformidad del recurrente, consiste en que según su criterio el contrato que ató a las partes lo fue a término indefinido y no a término fijo como lo declaró la juez a quo. Ello en atención a que obra un contrato de trabajo a término fijo firmado en el año 2006, pero con anterioridad a dicha fecha no existe ningún contrato escrito y tampoco se demostró que hubiera existido un primer contrato y que éste hubiera terminado, por lo que debió declararse la existencia de un solo contrato a término indefinido.

Para resolver sobre este punto, se remite la Sala a la pretensión primera de la demanda *(expediente virtual archivo 009. Subsanación demanda.pdf folio 3)*, en la que textualmente se solicitó:

II. PRETENSIONES

DECLARACIONES Y CONDENAS:

PRIMERA: DECLARAR que entre el señor **ALEXANDER ARIZA GOMEZ** y **MANUFACTURAS DELMYP S.A.S,** Representado Legalmente por **MAURICIO POSADA DE LAS CASAS,** existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término fijo a UN (1) AÑO, que inicio el día 15 de mayo de 2000. Hasta el día 07 de mayo de 2020.

De ello emerge claramente, que la declaración emitida por la Juez a quo guarda total consonancia con lo solicitado por el demandante en sus pretensiones frente a la modalidad contractual, quien pese a advertir la firma de un contrato a término fijo en el año 2006, determinó que en realidad se verificó un único contrato de trabajo a término fijo entre el 1° de junio de 2000 y el 7 de mayo de 2020. Entonces, lo que mediante recurso de apelación reclama el censor, corresponde a una modificación de su pretensión, por lo que no es posible adentrarse en el estudio de problemas jurídicos que no fueron planteados desde la demanda.

En todo caso y solo en gracia de discusión, se advierte que el demandante Alexander Ariza Gómez, en interrogatorio de parte *(audiencia 8 de noviembre de 2021 record 13:08)*, al ser interrogado por el apoderado de la parte demandada aceptó como cierto que en el año 2000 firmó contrato de trabajo a término fijo de un año, por el cual empezó a trabajar al servicio de la demandada, afirmación que luego, en la misma diligencia, ratificó ante pregunta de la juez *"por cuanto tiempo era ese contrato del año 2000 que firmó a término fijo?"* a la que respondió *"a un año doctora"*

Al tema, la Corte Suprema de Justicia ha enseñado, aunque el artículo 46 del C.S.T. es claro en establecer que el contrato de trabajo a término fijo debe constar por escrito y es precisamente copia del mismo la prueba ideal para su acreditación, es posible acreditar dicha modalidad con otros medios de prueba como lo permite el artículo 54 del mismo compendio normativo. En la sentencia con radicación 36035 de 5 de abril de 2011, textualmente señaló:

> *«En ese orden importa a la Corte revisar su posición frente a los efectos que venía sosteniendo se derivaban del artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto a la prueba del contrato de trabajo a término fijo, pues, como es sabido, se afirmaba mayoritariamente que la duración definida de la relación contractual no podía ser demostrada en el proceso más que con el escrito contentivo del convenio en tal sentido, muy a pesar de que el posterior artículo 54 del mismo estatuto sustantivo, de manera inequívoca preceptúa que la existencia y condiciones del contrato de trabajo pueden acreditarse por los medios probatorios ordinarios.*

> *Es cierto que para el contrato de trabajo a término fijo exige la ley, como una de las excepciones que resulta a la regla universal de permanencia del contrato de trabajo en virtud de los principios de estabilidad y continuidad que lo informan, que dicha estipulación conste por escrito, esto es, que sea instrumentada o, en otros términos, vertida documentalmente.*
>
> *Tal exigencia, entiende la Corte, no desdice en modo alguno del carácter consensual que nutre y define la relación contractual laboral, inclusive la limitada en el tiempo por empleador y trabajador, pues, simplemente, tal formalidad para esta segunda se constituye en un mecanismo o instrumento de precisión de uno de los aspectos más trascendentes del acto jurídico como lo es su término de duración, habida cuenta de que de tal estipulación se derivan unas consecuencias particulares y propias previstas por el mismo legislador.*
>
> *Pero la formalidad de la constancia exigida por la ley, esto es, del carácter temporal del contrato de trabajo, no puede confundirse con la prueba de la existencia de la misma, por cuanto para tal efecto expresamente el legislador ha establecido una libertad probatoria que se acompasa plenamente con el estándar probatorio que permite al juez laboral adquirir certeza sobre la ocurrencia de los hechos del proceso precedido de su libre convencimiento, en conformidad con el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.»*
> (…)
>
> *No es este último caso, entiende ahora la Corte, el que corresponde a la prueba de la temporalidad del contrato de trabajo, habida consideración de que la escrituración exigida por la ley bien puede probarse por otros medios de convicción distintos al documento en el que originalmente reposa o reposó la estipulación, empezando por la expresa aceptación de empleador y trabajador, lo cual constituye un eximente de su prueba; o por otros medios, como las certificaciones de trabajo y prestación de servicios en tal condición expedidas por el empleador, como aquí ocurrió.»* (subrayado por la Sala).

A tono con lo anterior, se tiene que la juez de primer grado aplicó lo dispuesto en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, para liquidar la indemnización por despido injustificado, bajo las reglas de allí establecidas para los contratos de trabajo a término fijo, sin que sea dable a esta Colegiatura adentrarse en el análisis de la cuantificación de la condena impuesta, como quiera que el censor no reparó en ese aspecto.

En lo que respecta a la indemnización del artículo 65 del C.S.T., por falta de pago oportuno de las prestaciones sociales y sanción por no consignación de las cesantías, establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, excepcionalmente para éstos conceptos se presume la mala fe del empleador que no satisface en oportunidad los salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, correspondiéndole en consecuencia al empleador la carga de desvanecer esa presunción argumentando y probando con razones atendibles los motivos que tuvo para no pagar o hacerlo de manera extemporánea, no obstante, ésta no procede de manera automática, sino que ha de analizarse el elemento buena o mala fe. En dichos términos se ha pronunciado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de

Justicia. Al respecto pueden consultarse las sentencias con radicación 34243[2] y 37493[3].

---

[2] *"Pues bien, antes de adentrarse la Sala en el análisis de los medios de convicción acusados, es pertinente recordar, que en lo referente a las indemnizaciones moratorias, por la no consignación al fondo de cesantías consagrada en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la causada a la terminación de la relación laboral por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales debidas dispuesta en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, es criterio de la Sala que ambas por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador. En sentencia del 21 de abril de 2004 con radicación 22448, que reiteró lo dicho en decisión del 11 de julio de 2000 radicado 13.467, en cuanto a esta temática la Corte sostuvo: "(....) Ahora bien, aún entendiendo que la acusación denuncia la infracción directa de los citados preceptos, en cuanto al artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es lo cierto que el Tribunal no pudo ignorar la disposición por cuanto fue la que le sirvió de apoyo al Juzgado para fulminar la condena por indemnización moratoria, ni tampoco se rebeló contra su contenido, sino que estimó conforme a jurisprudencia de la Sala, que su aplicación no podía ser automática y que era necesario analizar la conducta del empleador para establecer si la presunción de mala fe quedaba o no desvirtuada; entonces, apoyándose en pruebas del expediente y luego de examinar las razones de la empresa demandada, -lo que de paso desvirtúa la afirmación inicial del recurrente de que el Tribunal no realizó análisis probatorio-, descartó la existencia de mala fe y no le hizo producir efectos a la norma acusada.*
(…)
Del mismo modo, esta Corporación ha adoctrinado que la posición de la empleadora que ha incumplido el pago de salarios y prestaciones sociales, para que tenga plena justificación y se le pueda exonerar de la sanción moratoria, ha de estar acompañada de prueba completa e idónea.

[3] *"Hechas las anteriores precisiones, no existe discusión alguna en torno a los siguientes supuestos de hecho: que el actor laboró para la demandada desde el 15 de abril de 1998 hasta el 31 de diciembre de 2003; que a la terminación de la relación laboral la sociedad Fabripartes S.A., en reestructuración, no le canceló la totalidad de salarios, prestaciones y vacaciones a los que tenía derecho el trabajador; que el 3 de marzo de 2004, la Superintendencia de Sociedades aceptó la iniciación del trámite de reactivación empresarial o promoción del acuerdo de reestructuración de la demandada en los términos previstos en la Ley 550 de 1999, y que la fecha del acuerdo de reestructuración fue el 3 de noviembre de 2004.*
De otra parte, como quedó dicho cuando se hizo el itinerario procesal la sala sentenciadora condenó a la convocada al proceso a reconocer y pagar la sanción moratoria de la siguiente manera: a) $102.500 diarios a partir del 1º de enero de 2004 hasta el 2 de marzo de 2005 por el no pago de salarios y prestaciones, y b) $102.500 diarios desde el 1º de enero de 2004 hasta el 2 de marzo de 2005, por la no consignación de las cesantías del 2002, en el fondo respectivo.
La inconformidad de la recurrente se concreta en que la demandada acreditó actuar de buena fe para abstenerse de pagarle los derechos laborales que nacieron de la relación laboral que los ató, dado al proceso de reestructuración al que se vio sometido. Además, sostiene, que las prestaciones sociales del actor fueron liquidadas y pagadas el 23 de febrero de 2004, salvo las cesantías del año 2002.
Delimitado, entonces, el meollo del asunto, observa de entrada la Corte Suprema de Justicia que el juez de segundo grado se equivocó al condenar a la sociedad demandada a reconocer y pagar la sanción moratoria por falta de pago de los salarios y prestaciones desde la terminación de la relación (1º de enero de 2004) hasta el 2 de marzo de 2005, cuando los salarios y prestaciones, salvo la cesantía del año 2002, fueron canceladas el 23 de febrero de 2004, tal como aflora palmariamente del documento obrante a folio 50, en el que se lee:
'LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES (…) NETO A PAGAR $13.080.625. Con la presente liquidación dejo constancia, que quedo a Paz y Salvo por todo concepto con la Empresa. EL TRABAJADOR', hay una nota manuscrita que dice 'queda pendiente el pago de las cesantías del año 2002. firma ilegible 04/02/23'.(sic).

Así las cosas, de entrada debe la Sala señalar, la situación financiera de una empresa o el empleador no es óbice para afectar los derechos mínimos del trabajador. En ese orden, para el caso de marras, el actor reclama el pago de las cesantías correspondientes al año 2016, que debieron ser consignadas al fondo de cesantías en el año 2017, así como salarios y prestaciones causados desde el año 2017 y el 7 de mayo de 2020, *(fecha de terminación de la relación laboral).*

Sin embargo, la demandada alega en su defensa que para el año 2016 ya no contaba con capacidad económica para cumplir con el pago oportuno de salarios y prestaciones a sus trabajadores y por tal motivo, el 31 de julio de 2017, la sociedad fue admitida por la Superintendencia de Sociedades, en proceso de reorganización empresarial mediante auto No. 400-011742, según lo dispuesto en la Ley 1116 de 2006, recordando que a partir de esa data no le estaba permitido hacer pagos relacionados con sus obligaciones objeto del concurso, como salarios y prestaciones impagas pero que estaban calificadas y graduadas en el proceso de reorganización.

En el caso de autos, se advierte que para la fecha de terminación del vínculo laboral (7 de mayo de 2020), la sociedad demandada ya se había acogido al proceso de reestructuración, pues el auto de admisión emitido por la Superintendencia de Sociedades data del 31 de julio de 2017, según se observa a folios 34 a 42 *(archivo 011. Contestación de demanda.pdf, expediente virtual)* y según manifestó el liquidador de la sociedad Manufacturas Delmyp S.A.S. en audiencia de 18 de noviembre de 2021 *(archivo 028 record. 05:09 expediente virtual)*, en la etapa de reorganización fueron calificadas las deudas laborales que la sociedad tenía con el demandante al 31 de julio de 2017, fecha de admisión al proceso de reorganización y actualmente se está adelantando la calificación y graduación de acreencias posteriores a dicha data.

Así mismo, en sentir de la Sala el Tribunal incurrió en otro error protuberante, toda vez que soslayó que la cesantía correspondiente al 2002, hacía parte de las deudas incluidas en el acuerdo de reestructuración, como lo demuestran los documentos obrantes a folios 47 y 56, prestación que le fue reconocida y pagada de conformidad con esta última misiva, en la que se consignó que se le cancela la acreencia a la luz de lo estatuido en el 'acuerdo de reestructuración económica firmado el 3 de noviembre de 2004'.
Lo asentado por cuanto a folio 47 se relaciona al demandante como acreedor de la 'deuda capital a marzo 03 de 2004', por valor de $3.025.000, rubro que coincide con lo sufragado por cesantía del año 2002, el que a su vez fue incorporado en los pasivos a pagar dentro del acuerdo de reestructuración económica.
Luego, la no cancelación oportuna de las acreencias laborales encontró su justificación en el sometimiento de la empresa a lo dispuesto en la Ley 550 de 1999 y no fue producto del capricho del empleador, tendiente a perjudicar al promotor del proceso"

Precisamente la solicitud de reorganización presentada a la superintendencia por la encartada, fue la circunstancia que la juez a quo tomó en cuenta al resolver la Litis, bajo el entendido que la omisión de pago de salarios y prestaciones por parte de la demandada no derivó de la voluntad del empleador. En este sentido, recuerda esta Corporación, 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 MANUFACTURAS DELMYP S.A.S., 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 al demandante, a partir de dicha calenda –admisión del proceso de reorganización-, que en el caso ocurrió el 31 de julio de 2017 *(expediente virtual, archivo 011. Contestación de demanda.pdf, página 34)*

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 demandada MANUFACTURAS DELMYP S.A.S. 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, archivo 011. Contestación de demanda.pdf, página 34)* por lo que la mala fe de la demandada 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 31 de julio de 2017.

Así las cosas, del reporte de cotizaciones a pensión expedido por Colpensiones, aportado al paginario, *(expediente virtual, archivo 003),* se extrae que el salario del demandante para el año 2017 correspondía a $2’400.000,oo y como las cesantías correspondientes al año 2016, debieron ser consignadas al fondo al que estaba afiliado el demandante, a más tardar el 14 de febrero de 2017, la Sala revocará la absolución impartida por la juez a quo, respecto a la sanción por no consignación de las cesantías establecida en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 para en su lugar condenar a la demandada al pago de este concepto, a razón de un día de salario, entre el 15 de febrero de 2017 y el 30 de julio de la misma anualidad, así:

SALARIO 2017	DIAS MORA	VALOR SANCIÓN
$2'400,000	135	$10'800,000

En cuanto a la sanción por no pago de intereses a las cesantías correspondientes al año 2016 que reclama el recurrente, si bien el artículo 5° del Decreto 116 de 1976, establece que ante el no pago de los intereses a las cesantías hay lugar al pago de una indemnización correspondiente al mismo valor de los intereses (es decir, se pagan al doble), en el presente caso, la juez a quo declaró que los intereses sobre las cesantías del año 2016 estaban cobijados por el fenómeno prescriptivo *(audiencia 8 de noviembre de 2021 record. 27:40),*decisión que no fue objeto de reparo en la alzada, por lo que no hay lugar a estudiar la procedencia de la aludida sanción.

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.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, conforme a las motivaciones precedentes, se revocará parciamente el numeral quinto de la sentencia apelada para condenar a

MANUFACTURAS DELMYP S.A.S. al pago de la sanción por no consignación de las cesantías, a favor del demandante en los términos y cuantía ya señalados.

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 31 Laboral del Circuito de Bogotá para en su lugar condenar a la demandada MANUFACTURAS DELMYP S.A.S. a reconocer y pagar a favor del demandante la suma de $10’800.000,oo a título de sanción por no consignación de las cesantías establecida en el artículo 99 de la ley 50 de 1990.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en todo lo demás, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

(EN USO DE PERMISO)

OSVALDO TENORIO CASAÑAS

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 MARTHA ISABEL FONSECA FONSECA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES– COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. (RAD. 36 2018 00325 01)

Bogotá D.C. veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte demandada COLPENSIONES (fls 198 a 200), 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 COLFONDOS y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 1° de marzo de 2022 (*Audiencia virtual, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, cd. folio 193, récord 58:11),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la señora MARTHA ISABEL FONSECA FONSECA del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, que se hizo efectivo el 24 de febrero de 2005, a través de la AFP COLFONDOS.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a AFP COLFONDOS S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluido rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales, y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la Administradora de Fondo de pensiones PROTECCIÓN a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante sin que sea posible descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones, incluida las primas de seguros previsionales realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento de su pago.*

> ***CUARTO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la señora MARTHA ISABEL FONSECA FONSECA.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR*** *no probada la excepción de prescripción.*
>
> ***SEXTO: COSTAS*** *lo serán a carago de las accionadas. Liquídense como agencias en derecho con la suma de un (1) SMLMV a cargo de cada una de ellas.*
>
> ***SÉPTIMO: CONSÚLTESE*** *con el superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo reglado el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social".*

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

COLPENSIONES, apeló la decisión afirmando, el deber de información ha variado con el tiempo y para el año 1996 cuando se trasladó la demandante le era imposible a los fondos de pensiones prever en qué condiciones serían las cotizaciones de la demandante hacia futuro y para la época la actora manifestó no estar interesada en una mesada pensional sino en la posibilidad de hacer un ahorro, por lo que no se puede afirmar que hubiera sido engañada, ya que firmó los formularios de afiliación de forma libre, sin presiones y en cumplimiento del deber de información que para esa época se exigía. Solicita se estudie el caso en forma particular, teniendo en cuenta que la demandante no tenía una expectativa legítima de pensión con Colpensiones.

Estimó, aún si en el año 1996, la demandante no hubiera recibido la adecuada asesoría por parte de COLOFONDOS, esta situación se vio saneada por el paso del tiempo en que la actora ha permanecido en el RAIS e incluso se trasladó entre fondos de mismo régimen antes de estar inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Resaltó, la demandante nunca solicitó a COLPENSIONES información relativa al retorno al régimen de prima media, por lo que a su juicio, faltó a sus deberes como consumidora financiera.

Dijo, aunque las AFP regresen a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, se ve afectado el principio de sostenibilidad financiera de su representada, una vez tenga que reconocer el derecho pensional a la actora. Finalmente solicitó se revoque la condena en costas impuesta a Colpensiones,

como quiera que no ha faltado a sus deberes y la ineficacia del traslado deviene de la falta al deber de información por parte de los fondos privados[1].

[1] "**Apoderada COLPENSIONES (1:00:04):** Si su señoría me permito presentar recurso de apelación el cual procedo a sustentar de la siguiente manera. Y es que solicito al Honorable Tribunal de Bogotá en su Sala Laboral, que revoque el fallo de primera instancia y en su favor absuelva a mi representada de las pretensiones incoadas en su contra, toda vez que si bien en los fallos de la Corte Suprema de Justicia traídos a colación por el despacho, la misma ha indicado que el deber de información se debe acreditar a todos los afiliados, lo cierto es que ese deber de información ha venido variando con el tiempo, luego para el año 1996, cuando se traslado la demandante, si bien la ley 100 ya hablaba de la elección de régimen pensional como el resultado del debido conocimiento de las características de cada régimen, para aquella época le era imposible a los fondos de pensiones prever en que condiciones serían las cotizaciones pensionales de la demandante a futuro, es decir, si serían continuas, si serían sobre el mismo IBC, o si tendría hijos, factores que en dicho régimen varían las condiciones pensionales, además para la época del traslado, la actora señalo en no estar interesada en una mesada pensional , sino en la posibilidad de realizar un ahorro para poderlo retirar al uni solo, por lo que no se puede hablar de un supuesto engaño en el año 96, dado que según las aspiraciones de la demandante pues evidentemente le resultaba más favorable estar en el régimen de ahorro individual con solidaridad, por tanto, es dable reiterar que esa firma del formulario de afiliación con COLFONDOS en el año 96, y con PROTECCIÓN en el 2004, son completamente válidas y no hay lugar a declarar su ineficacia pues el mismo fue firmado de forma libre, sin presiones, en cumplimiento al deber de información exigido para dichos años.

Además, no se debe dejar de lado que la Corte Suprema de Justicia ha indicado 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 legítima de pensionarse con mi representada.

Adicionalmente, también es dable indicar que en el caso que efectivamente para el año 96 la demandante no hubiera recibido una asesoría adecuada por parte de COLFONDOS, respecto a las características de cada régimen pensional, esto si se vio saneable con el tiempo, porque la demandante estuvo en el régimen de ahorro individual durante varios años, e incluso se traslado entre fondos privados, 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, o solicitar regresar al régimen de prima media, pero pues este no fue su aspiración en el momento, por el contrario la demandante nunca se acercó a preguntar a COLPENSIONES si podía regresar a este régimen o como serían las condiciones pensionales en el mismos, por lo que se puede evidenciar que falto a sus deberes como consumidora financiera.

Además, en este tipo de procesos si bien, se ha venido exigiendo este tipo de proceso dichas obligaciones de consumidores financieros y el estatuto de consumidor financiero alas AFP también debería ser aplicable a los demandantes, puesto que ellos son sujetos de obligaciones, en el presente caso se evidencia a la demandante falto a duchos deberes, lo anterior por cuanto las AFP regresen todos los valores provenientes a la cuenta de ahorro individual de la demandante se sigue viendo afectado el principio de sostenibilidad financiera de mi representada una vez que esta administradora tenga que reconocer a futuro la prestación pensional a la demandante, por lo tanto, si es dable aplicar aquella prohibición del artículo 2 de la ley 707, en aras de garantizar el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

Además, también me permito solicitar que se revoque la condena en costas impuesta a mi representada, puesto que COLPENSIONES es llamada a juicio únicamente por ser la administradora que debe recibir a la demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado con las AFP demandadas, y no porque la entidad haya faltado a sus deberes, pues la ineficacia declara es con base a la falta de deber de información que incurrieron los fondos privados, es decir que en el proceso, son dichos fondos los que se tienen como vencidos en juicio y no COLEPNSIOENES, quien como ya se dijo es llamada únicamente por ser la entidad que debe recibir a la demandante al encontrarse probada

A su turno COLFONDOS interpuso apelación frente a la condena a la devolución de bonos pensionales, cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, primas de seguro, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado.

Respecto a la devolución de gastos de administración afirmó, corresponde a un descuento autorizado por la ley y cuando se declara la ineficacia de la afiliación, solo es procedente la devolución de los aportes más los rendimientos financieros, pero no los gastos de administración. Frente a las sumas adicionales de la aseguradora, refirió la improcedencia de su devolución porque estas sumas ya fueron pagadas a las aseguradoras que cubrieron contingencias de invalidez y sobrevivencia así como la garantía de pensión mínima. Igualmente solicitó se revoque la condena por indexación de estos conceptos. Finalmente solicitó se revoque la condena en costas, debido a que su representada siempre ha actuado de buena fe y con estricta sujeción a la ley[2].

---

la falta de información en que incurrieron los fondos. En tal sentido dejo sustentado mi recurso de apelación muchas gracias.

[2] "**Apoderada COLFONDOS (1:05:13):** Muchas gracias señora juez en este estado de la diligencia me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia aquí dictada, solicitándole al Tribunal en su sala de decisión Laboral se revoque el numeral segundo, que ordena a mi representada COLFONDOS la devolución de esos conceptos como bonos pensionales, cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, primas de seguro, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, bajo los siguientes argumentos.

Respecto a la devolución de los gastos de administración me permito indicar que cada aporte realizado por la demandante al sistema general de pensiones, un 3% fue destinado para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional de la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado por la ley, es importante indicar que en los casos en los cuales se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación y se condene mi representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES, únicamente es procedente la devolución de los aportes de dicha cuenta de ahorro individual más esos rendimientos financieros generados por la buena gestión del fondo de pensiones, pero no es procedente que se ordene la devolución de lo que mi representada ha descontado por gastos de administración, toda vez que se tratan de comisiones ya causadas durante la administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante, gestión realizada conforme y permitido por la ley.

Respecto a la devolución de las unas adicionales de la aseguradora, me permito indicar que las mismas no son procedentes, teniendo en cuenta que esos dineros ya fueron pagados a las aseguradoras que cubrieron las contingencias de invalidez y sobrevivencia según lo establecido por la ley 100 de 1993, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

Solicitando al Tribunal que se permita revocar este numeral segundo que condeno a mi representada a la devolución de estos conceptos debidamente indexadas. Respecto a la condena en costas debo pronunciarme que siempre mi representada ha actuado de buena fe y con estricta sujeción a la ley, y en este sentido señora juez dejo sustentado mi recurso.

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 7 y 8 expediente físico),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(folios 4 a 7 ibídem)*, aspirando se declare la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad; se declare que para todos los efectos, la demandante se encuentra válidamente vinculada al RPM. Como consecuencia de estas declaraciones, se ordene a PROTECCIÓN S.A., la devolución a COLPENSIONES de todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus frutos e intereses; la devolución de las cuotas de administración cobradas durante la vinculación de la actora a ese fondo 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 COLFONDOS y PROTECCIÓN devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieran recibido con motivo de la afiliación de la demandante, con los rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar ningún valor por cuotas de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía mínima, sumas que deberán trasladar debidamente indexadas. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS S.A, con quien se efectuó el traslado de régimen pensional, no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 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 junio de 1961 (folio 3*)* por lo que a 1° de abril de 1994 contaba con 32 años y la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 13 de agosto de 2017 (fls. 19 a 21) y a PROTECCION S.A. el 10 de mayo de 2018 (fls. 25 a 27) esto es, cuando le faltaban menos de diez años para alcanzar la edad para pensionarse –tenía 56 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 374,14 semanas cotizadas a Colpensiones (fl. 175 vuelto)*,* equivalentes a 7.17 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 20 de febrero de 1996, con fecha de efectividad a partir del 1° de abril de 1996 *(folio 161),* por afiliación que hiciera a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., específicamente conforme a la información consignada en el

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

reporte SIAFP, expedida por ASOFONDOS **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[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

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

> ***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 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.

"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 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

---

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 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 1995 o 1996, fue al Colegio donde trabajaba, un asesor de COLFONDOS S.A. quien hizo una reunión grupal donde se les dijo que en el RAIS tendrían un ahorro que podrían retirar cuando cumplieran la edad y densidad de cotizaciones, pero no le informó las características, ventajas y desventajas del RAIS.

Respecto al comunicado de prensa (folios 162 a 164*)*, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

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

[6] Audiencia del 1° de marzo de 2022, récord 01:03:58

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS S.A., omitió en el momento del traslado de régimen**,** efectuado el **20 de febrero de 1996, efectivo el 1° de abril de 1996,** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Valga aclarar en este punto, es atendiendo el incumplimiento del deber de información que le asistía la administradora de fondos de pensiones y no a la posible

diferencia existente entre las mesadas que serían otorgadas en uno u otro régimen, lo que torna en ineficaz el tránsito entre regímenes.

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

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

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

Asimismo, advierte la Sala, frente a los argumentos de apelación de COLFONDOS S.A. , relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia

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

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

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

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

Frente a esta temática, debe anotarse igualmente el deber de devolver las cuotas de administración incumbe a todas las administradoras del régimen de ahorro individual en las que estuvo afiliada la demandante, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

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

Igualmente, con relación a la orden de la 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 COFONDOS 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 interpuesta por COLPENSIONES[7], a favor de quien se surte la consulta folio 106*),* 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 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*

[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 26 de febrero de 2020 (*página 188*).

> *acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
>
> *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*
>
> *Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (…)"* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES Y COLFONDOS 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 las citadas entidades, lo atinente a derecho es que sean condenadas en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, se confirma la decisión.

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

(EN USO DE PERMISO)

OSVALDO TENORIO CASAÑAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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