TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

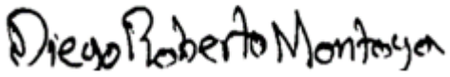
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MERCEDES VALDERRAMA QUINTERO CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÒN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÒN SOCIAL -UGPP- Y LA VINCULADA COMO TERCERA AD EXCLUDENDUM DILIA MARIA CAMAYO CAMAYO (RAD. 17 2018 00009 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada GLORIA XIMENA ARELLANO CALDERÓN como apoderada de la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP, en los términos y para los efectos del poder conferido por JAVIER ANDRES SOSA PÉREZ.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por la demandante **MERCEDES VALDERRAMA QUINTERO** y la **TERCERA AD EXCLUDENDUM DILIA MARIA CAMAYO CAMAYO**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del

Circuito de Bogotá D.C., el 09 de noviembre de 2022 (Audio Archivo 53 expediente digital, record:54:17), en la que se resolvió:

> *"**"PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia al derecho reclamado propuesta por la **UGPP,** lo anterior según las razones expuestas en precedencia.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL** de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra tanto por la demandante señora **MERCEDES VALDERRAMA QUINTERO,** identificada con la cedula de ciudadanía 35.488.564, como por la señora **DILIA MARIA CAMAYO CAMAYO,** identificada con la cedula de ciudadanía 34.535.597, vinculada como interviniente excluyente, lo anterior según las razones expuestas en precedencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** en costas a la interviniente excluyente.*
>
> *En firme la presente sentencia por secretaria practíquese la liquidación de costas incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de $200.000 (Doscientos mil pesos) moneda corriente, no se impone condena en costas a la demandante por las razones anotadas**.***
>
> ***CUARTO:** Se dispone la consulta a esta sentencia tanto a favor de la demandante como de la interviniente excluyente en las circunstancias ya anotadas, remítase el expediente al superior.*
>
> ***QUINTO:** Se dispone una vez en firme esta sentencia y de ser necesario remitir la comunicación al Juzgado 13 Laboral del Circuito de esta ciudad para que obre dentro del proceso laboral radicado con el No. 2020-245 que adelanta ante ese juzgado la señora **DILIA MARIA CAMAYO CAMAYO".***

Igualmente, adicionó la sentencia en lo siguiente (1:12:49):

> *"**SEXTO**: **DECLARAR** no próspera la tacha de sospecha propuesta al testigo **NELSON VANEGAS VALDERRAMA.".***

Inconforme con la decisión la demandante interpuso recurso de apelación[1], reiterando los hechos de la demanda y el material probatorio aportado,

[1] ***Recurso Demandante (récord, 56:10): "**Gracias su señoría por el uso de la palabra, me permito presentar recurso de apelación frente a lo indicado por este despacho y apartarme muy respetuosamente del presente fallo en virtud de lo siguiente:*

*Reiteramos los hechos de la demanda, así mismo el material probatorio aportado y más cuando se establece que en el tiempo existió una unión marital de hecho con la señora **MERCEDES VALDERRAMA** y el señor **SEBASTIAN CERÓN**, situación que en virtud a ello finaliza el 29 de julio de 2016. Así mismo solicitarles a los señores magistrados un análisis conjunto de las pruebas allegadas toda vez que las mismas logran establecer la convivencia y no podemos darnos única y exclusivamente a lo aportado en el expediente administrativo, pues si bien es cierto se dejó establecido como se indica por parte del despacho que no se pudo dar certeza a la finalización del tiempo por no haberse dado al año 2016, 2015, 2014, 2013 y así establecer los últimos 5 años, se puede indicar que si bien es cierto en el expediente aparece la dirección del barrio Jerusalén la misma hacia parte de la sociedad patrimonial de los mismos, es más en cabeza de la*

enfatizando, se logró probar una unión marital de hecho entre la señora MERCEDES VALDERRAMA y el señor SEBASTIAN CERÓN, situación que finalizó el 29 de julio de 2016.

Agregó, se debe hacer un análisis conjunto de las pruebas allegadas toda vez que las mismas logran establecer la convivencia y no se puede verificar única y exclusivamente lo aportado en el expediente administrativo, pues si bien es cierto no se pudo dar certeza del tiempo 2016, 2015, 2014, 2013 para verificar los últimos 5 años de convivencia, debe tenerse en cuenta que en el expediente aparece la dirección del Barrio Jerusalén, misma que hacía parte de la sociedad patrimonial de los compañeros, es más, en cabeza de la señora MERCEDES VALDERRAMA se establecía ese bien inmueble y en efecto en el interrogatorio de parte ella lo indicó así como los testigos establecieron que era un negocio de alquiler de arrendamientos donde la misma señora DILIA CAMAYO CAMAYO vivía en ese predio.

Así mismo, manifestó, frente a lo indicado por el despacho en la no condena de los intereses moratorios del artículo 141, si bien es cierto la naturaleza que se da es resarcitoria y no sancionatoria la misma es para causar precisamente estos perjuicios que se han venido dando, teniendo en cuenta que el proceso lleva más de cinco años en litigio y no se le ha dado el reconocimiento a la señora MERCEDES VALDERRAMA, quien aun así es la llamada a las pretensiones del reconocimiento pensional, además, no importa que exista buena o mala fe de la UGPP, pues se debe dar el reconocimiento de los intereses moratorios.

Por su parte, la Tercera Ad Excludendum DILIA MARIA CAMAYO CAMAYO, recurrió la sentencia[2] y la adición, exteriorizando, el a quo hace referencia a una

---

*señora **MERCEDES** se establecía ese bien inmueble y que en efecto se pudo dar como lo indicó ella en el interrogatorio y los testigos establecieron que era un negocio de alquiler de arrendamientos donde la misma señora **DILIA** vivía en ese predio, por lo tanto, no se entiende el por qué no se pudieron acceder a las pretensiones de la demanda, cuando se viene consignado dentro del expediente dichas circunstancias.*

*Así mismo quiero establecer frente a lo indicado por el despacho en la no condena de los intereses moratorios del artículo 141, si bien es cierto la naturaleza que se da allí es resarcitoria y no sancionatoria la misma es para causar precisamente estos perjuicios que se han venido dando, pues si bien es cierto llevamos más de cinco años en litigio frente al mismo no se le ha podido dar el reconocimiento a la señora **MERCEDES VALDERRAMA**, quien aun así es la llamada a las pretensiones del reconocimiento pensional y que si bien se ha establecido, no importa que exista culpa o buena fe o mala fe de las entidades en este caso de la **UGPP** se debe dar el reconocimiento de estos intereses moratorios. Por lo tanto, solicito a los señores magistrados el reconocimiento y pago de la prestación solicitada en la presente demanda. Gracias".*

[2] ***Recurso Tercera Ad Excludendum - récord, 58:53: "****Frente a la decisión interpongo el recurso de apelación y paso a sustentarlo, su señoría en la sentencia emitida a su despacho hace referencia a una serie*

de pruebas las cuales se recaudaron y se practicaron durante el proceso que efectivamente dan fe de la situación jurídica que está envuelto en este momento los ciudadanos y en especial la señora ***DILIA CAMAYO CAMAYO,*** *dentro de la sentencia señor juez argumenta que efectivamente el causante murió el 29 de julio de 2016, que efectivamente no se le reconoce el derecho, teniendo en cuenta que la señora DILIA allegó pruebas suficientes para poder mostrar el grado de convivencia con el causante, que efectivamente la señora DILIA vivía con el causante pero que no se logró demostrar por parte de ninguna de las dos la convivencia en el tiempo de lo que se establece legalmente de cómo es 5 años anteriores, de igual forma, el señor juez argumenta lo que se ratificó en los alegatos y el barrio de residencia de la señora* ***MERCEDES*** *y el barrio de residencia del causante que es la calle 76 #45-04 de ciudad Bolívar y la calle 44 #90-23 barrio Bachué, que efectivamente los testimonios que se arrimaron no daban ninguna fe de esa situación.*

Frente a estos hechos señor juez, quiero manifestarle que la señora ***DILIA*** *es víctima de una constante como mujer se ha visto disminuida y agredida en su vivencia en este estado colombiano teniendo en cuenta que la* ***UGPP,*** *Recibió la dirección de notificación, el teléfono de esta señora y que igualmente dentro del expediente se encontraba todos los datos y expedientes de la señora* ***DILIA*** *que podían ser ubicables para esta audiencia que se llevó a cabo antes de iniciar el proceso y como se le explicó y como se radicó efectivamente el juzgado en mérito del debido proceso le nombró curador, pero este curador pues contestó infundadamente la demanda en situaciones de hechos y que el señor juez manifestó cierto. Entonces quiero poner en presente en esta apelación a los señores magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que efectivamente en el Juzgado Trece Laboral del Circuito con el No. 13202000025500 donde se encuentra la demandante* ***DILIA MARIA CAMAYO CAMAYO*** *se encuentra el proceso en donde efectivamente sus hechos y sus pruebas dan fe de la convivencia superior a los 5 años con el causante más de los 5 años y en esta oportunidad también señor juez, quiero poner en presente que a pesar de que el expediente se encontraba los datos de la señora* ***DILIA*** *nunca fue notificada al teléfono vía electrónica como lo establece el Código General del Proceso, igualmente la Ley 806 del 2012, que determina la utilización de los medios electrónicos a pasar de que la señora* ***DILIA*** *tenía WhatsApp, en ningún momento le notificaron esta situación sino que se presentaron hechos posteriores en donde este apoderado llega al proceso teniendo en cuenta que la demanda se le había notificado a la* ***UGPP****, a la* ***UGPP*** *se le notificó y es ahí donde este apoderado se da cuenta que efectivamente existe un proceso en el Juzgado 17 Laboral, que por situaciones de la pandemia se han venido dilatando y la condición de mujer que se ha visto esta señora* ***DILIA*** *se ha visto afectada.*

Teniendo en cuenta que cuando murió su cónyuge lo que afirma en versión la señora ***DILIA*** *es que fue despojada de ese bien sin el uso apropiado del debido proceso, los hijos llenaron la vivienda argumentando que era arrendadora cuando en el expediente no se puede observar en ningún momento ningún contrato de arriendo, igualmente argumenta que el señor subió al barrio ciudad Bolívar que queda en la calle 90 y que queda en la calle 76 #45-04 de ciudad Bolívar que queda al extremo de la ciudad a cobrar un arriendo, si el señor iba a cobrar ese correo solamente con las reglas de la experiencia a cobrar ese arriendo puede uno observar que hay inconsistencias en los hechos y en la realidad de lo que está planteando en esta demanda, ¿Por qué el señor fallece dentro de la casa, cuando había cobrado unos arriendos si la señora* ***DILIA*** *tenía la llave? ¿Por qué el señor va a cobrar arriendo si en la casa no había nadie? ¿A quién le iba a cobrar los arriendos? ¿Y por qué estaba dentro de la casa? si la casa supuestamente estaba arrendada, esas inconsistencias señor juez quiero ponerlas en presente hacia el tribunal porque efectivamente como lo argumenta el señor juez en su sentencia se puede inferir que la señora si vivía en la casa, si vivía en la casa y que efectivamente ingreso a la casa y que le prestó los primeros servicios, le prestó los primeros servicios asistenciales, teniendo en cuenta que el señor había fallecido de un infarto que no se encuentra probado en el proceso efectivamente porque no hay una prueba que efectivamente puede determinar, pero que verbalmente la señora* ***DILIA*** *posiblemente la podía determinar que el señor era alcohólico y anteriormente había consumido sustancias alcohólicas y esa fue la consecuencia por la que el murió de un infarto. La señora Dilia sale de su vivienda a trabajar y el señor se queda en su casa enguayabado y sufre este infarto, obviamente que la señora estaba trabajando y de ese trabajo no tuvo conocimiento no tuvo información solamente hasta el momento de llegar a su casa abre la puerta con la llave de donde vivía ingresa al lugar y se da cuenta que señor falleció, e inicia el trámite legal para hacer el levantamiento que duró aproximadamente 8 horas o 5 horas mientras llegó el CTI y llegó la fiscalía e hizo el levantamiento del cadáver, pero en ese lugar estaban los vecinos estaban las personas que están en el proceso en el Juzgado 13 y que dan fe de lo que la señora* ***DILIA*** *vivió en ese instante que definitivamente no se pudo llegar a asumir esto porque el señor juez negó las pruebas de interrogatorio de los testigos de la señora* ***DILIA****, porque la señora* ***DILIA*** *nunca supo que existía este proceso.*

Por esta razón no puedo demostrar que convivió con este señor antes del 7 de septiembre del 2005 pero que sí, que, si podía probarse que definitivamente había una convivencia, efectivamente la señora no pudo allegar sus testigos pero si se tuvieron en cuenta el señor juez observó que había unas declaración extra juicio dentro del expediente que muestra que efectivamente éstos bajo la gravedad de juramento certificaron que efectivamente vivían hace más de once años, conviviendo con la señora ***DILIA*** *que si se puede verificar*

serie de pruebas las cuales se recaudaron y se practicaron durante el proceso que efectivamente dan fe de la situación jurídica de la señora DILIA CAMAYO CAMAYO. Dentro de la sentencia se argumenta que efectivamente el causante murió el 29 de julio de 2016 y que no se le reconoce el derecho a la señora DILIA dado que no allegó pruebas suficientes para poder mostrar el grado de convivencia con el causante, estando claro, efectivamente la señora DILIA CAMAYO vivía con el causante, pero no se logró demostrar por parte de ninguna de las dos compañeras la convivencia dentro los 5 años anteriores a la muerte del pensionado.

Expuso, se ratificó en los alegatos y el barrio de residencia de la señora MERCEDES VALDERRAMA, siendo distinto a la residencia del causante que es la Calle 76 No. 45 - 04 de ciudad Bolívar y la Calle 44 No. 90 - 23 del barrio Bachué.

Frente a estos hechos, aclaró, dentro del expediente administrativo que reposa en la UGPP se encontraba todos los datos de la señora DILIA CAMAYO y por tanto

---

*ese barrio de ciudad Bolívar para esa fecha no existía o estaban recién organizándolo en el momento en que el causante compró esa vivienda y comenzó a vivir con la señora **DILIA** en ciudad Bolívar.*

*Entonces señor juez en esta situación que ella no tiene la defensa y se están transgrediendo derechos fundamentales y no solamente que la mujer ha sido víctima durante años de nuestra sociedad, por eso yo hablo aquí, y pongo de presente por que la señora **DILIA** es una persona protegida primero que todo por los derechos humanos y en especial por la corte interamericana de derechos humanos, teniendo en cuenta su edad y su situación económica. De igual forma llamo al tribunal para que verifique el preámbulo de la constitución dice que Colombia es un estado social en derecho y que la señora **DILIA** es una persona que trabaja en casas de vivienda, es una empleada doméstica, ella estaba trabajando allá donde la notificaron y la sacaron del trabajo, ósea quedó en situación de indefensión porque su mínimo vital se afectó y segundo fue sacada de la casa donde vivía por los hijos del causante, fue sacada de la casa con todas sus pertenencias, entonces, no solamente la situación como se presentó la muerte del causante sino lo que la convivencia y el proceso pues realmente se está afectando el mínimo vital de la señora quien es una mujer en estado de indefensión y quien no tiene techo ni casa en este momento.*

*Mientras que la señora **MERCEDES** efectivamente al parecer por que se le pregunto dentro del interrogatorio ¿Qué de quien es esa vivienda? Y no supo decir de quien era, dijo que estaba en proceso de sucesión, pero nunca dijo de quien era esa vivienda, pero nunca dijo de quién era esa vivienda, ¿Por qué vivía ella allá? ¿Y por qué el señor pues el causante vivía en ciudad Bolívar?, entonces para terminar quiero resaltar y poner en presente el expediente prestacional para que sea evaluado como una prueba reina dentro del proceso y también poner en presente que la sana crítica y las reglas de la experiencia permiten inferir, que cuando muere el esposo de una persona lo primero que llega en la persona más allegada o querida de la persona eso le pasa a todo el mundo. Pero en este caso no vivió esto, fue la señora **DILIA** la que llegó al lugar del hecho y patrocinó toda la situación para que fuera cumpliera con la regla con lo establecido por la ley, para que se diera el levantamiento y se diera la cadena de custodia para hacer el levantamiento posterior. Por lo anterior señor juez solicito al tribunal para que sean evaluadas las pruebas en conjunto y se garantice el derecho fundamental a esta mujer que ha sido víctima tanto de los hijos como en este momento de la situación que está viviendo, que no tiene empleo, no tiene vivienda y no tiene como subsistir ya una persona a esa edad. Por lo anterior solicito al despacho a los tribunales para que sea tenida en cuenta la demanda que se está adelantando en el juzgado con el expediente que ya ofrecí, ya determiné reitero el numero 1320200024500 el cual se solicitó se unificara, porque los hechos son independientes pero las pretensiones son iguales.".*

podía ser ubicada, no obstante, no se desconoce, el juzgado en acatamiento del debido proceso nombró curador, quien contestó infundadamente la demanda y no allegarse las pruebas que reposan en el Juzgado Trece Laboral del Circuito con el No. 11001310501320200024500 donde la demandante es la señora DILIA MARIA CAMAYO CAMAYO, en este proceso obran las pruebas que dan fe de la convivencia superior a los 5 años con el causante.

Relató, la Ley 806 del 2012 determina la utilización de los medios electrónicos a pesar de que la señora DILIA CAMAYO CAMAYO tenía WhatsApp y en ningún momento le notificaron la existencia de este proceso.

En su sentir, debe tenerse en cuenta que cuando murió el pensionado, la señora DILIA CAMAYO CAMAYO fue despojada del bien en contravía del debido proceso que le asiste, pues los hijos allanaron la vivienda argumentando que era arrendadora cuando en el expediente no se puede observar en ningún momento ningún contrato de arriendo, igualmente, no es creíble que se afirme que el difunto fue al barrio ciudad Bolívar al inmueble ubicado en la calle 76 No. 45 - 04 de a cobrar un arriendo, si pues en aplicación a las reglas de la experiencia se puede inferir que hay inconsistencias en los hechos y en la realidad de lo que está planteando en esta demanda, además, debe analizarse ¿por qué el señor fallece dentro de la casa, cuando había cobrado unos arriendos si la señora DILIA CAMAYO CAMAYO tenía la llave?, ¿Por qué el señor va a cobrar arriendo si en la casa no había nadie?, ¿A quién le iba a cobrar los arriendos?, ¿Y por qué estaba dentro de la casa?, si la casa supuestamente estaba arrendada, esas inconsistencias deberán examinarse.

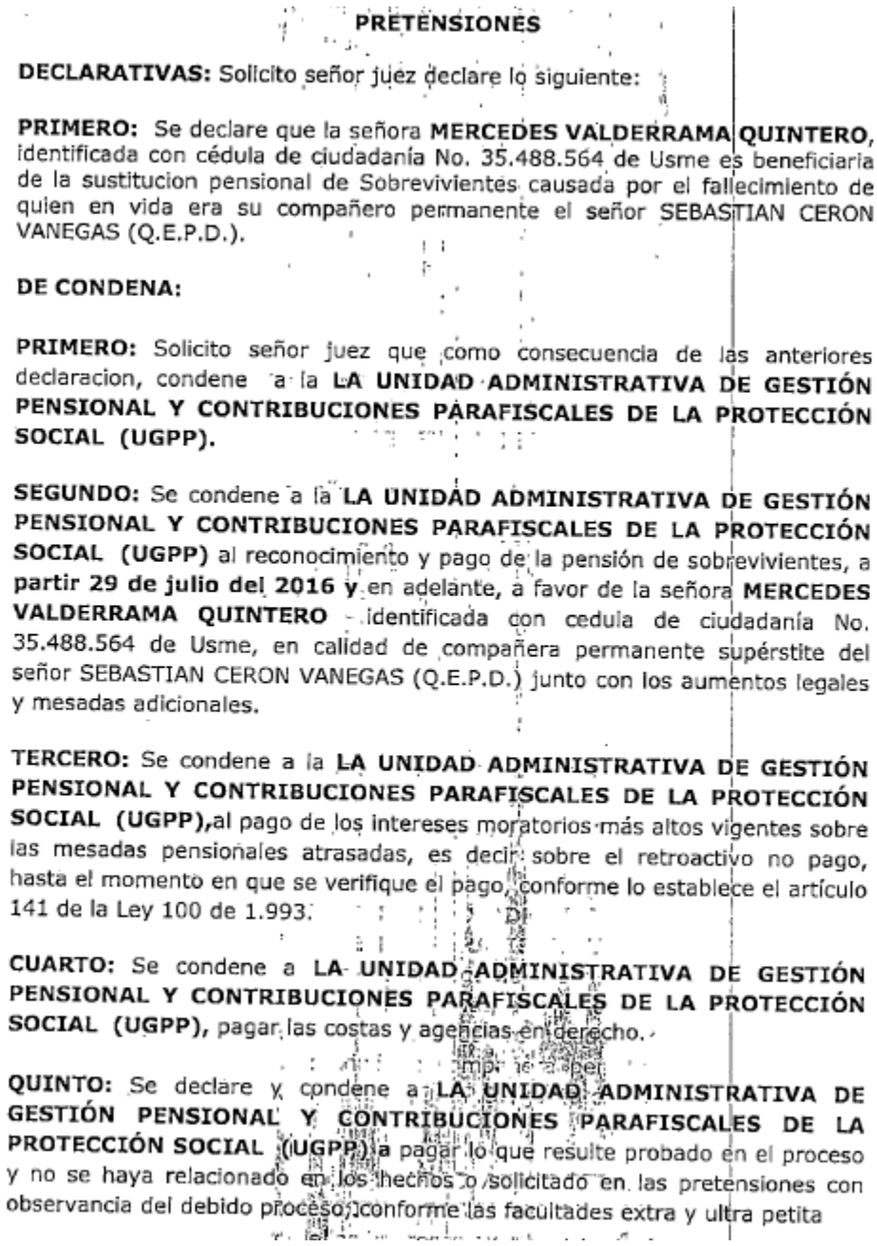
Añadió, efectivamente como lo argumenta el señor juez en su sentencia se puede inferir que la señora DILIA CAMAYO CAMAYO si vivía en la casa y efectivamente ingresó a la misma, momento en el cual le prestó los primeros servicios asistenciales al causante, teniendo en cuenta que el señor había fallecido de un infarto. Contó, la señora estaba trabajando y de ese trabajo no tuvo conocimiento e información solamente hasta el momento de llegar a su casa, abre la puerta e ingresa al lugar y se da cuenta que señor falleció, e inicia el trámite legal para hacer el levantamiento que duró aproximadamente de 5 a 8 horas mientras llegó el CTI y la fiscalía, encontrándose en ese momento los vecinos y que se relacionan en el proceso del Juzgado 13 Laboral, los cuales dan fe de la convivencia.

Adujo, la señora MERCEDES VALDERRAMA al ser indagada en el interrogatorio sobre, ¿De quién es esa vivienda?, no supo responder, dijo que estaba en proceso de sucesión, así mismo, no respondió, ¿Por qué vivía la señora DILIA CAMAYO allá?, ¿Y por qué el señor causante vivía en ciudad Bolívar?, resaltando, la demandante, no es congruente con el expediente prestacional.

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 MERCEDES VALDERRAMA QUINTERO, las pretensiones que relacionó en la subsanación de la demanda (Archivo 04 del expediente digital, página 5), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados en las páginas 3 y 4 del mismo archivo, solicitando:



PRETENSIONES

DECLARATIVAS: Solicito señor juez declare lo siguiente:

PRIMERO: Se declare que la señora **MERCEDES VALDERRAMA QUINTERO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 35.488.564 de Usme es beneficiaria de la sustitucion pensional de Sobrevivientes causada por el fallecimiento de quien en vida era su compañero permanente el señor SEBASTIAN CERON VANEGAS (Q.E.P.D.).

DE CONDENA:

PRIMERO: Solicito señor juez que como consecuencia de las anteriores declaracion, condene a la **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP).**

SEGUNDO: Se condene a la **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP)** al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, a **partir 29 de julio del 2016 y** en adelante, a favor de la señora **MERCEDES VALDERRAMA QUINTERO** identificada con cedula de ciudadanía No. 35.488.564 de Usme, en calidad de compañera permanente supérstite del señor SEBASTIAN CERON VANEGAS (Q.E.P.D.) junto con los aumentos legales y mesadas adicionales.

TERCERO: Se condene a la **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP),** al pago de los intereses moratorios más altos vigentes sobre las mesadas pensionales atrasadas, es decir sobre el retroactivo no pago, hasta el momento en que se verifique el pago, conforme lo establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1.993.

CUARTO: Se condene a **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP),** pagar las costas y agencias en derecho.

QUINTO: Se declare y condene a **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP)** a pagar lo que resulte probado en el proceso y no se haya relacionado en los hechos o solicitado en las pretensiones con observancia del debido proceso, conforme las facultades extra y ultra petita

La señora DILIA MARIA CAMAYO CAMAYO, en calidad de tercera ad excludendum contestó la demanda por medio de Curadora Ad Litem, (Archivo 13 expediente digital hechos y pretensiones páginas 2 a 7), por lo que no allegó pruebas y se atiene a lo que resulte probado en el proceso, en sentencia de primera instancia el Juez dispuso, declarar probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado propuesta por la UGPP y absolver a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL, en adelante, UGPP, de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra tanto por la demandante señora MERCEDES VALDERRAMA QUINTERO como por la señora DILIA MARIA CAMAYO CAMAYO, última que fue vinculada como

Interviniente Ad Excludendum, condenó en costas a la interviniente excluyente, **lo anterior tras considerar** que no se acreditó la convivencia de los 5 años exigidos por la Ley por parte de ninguna de las dos compañeras, máxime cuando de las pruebas documentales, testimoniales e interrogatorios de parte no se pudo establecer una convivencia real y efectiva con el de cujus antes del 29 de julio de 2016 en los términos de Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13.

Frente a la tercera DILIA MARIA CAMAYO CAMAYO, aseveró que la señora afirmó que convivía con el causante a partir del 21 de diciembre de 2002 dándose la convivencia en el barrio Jerusalén, concluyendo el sentenciador que si bien conocía al señor Cerón informó que la convivencia surgió porque se sentía solo y decidieron conformar un hogar, sin embargo no se dieron otros detalles que permitan vivenciar esos hechos, aunado a que no obra otro medio probatorio que permita inferir esta situación, pese a la declaración extra juicio rendida ante Notario, donde no se afirmó una fecha precisa, como si se hizo en este estrado, corriendo la misma suerte los declaraciones aportadas, en síntesis no quedó demostrada la convivencia.

Con relación a la demandante MERCEDES VALDERRAMA, adujo, esta no logró acreditar la convivencia con el causante en Bachué desde hace 24 años, como lo afirmó en la demanda, pues solo quedó demostrada la creación de dos hijos, teniendo la señora Valderrama la obligación de demostrar que al momento del deceso del pensionado estaba haciendo vida de pareja con el señor SEBASTIÀN CERÒN, no dando cuenta de esta situación el expediente administrativo de la UGPP al relacionarse una dirección diferente a la residencia de la demandante.

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, en virtud del principio de consonancia, se circunscribe en determinar, en cabeza de quién procede el reconocimiento de la sustitución pensional, esto es, si resulta acreedora la señora MERCEDES VALDERRAMA QIUINTERO o DILIA CAMAYO CAMAYO, ambas en calidad de compañeras permanentes del señor SEBASTIÁN CERÓN VANEGAS (q.e.p.d.) y en este sentido abordará la Sala el estudio respectivo.

Previo a dilucidar el debate planteado, es menester precisar, no es objeto del litigio que el señor SEBASTIÁN CERÓN VANEGAS, falleció el 29 de julio 2016, conforme se señala en el registro civil de defunción visible en el archivo 02,

expediente digital página 16, como tampoco que mediante Resolución No. 30863 del 26 de junio de 2007, radicado 30168/2006, la liquidada CAJA NACIONAL DE PREVISIÒN SOCIAL EICE, le reconoció al causante una pensión de vejez en cuantía de $172.005,00, efectiva a partir del 25 de enero de 1997 (*páginas 39 a 41 del archivo 46, documento 4903284 UNIFICADO).*

En este orden de ideas, habida cuenta de la fecha de la muerte del causante, la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la cual se encontraba vigente para el **29 de julio de 2016** (fecha del deceso), y que en sus partes pertinentes señalan que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad; señala el literal a) del artículo 47 citado que, en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por **muerte del pensionado**, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte[3].

Recordándose en este punto, aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o **compañera permanente**, según el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993[4], era de 5 años, independientemente de que el causante de la

---

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

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

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

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

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte[4]; (…)

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

> *"En torno a dicha exigencia, esta Sala de la Corte de manera reiterada había sostenido efectivamente la tesis expuesta por el Tribunal, esto es que, sin importar de que se tratara de la muerte de un afiliado o de un pensionado, para que la compañera(o) permanente fuera beneficiaria(o) de la pensión de sobrevivientes, era necesario que acreditara 5 años de convivencia con su pareja con anterioridad a la fecha del deceso (…).*
>
> *No obstante, lo anterior, dicha posición fue reevaluada para señalar que de la redacción del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no era posible inferir que en tratándose de la muerte de un afiliado, el legislador hubiese querido exigir un tiempo mínimo de convivencia de 5 años,* ***de manera que ese interregno temporal solamente resultaba necesario acreditarse en aquellos casos en que el deceso ocurría en cabeza de un pensionado.*** *Así, por ejemplo, en la sentencia* CSJ SL1905-2021, *en torno a la citada norma se sostuvo:*
>
> > *[…] En síntesis, pueden extraerse dos reglas […] que fijan el alcance y la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003: i) La pensión de sobrevivientes en materia de afiliados al sistema de seguridad social, no exige un tiempo mínimo de convivencia para acreditarse como beneficiarios la cónyuge o la compañera permanente y, ii) No existe un trato diferenciado para la aplicación de la regla anterior, es decir, no importa la forma en la que se constituya el núcleo familiar, vínculos jurídicos o naturales, la protección se dirige al concepto de familia (artículo 42 de la C.P.), luego el análisis se circunscribe en estos casos a la simple acreditación de la calidad requerida y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (al respecto, se puede consultar entre otras sentencias CSJ SL3843-2020, CSJ SL5626-2020).*
>
> *Los motivos que sustentaron el cambio de criterio efectuado por la Corte, estuvieron basados en: i) la redacción de la norma, pues de la misma resultaba evidente que había pretendido hacer una diferenciación, al guardar silencio frente al tiempo de convivencia que debía exigírsele al compañera(o) del afiliado, lo que resulta apenas obvio por tratarse de situaciones fácticas disímiles, que por tanto merecían un tratamiento propio; ii) las consideraciones vertidas en la sentencia CC C-1094-2003, en la que entre otras se declaró la exequibilidad de la expresión «no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte», contenida en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en la que sobre el particular se dejó sentado que «el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los*

pensionados » y; iii) la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, en la que se dejó también claridad que el requisito de convivencia que se pretendía exigir para ser beneficiario de la prestación de sobrevivencia estaba dirigido en casos donde la muerte se diera respecto del pensionado.

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

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

En la SL5270 del 3 de noviembre del 2021 Rad. 86941 también se señaló:

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

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

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

Sin embargo, a través de la sentencia CSJ SL1730-2020, esta Sala rectificó su línea de interpretación acerca del requisito de convivencia para ser beneficiaria de la

> *pensión de sobreviviente, distinguiendo si a la muerte del causante era afiliado o pensionado (…).*
>
> *(…)*
>
> *Criterio este que luego, mediante sentencia CSJ SL5270-2021 fue reafirmado, separándose de lo dispuesto en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional CC SU-149-2020 y, manifestando que la interpretación adecuada de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, «resulta constitucional y legalmente válido, dentro del marco de las competencias de esta Sala, en su función de unificación de la jurisprudencia laboral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16 de la Ley 270 de 1996 y 235 de la CP, con sus modificaciones».*
>
> *(…)*
>
> *De manera que, conforme al criterio jurisprudencial imperante de esta Sala, se tiene que quien pretenda acceder a una pensión de sobrevivientes, a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, **se le exigirán como requisitos para acceder a ese derecho pensional los siguientes: cuando el causante es un pensionado una convivencia de cinco años,** mientras que tratándose de la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de un afiliado no será exigible tiempo específico de convivencia, **pues simplemente bastará con demostrar la condición de compañero permanente o compañero (a) y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte y así se cumple con el presupuesto normativo en comento, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de esa contingencia**.*
>
> ***En consecuencia, debe entenderse que el requisito de convivencia exigido a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes -esto es, la convivencia mínima de cinco años- sólo es exigible en el caso de la prestación causada con ocasión del fallecimiento de pensionado**.” (negrilla y subrayado de la Sala).*

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

En ese orden, en primer lugar, se tiene que la señora MERCEDES VALDERRAMA QUINTERO nació el 15 de mayo de 1954 (*cédula de ciudadanía página 13 archivo 02 expediente digital*), por lo que a la fecha de fallecimiento del causante (29/07/2016) contaba con 62 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos, por su parte la señora DILIA MARIA CAMAYO CAMAYO, nació el 24 de diciembre de 1957 (*cédula de ciudadanía página 15 archivo 19 del expediente digital*) contando con 61 años de edad para la data del óbito.

Así las cosas, para resolver las inconformidades presentadas por las señoras MERCEDES VALDERRAMA QUINTERO y DILIA MARIA CAMAYO CAMAYO; ambas en calidad de compañeras permanentes, consistentes en que la convivencia con el pensionado fallecido se encuentra acreditada con cada una, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos, así:

La **Tercera Ad Excludendum exclamó** al absolver interrogatorio (archivo 42, récord 14:50): “Vivo en Santa Librada actualmente, conocí a Sebastián Cerón Vanegas, hace vario tiempo, un día nos encontramos y me dijo que estaba solo que necesitaba una Compañía, que hacía 25 años que estaba separado y necesitaba una persona que lo acompañara en todo, estuvimos en Jerusalén en la Calle 76 No. 46 - 04 Sur, el 29 de diciembre de 2002 comencé con Sebastián, yo trabajaba en servicios generales en Bogotá para Seguros Bolívar, la fecha nunca se me ha olvidado porque siempre la he recordado porque fue cuando me encontré con el señor Cerón, la casa era propia y era del señor Sebastián Cerón, permanecíamos los dos y lo acompañaba en todo cuando iba hacer las vueltas y le hacia todo, la casa donde vivíamos era la casa de las gemelas que eran 3 casas parecidas, vivíamos los dos, la casa tenia los cuartos, patio, la cocina y 4 alcobas, era de un piso, él tenía dos hijos y ellos llegaban cuando yo no estaba, yo los conocí cuando ellos llegaron a sacar todas las cosas que teníamos, unos papeles que llegaron a esculcar, él me decía que tenia 2 hijos que llegaban cuando yo no estaba, llegaban borrachos, yo trabajaba y salía por la mañana a las 4 a.m. y llegaba a las 2 p.m., Sebastián cumplía años el 25 de enero, no recuerdo el número de cédula, estaba afiliado a Salud Total y pedía citas en la tarde para que yo lo acompañara, tengo una hija que se llama Paola Camayo, ella vive con la tía, solo vivíamos los dos, cuando hice la reclamación me dijeron me preguntaron donde trabajaba, a mí me sacaron de la casa donde yo vivía, Milton y Fredy, ellos me sacaron todo y lo echaron del carro, los señores que me sacaron son hijos de Mercedes Valderrama, yo fui al entierro pero nunca supe quien era ella, fueron los vecinos del barrio, unos amigos, una comadre y otros amigos que jugaba en futbol, ellos fueron al velorio”, Sebastián falleció el 29 de julio de 2016, cuando yo llegué ya estaba muerto, hicieron el levantamiento y había fallecido hace 12 horas, yo estaba en el trabajo, él falleció en la casa, él salía a tomar los fines de semana y me llamaba y me decía donde estaba, nunca Mercedes fue a visitarlo ni nada, èl no iba donde Mercedes, le acepté la propuesta de irnos a vivir juntos hacia 13 años”.

Se absolvió su **interrogatorio de la señora MERCEDES VALDERRAMA QUINTERO** (archivo 43, récord 0:30): “Vivo en Bachué en la Avenida Calle 90 No. 23 B- 103, Ese día íbamos para allá y me habían cortado la luz de la casa y yo me devolví, el 29 de julio de 2016 no estábamos los dos, íbamos a recoger los dineros pero cuando me di cuenta de que cortaron la luz, me devolví, él recibía $568.300 o algo así, hace 44 años vivíamos en Bachué, conocían Don Carlos, Patricia, habían muchos vecinos que vivían en la misma cuadra, en Jerusalén es un barrio del sur en ciudad Bolívar Calle 76 No. 75-04, había 4 alcobas y se arrendaban las piezas, él subió a recoger los arriendos y le dio un infarto, en la casa del sur él se fue a cobrar los arriendos y el señor de la Panadería le avisó a mi hijo, así que se subió él solo con el otro hermano, lo recogieron como casi a media noche, mis hijos me dijeron que era mejor que no me fuera para la casa, esa casa la conseguimos entre los dos, el fue guardián del INPEC, él había tomado con unos amigos en el Quirigua, fuimos al Quiriguá y estábamos con unos amigos y él se vino para la casa, estábamos con Carlos Mora, él no era de tiendas, tomaba era en la casa, tomaba con los compañeros de trabajo, uno ya esta muerto, a veces mis sobrinos, primo de él, conozco a Dilia Maria cuando subía con Sebastián desde hace 3 años mas o menos, antes de la muerte de él, la conocí porque fueron pocas las veces que estuvo ella ahí cuando íbamos a cobrar el arriendo, entre ellos no sabia que existió una relación, sin sospecha ni nada, nunca me enteré sino cuando hice la reclamación y me dijeron que otra señora había metido papeles también, que él se haya quedado por fuera no señor, siempre estábamos los dos, fui a reclamar el arriendo, ella casi no hablaba, era callada, tuvimos 2 hijos, mis hijos nos acompañaban a veces a cobrar el arriendo, habían 4 arrendatarios, unos era Feliz, otro Odilia y no sabia bien el nombre, no habían recibos de pago”.

Igualmente se recibieron los testimonios de **NELSON VANEGAS VALDERRAMA** y **CLAUDIA PATRICIA GONZÁLEZ LÓPEZ** en la audiencia celebrada el día 05 de agosto de 2022 (minuto 05:12 a 32:37 del Video No. 1; y 00:12 a 28:15 del Video No. 2), quienes señalaron:

NELSON VANEGAS VALDERRAMA, narró: “Mercedes Quintero es mi tía, la distingo de toda la vida, no conozco a Dilia Camayo, mi tía siempre ha vivido en el barrio Bachué, con el esposo y los hijos, el esposo es el señor Sebastián Cerón, toda la vida lo vi hasta que falleció, no recuerdo que haya contraído matrimonio,

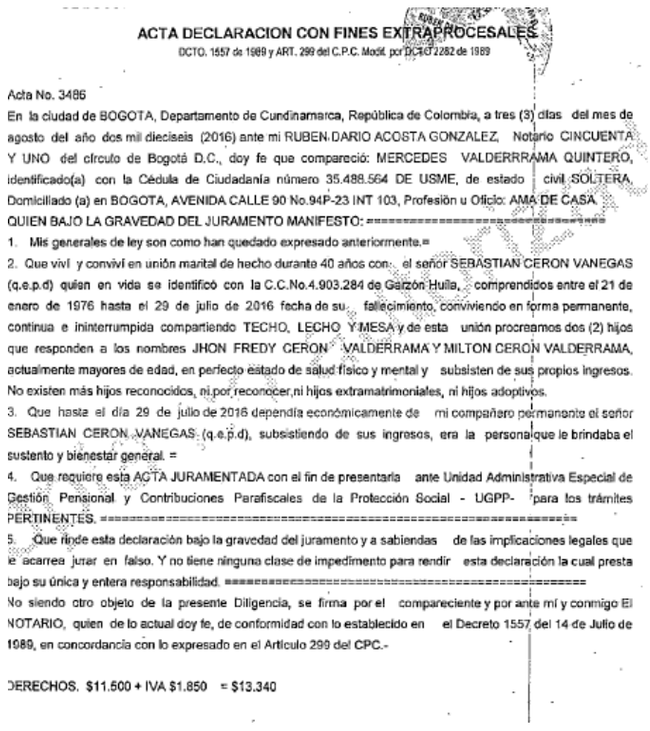
Fredy tiene la misma edad mía, Milton era menor que nosotros, el falleció hace 2 años, yo mantuve comunicación constante, eran una pareja normal con sus dos hijos, siempre he vivido en Ciudad Bolívar en Casa linda, él trabajaba en el INPEC y se dedicaba al hogar porque vivían de los arriendos, tenían una propiedad en el barrio Jerusalén, era una cada de arriendo que tenia 3 o 4 habitaciones, lo sabia porque me comunicaba con ellos, uno se enteraba de los gastos, eso sí, cambiaban cada rato de arrendatario, nunca fui solo cuando compraron, hace unos 30 años, él se dedicaba al hogar, siempre permaneció en la casa con ellos, no supe de otra relación, yo iba cada 15 días o 20 días y ellos también, no sé cómo se hacían los pagos, era una pareja normal y ella le decía amor y el "mechis" creo que él pagaba y los hijos, me imagino que pagaba, no sé cuales son los servicios, creo que pagaban entre los dos, hacían mercado porque hacían vueltas los dos, ella no tenia ingresos y era en la casa, en Bachué vivía mi tía, Sebastián, Milton y Fredy, los 4, la casa arriba había 2 habitaciones y abajo una sala y baño, había una especie de división porque vivían Fredy, la señora Mercedes era beneficiaria de él porque si el era pensionado era normal no sabia si estaba enfermo, creo que no sufría de nada, murió de un infarto el 16 de junio, falleció arriba en la casa, arriba en Jerusalén, estaba cobrando arriendos, creo, nos llamaron avisar que había fallecido, me llamó mi mamá, luego asistí al velorio, él falleció en la casa y no alcanzaron a trasladarlo, no le pregunté a mi mama con quien estaba, la velación fue en los Olivos en la 80, el que pagó fue Milton, Milton los tenía afiliados, él salía a pegarse sus tragos solo, pero a todos lado iban los dos".

CLAUDIA PATRICIA GONZÁLEZ LÓPEZ, expresó**: "** Mercedes es mi vecina, no distingo a DILIA CAMAYO, es mi vecina hace 15 días, desde ahí la distinto y tenemos buena relación, vivimos en al barrio Bachué y exactamente Mercedes vive al frente mío, mi tío me vendió la casa, me la presentaron personalmente, yo la distinguí a ella y al esposo Sebastián Cerón y a los dos hijos, Fredy y Milton que falleció, el señor salía por las mañanas y trabajaba en al policía, creo, solo nos saludábamos, yo tenia que salir y nos encontrábamos en Caja Social, en el alimentador, mucha confianza ano, así como visita no, solo entre 2 o 3 veces en al sala en el ante jardín y ya, nunca fui a alguna actividad familiar, nos encontrábamos en al noche porque yo sacaba a mi perrito y él entraba, yo con el señor solo el saludo y ya, no sabia si estaba pensionado, la señora Mercedes ha estado en su casa con sus hijos, no sé si tiene propiedad alguna, si recibían

arrendamientos, me enteré de la muerte de Sebastián no sé la fecha exacta, mi hija esta haciendo la primera comunión, la señora Mercedes me contó todo, supe que falleció de un infarto, no supe dónde falleció, yo tenía una floristería, es un puesto donde llevo 30 o 35 años desde las 9 a.m. a las 4 p.m., horario de cementerio, compartimos tinto una vez, yo sacaba al perro entre 7:30 u 8, todos los días saco al perro, la fecha no recuerdo cuando falleció Sebastián, la última vez que lo vi fue como 20 días antes que mi hija hiciera la primera comunión, él tenía uniforme del INPEC, como unos 7 años yo lo vi uniformado, él vivía con la señora Mercedes, yo lo veía en las horas de la noche, hace 15 años me pasé a la casa, he vistos que vive con los hijos pero no sé si son de él, nunca le pregunté eso, yo siempre lo veía ahí, yo supe de la muerte del señor Cerón pero no sé donde estaba".

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

- Declaración extra juicio rendida por la demandante MERCEDES VALDERRAMA el 3 de agosto de 2016, donde manifiesta (archivo 02, página 19:



ACTA DECLARACION CON FINES EXTRAPROCESALES

DCTO. 1557 de 1989 y ART. 299 del C.P.C. Modif. por DC 1/ 2282 de 1989

Acta No. 3486

En la ciudad de BOGOTA, Departamento de Cundinamarca, República de Colombia, a tres (3) días del mes de agosto del año dos mil dieciseis (2016) ante mi RUBEN DARIO ACOSTA GONZALEZ, Notario CINCUENTA Y UNO del circulo de Bogotá D.C., doy fe que compareció: MERCEDES VALDERRRAMA QUINTERO, identificado(a) con la Cédula de Ciudadanía número 35.488.564 DE USME, de estado civil SOLTERA, Domiciliado (a) en BOGOTA, AVENIDA CALLE 90 No.94P-23 INT 103, Profesión u Oficio: AMA DE CASA, QUIEN BAJO LA GRAVEDAD DEL JURAMENTO MANIFESTO: ==========

1. Mis generales de ley son como han quedado expresado anteriormente.=
2. Que viví y convivi en unión marital de hecho durante 40 años con el señor SEBASTIAN CERON VANEGAS (q.e.p.d) quien en vida se identificó con la C.C.No.4.903.284 de Garzón Huila, comprendidos entre el 21 de enero de 1976 hasta el 29 de julio de 2016 fecha de su fallecimiento, conviviendo en forma permanente, continua e ininterrumpida compartiendo TECHO, LECHO Y MESA y de esta unión procreamos dos (2) hijos que responden a los nombres JHON FREDY CERON VALDERRAMA Y MILTON CERON VALDERRAMA, actualmente mayores de edad, en perfecto estado de salud físico y mental y subsisten de sus propios ingresos. No existen más hijos reconocidos, ni por reconocer, ni hijos extramatrimoniales, ni hijos adoptivos.
3. Que hasta el día 29 de julio de 2016 dependía económicamente de mi compañero permanente el señor SEBASTIAN CERON VANEGAS (q.e.p.d), subsistiendo de sus ingresos, era la persona que le brindaba el sustento y bienestar general. =
4. Que requiere esta ACTA JURAMENTADA con el fin de presentarla ante Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP- para los trámites PERTINENTES. ==========
5. Que rinde esta declaración bajo la gravedad del juramento y a sabiendas de las implicaciones legales que le acarrea jurar en falso. Y no tiene ninguna clase de impedimento para rendir esta declaración la cual presta bajo su única y entera responsabilidad. ==========

No siendo otro objeto de la presente Diligencia, se firma por el compareciente y por ante mí y conmigo El NOTARIO, quien de lo actual doy fe, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1557 del 14 de Julio de 1989, en concordancia con lo expresado en el Artículo 299 del CPC.-

DERECHOS. $11.500 + IVA $1.850 = $13.340

- Resolución 30863 de 2007 por medio del cual Cajanal reconoció la pensión de vejez al de cujus. (archivo 02, página 24 a 25).

- Resolución RDP 040837 del 27 de octubre de 2016, por medio del cual negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante (MERCEDES VALDERRAMA), (archivo 02, páginas 29 a 32).

- Resolución RDP 048006 del 20 de diciembre de 2016, por medio del cual se reconoce un auxilio funerario a la señora MERCEDES VALDERRAMA QUINTERO. – (archivo 02, páginas 36 a 38).

- Resolución RDP 005540 del 15 de febrero de 2017, por medio de la cual resuelve el recurso de reposición y confirma (archivo 02., páginas 40 a 41).

- Reclamación Administrativa presentada por la señora MERCEDES VALDERRAMA. (archivo 02, páginas 47 a 53).

- Del expediente administrativo aportado se extrae que la demandante y la tercera Ad Excludendum efectuaron las reclamaciones como compañeras permanentes.

- De estos archivos se desprende, las resoluciones en comento, las reclamaciones administrativas ya mencionadas, y documentos que dan cuenta de la historia pensional del de cujus como resolución de reconocimiento de la pensión e historia laboral. Frente a la convivencia con las señoras MERCEDES VALDERRAMA QUINTERO y/o DILIA MARIA CAMAYO CAMAYO, no obra documento alguno que permita resolver esta litis, pues se itera, los documentos aportados y que reposan en los archivos 46 y 47 denominados “expediente administrativo”, no da cuenta de convivencia alguna entre el de cujus y las señoras en comento.

Así las cosas, conforme lo reseñado y una vez analizadas en conjunto las pruebas bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte la Sala que los dichos de los testigos NELSON VANEGAS VALDERRAMA y CLAUDIA PATRICIA GONZÁLEZ LÓPEZ no generan certeza acerca de la **convivencia real y efectiva**

exigida por ley para el reconocimiento de la prestación pensional a favor de la señora **MERCEDES VALDERRAMA QUINTERO**, nótese que nada refirieron respecto de situaciones que den lugar a entender que la accionante y el pensionado tenían un proyecto de vida como pareja, forjado en el apoyo y socorro mutuos, razones por las cuales es claro que los dichos de estos testigos en nada aportan al esclarecimiento del objeto del litigio, pues se limitaron a expresar que siempre los veían juntos y que tenían 2 hijos, pero no describieron circunstancias de tiempo, modo y lugar que den lugar a entender cómo se desarrolló la citada convivencia de la pareja. Además, siendo una circunstancia de vital importancia en este asunto, nada indicaron frente a las fechas para poder verificar una convivencia 5 años anteriores al fallecimiento del pensionado.

Si bien, el señor **NELSON VANEGAS VALDERRAMA**, quien es sobrino de la demandante MERCEDES VALDERRAMA, adujo que los veía siempre juntos, no relacionó momento o eventos puntuales en los que se pueda precisar o inferir que ejercían actos de pareja, siendo su declaración imprecisa y general, nótese que este deponente se limitó a responder que su tía ha vivido en el barrio Bachué con el esposo e hijos, teniendo una propiedad en la barrio Jerusalén, la cual era arrendada y vivían de los arriendos. En suma, este testigo indicó quién era su familia y donde tenían la residencia sin ahondar en fechas.
Igual suerte, corre la declaración de la deponente, **CLAUDIA PATRICIA GONZÁLEZ LÓPEZ,** ya que, si bien reside en el barrio Bachué, mismo lugar de la señora Mercedes Valderrama Quintero, lo cierto es que ésta misma indicó que solo se saludaba o veía con el de cujus cuando “sacaba el perro” en horas de la noche, sin indicar fechas o precisar momentos en los cuales veía a la pareja, pues igual que el testigo anterior, esta declaración fue general, siendo de vital importancia que la parte actora acreditara que, por lo menos, convivió con el pensionado el entre el **29 de julio de 2011 al 29 de julio de 2016** y que en dicho lapso hicieron vida con ánimo de estar unidos. En sentir de esta Corporación, las aseveraciones ofrecidas por esta declarante, solo permiten inferir que fue vecina en el barrio Bachué de la señora Valderrama Quintero y el causante, sin que viera o fuera testigo sobre actos de pareja, pues solo afirmó que vivían con sus hijos, sin enfatizar los momentos puntuales

Se precisa, en punto a la apelación, el haber procreado hijos no puede en manera alguna, suplir la necesaria y **efectiva convivencia con el de cujus al momento**

de su muerte, situación que como anteriormente se explicó no se probó por parte de la señora MERCEDES VALDERRAMA QUINTERO, pues la norma es clara al exigir una convivencia REAL y EFECTIVA.

De tal suerte, en esta litis, solo quedó acreditado que la señora VALDERRAMA QUINTERO procrearon 2 hijos que su hogar lo fue en algunos años en el Barrio Bachué, no obstante, se insiste, no existe medio probatorio alguno que permita evidenciar actos de pareja entre el pensionado y la demandante en el tiempo previsto en la ley. Puntualmente, frente al recurso de apelación de este extremo, debe advertirse, la declaración extra proceso No. 3486 del 3 de agosto de 2016 rendida por la señora MERCEDES VALDERRAMA QUINTERO ante la Notaria 51 del Círculo de Bogotá, indica que convivió con el de cujus por más de 40 años con el causante y en este proceso en el interrogatorio de manera expuso la actora que fueron 44 años, siendo contradictorio que recuerde la fecha de manera concreta y no en el 2016, un mes después de haber fallecido el pensionado.

Ahora, no se desconoce que los señores MILTON CERON VALDERRAMA y JHON FREDDY CERON VALDERRAMA, fueron los que cancelaron las exequias del fallecido, conforme se prueba con el certificado de afiliación individual al contrato de previsión exequias -plan tradicional- clientes residenciales Codensa, conforme se narra en la Resolución No. RDP 048006 del 20 de Diciembre de 2016 por parte de LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP), por medio de la cual se ordenó el reconocimiento y pago del auxilio funerario en cuantía de $3.447.275 con ocasión del fallecimiento del señor SEBASTIÁN CERÓN VANEGAS (Q.E.P.D) a la señora VALDERRAMA QUINTERO, empero, este reconocimiento económico en nada puede acreditar una convivencia de vida de pareja.

Así discurrió, la CSJ en sentencia SL958-2023, frente a este puntual aspecto:

> "***En tales condiciones, no es cualquier medio de convicción el que puede resultar idóneo para tener por probado, en casos como el presente, la existencia del apoyo, acompañamiento y vida en común para el momento del óbito, pues el deber de quien reclama esa prestación pensional, consiste en acreditar con suficiencia ese vínculo con una vocación de permanencia****, aun en casos en que por circunstancias especiales, entre ellas de trabajo los cónyuges o compañeros no puedan estar permanentemente*

> *juntos, bajo el mismo techo, para así garantizar que la prestación económica a reconocer protegerá el núcleo familiar que en vida conformó con el pensionado. (…).*
>
> *El requisito de la convivencia real y efectiva como condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes,* ***entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, apoyo espiritual y físico y camino hacia un destino común; excluye así, los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no generan las condiciones necesarias de una comunidad de vida.***
>
> *Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte,* ***circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto.".***

Por otra parte, frente al registro fotográfico que alega la recurrente Mercedes Valderrama, debe decirse, no es posible emitir pronunciamiento alguno al no existir dentro del plenario dicho medio probatorio, siendo deber de la parte actora verificar qué documentos había radicado y mucho más si se trataba de un Cd con imágenes.

Reiterando la Sala en este punto, se debe demostrar la **intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y efectivo y un acompañamiento espiritual permanente**, lo cual en autos no se acreditó pues se itera ni tan siquiera se logró probar la existencia de un proyecto de vida en común durante los años 2011 a 2016.

Recuérdese que conforme lo ha establecido la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL1399, Radicación No. 45779 del 25 de abril del 2018 la convivencia es "*aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado*", precisando la misma Corporación que "*la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común"* **excluyendo de ésta** *"encuentros pasajeros,*

casuales o esporádicos, e incluso ***las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida***.", situación que ocurrió en autos pues a pesar que de la demandante pudo haber acompañado al pensionado fallecido desde el 2011 que se conocieron hasta su deceso no se probó una verdadera comunidad de vida.

Finalmente, no resulta oportuno valorar la declaración dada por la propia demandante MERCEDES VALDERRAMA ya que a las partes no le es dable crear su propia prueba (CSJ SL1059-2023).

Conforme a todo lo anterior, para esta Sala de decisión, en autos no hay certeza de que la convivencia entre la demandante MERCEDES VALDERRAMA QUINTERO y el causante se haya dado dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento de aquel (2011-2016), confirmándose en este punto la decisión de la Juez de primer grado.

Por otro lado, y en relación con la señora DILIA CAMAYO CAMAYO, baste con señalar esta Corporación no quedó acreditaba la convivencia dentro de los 5 años anteriores al deceso, pues acertando con el a quo, esta Sala, no encontró dentro del expediente administrativo aportado en los archivos 46 o 47 ninguna manifestación efectuado en vida por el pensionado, respecto a la vida de pareja que pretendía hacer o crear con la tercera ad Excludendum. Igualmente, las declaraciones extra juicio aportadas dentro del proceso que cursa en el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, tales manifestaciones no pueden tenerse en cuenta, dado que no dan la razón de la ciencia de su dicho, pues si bien narran algunas circunstancias de tiempo, modo y lugar del conocimiento que tienen sobre la relación de la señora DILIA MARIA CAMAYO CAMAYO y el causante SEBASTIÁN CERÓN nada refieren sobre el punto objeto de estudio en esta instancia, esto es, la convivencia de la señora en mención con el de cujus para el momento de su deceso, siendo precarias tales manifestaciones para el punto objeto aquí de estudio y en todo caso no existe otra prueba que reafirme lo dicho por tales declarantes.

Si bien, el pensionado falleció dentro de la residencia ubicada en el barrio Jerusalén, debe decirse, pudo crearse una relación con la señora DILIA MARIA CAMAYO CAMAYO, no obstante, ésta debió acreditar que convivió 5 años con el

de cujus y que no solo fue una relación casual, como quedó demostrado en esta litis.

De tal forma, esta interviniente, no logró demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante los últimos 5 años, ni tan siquiera se pudo evidenciar la forma en que se dio dicha comunidad de vida. Reiterando la Sala en este punto, se debe demostrar la intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y efectivo y un acompañamiento espiritual permanente, lo cual en autos no se acreditó pues se itera ni tan siquiera se logró probar la existencia de un proyecto de vida en común, advirtiéndose este derecho surge **siempre y cuando se pruebe una convivencia real y efectiva durante el lapso legal de cinco años,** periodo que, como ya se dijo, en este asunto, no se encuentra acreditado con las precarias pruebas aportadas que se contrajeron a las testimoniales.

Puntualmente, frente al recurso de apelación interpuesto por esta interviniente, debe decirse, no se demostró la dependencia económica, es más, la señora DILIA MARIA trabajaba haciendo aseo en una empresa y por tanto no dependía del pensionado, así lo aceptó en el interrogatorio de parte. No sobra advertir que la terminología de “Esposo” no es procedente en este caso, en razón a que el causante nunca contrajo matrimonio con ninguna de las señoras MERCEDES VALDERRAMA y DILIA MARIA CAMAYO CAMAYO, no pudiéndose confundir la calidad de compañeras permanentes en que actúan en este litigio, pues de probarse la calidad de cónyuge los 5 años se exigirían en “cualquier tiempo”.

Ahora, de tenerse por acreditado que el señor SEBASTIÁN CERÓN convivía con la señora DILIA MARIA en la dirección calle 76 No. 46 04 localidad de Ciudad Bolívar barrio Jerusalén, lo cierto es que este hecho solo probaría la convivencia el día de la muerte del de cujus, siendo de gran relevancia que este extremo acreditara comunión de amor desde el 2011, por lo menos.

De esta manera, como ya se señaló se concluye la orfandad probatoria por parte de las promotoras del litigio dirigidas acreditar los 5 años de convivencia antes del fallecimiento del señor SEBASTIAN CERÓN, no encontrándose demostrado por tanto el supuesto de hecho sobre el cual se fundan sus pretensiones, destacando en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho

acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tenía interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones era la parte actora y la intervinientes Ad Excludendum, 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 la convivencia por parte de. de las señoras MERCEDES VALDERRAMA QUINTERO y DILIA MARIA CAMAYO CAMAYO, exigido por la normatividad aplicable y en ese orden se debe proceder a la confirmación de la sentencia.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

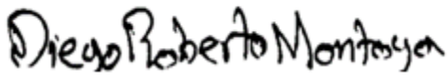
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FLORA SOFIA KLEBER BARRETO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. (RAD. 18 2021 00230 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada GIOMAR ANDREA SIERRA CRISTANCHO como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA RIOS OLIVEROS, en calidad de representante legal suplente de la sociedad TABOR ASESORES LEGALES S.A.S.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 18 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 02 de mayo de 2023 *(Audiencia virtual, archivo 18 expediente digital récord: 1:19:36),* en la que se resolvió:

*‘“**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA** de la afiliación de la señora **FLORA SOFIA KLEBER KARRETO** identificada con cédula de ciudadanía No. 42.204.292, al*

*régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** suscrito el **4 de octubre de 1999**, con fecha de efectividad el 1 de diciembre del mismo año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este presente fallo.*

***SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales la señora **FLORA SOFIA KLEBER KARRETO** identificada con cédula de ciudadanía No. 42.204.292, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**.*

***TERCERO: ORDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante **FLORA SOFIA KLEBER KARRETO** identificada con cédula de ciudadanía No. 42.204.292, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

***CUARTO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES–COLPENSIONES** a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 13 de enero de 1981, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la demandante la señora **FLORA SOFIA KLEBER KARRETO** identificada con cédula de ciudadanía No. 42.204.292, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.*

***QUINTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas **COLPENSIONES** y **COLFONDOS**.*

***SEXTO: COSTAS** de esta instancia a cargo de las demandadas **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** en favor de la parte demandante en la suma de $1.500.000. Sin costas a cargo de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.*

***SÉPTIMO**: Si no fuere apelada la presente sentencia, **CONSÚLTESE** con el Superior".*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES solicitó se revoque la sentencia[1] de primera instancia toda vez que la demandante guardó silencio por más de 20

[1] ***Recurso Colpensiones (récord, 1:22:53): "**Gracias señor juez, me permito interponer recurso de apelación en contra de la providencia que acaba de proferir el despacho para que el honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque la sentencia en su integridad. Igualmente, solicito a la honorable sala del Tribunal Superior de Bogotá a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones y respecto a los puntos de condena que afectan a mi representada.*

El recurso de apelación, lo sustento en el sentido de aportar una interpretación otorgada por el despacho, pues se tiene que la señora demandante guardó silencio por más de 20 años, hasta la última reclamación administrativa respecto de la información que le fue proporcionada el día 4 de octubre de 1999 por parte de la AFP Colfondos, lo que permite denotar por parte de la misma un abandono respecto a ese asunto pensional, tal y como puede verificarse en el interrogatorio, de parte efectuado por la señora demandante. Igualmente es indiscutible, conforme al interrogatorio de parte, que la señora demandante efectuó el traslado

años, hasta la última reclamación administrativa respecto de la información que le fue proporcionada el día 4 de octubre de 1999 por parte de la AFP Colfondos, lo que permite denotar un abandono respecto al asunto pensional, situación que se verifica en el interrogatorio de parte efectuado a la actora.

Añadió, es indiscutible que la demandante efectuó el traslado de régimen pensional de manera libre y voluntaria y que además nunca se sintió coaccionada para efectuarlo, estando de acuerdo con la decisión y el material probatorio allegado a la diligencia no pudiendo probarse la falta de asesoría. Igualmente, adujo, la actora faltó al deber de diligencia y cuidado como consumidora financiera dada la naturaleza del fondo privado, en el cual se encuentra válidamente afiliada, tal y como lo prevé el Decreto 2241 del 2018 en su artículo 4°, por lo que es claro que en la actualidad no recaen responsabilidades en las demandadas.

De otro lado, expuso sobre el principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, que justamente es un periodo de carencia planteado por el legislador el cual se creó con el objeto de evitar la descapitalización del fondo común del régimen de prima media e incluso que no se vieran afectadas las garantías de los afiliados que sí cotizaron a lo largo de su vida laboral para adquirir un beneficio

---

de régimen pensional de manera libre y voluntaria y que además nunca se sintió coaccionada para efectuarla y estuvo de acuerdo con la decisión y el material probatorio allegado a la diligencia no pudo probarse de manera indiscutible la falta de asesoría considerada por el señor juez de primera instancia.

Igualmente se precisa que faltó al deber de diligencia y cuidado como consumidora financiera dada la naturaleza del fondo privado, en el cual se encuentra válidamente afiliada, tal y como es precisado en el Decreto 2241 del 2018, en su artículo 4°, por lo que es claro que en la actualidad no han de recaer responsabilidades, no debieron haber recaído la responsabilidad únicamente las aquí demandadas, de otro lado, debe tenerse en cuenta por parte de la Honorable Sala de decisión lo precisado por la Corte Constitución en reiterada jurisprudencia, en lo que refiere el cumplimiento del principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, en donde se precisó que justamente el periodo de carencia planteado por el legislador se hizo por el objeto de evitar la descapitalización que le provocaría el fondo común del régimen de prima media e incluso afectarían las garantías de los afiliados que si cotizaron a lo largo de su vida laboral para adquirir un beneficio pensional. Esto último en virtud del concepto del principio de equidad consagrado en el artículo 95 de la carta política y el de eficiencia pensional. Igualmente, la Corte hace alusión a la necesidad probatoria de establecer la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de trasladar a un afiliado e inclusive analizar la calidad del demandante y de analizar cada caso en particular, según los hechos y circunstancias, para lo cual se establece que en el presente caso no se está frente a un afiliado lego en atención a que, conforme el material probatorio y la señora. señora FLORA SOFIA KLEBER, era profesional para la data del traslado de régimen pensional, por lo que claramente no carecía de la capacidad para ilustrarse y asesorarse de mejor manera.

Igualmente solicito, pues al Honorable Tribunal que haga una nueva valoración respecto a la totalidad del material probatorio, con el único objeto de que sea revocado el fallo proferido en el día de hoy. Así mismo, solicito que se tengan en cuenta los argumentos, establecidos al momento de dar la contestación a la demanda, para la revocatoria del fallo ahora apelada. En esos términos, dejó planteado mi recurso de apelación, señor juez.".

pensional. Esto, sumado al principio de equidad consagrado en el artículo 95 de la carta política y el de eficiencia pensional.

Esgrimió, la Corte hace alusión a la necesidad probatoria de establecer la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de trasladar a un afiliado e inclusive analizar la calidad del demandante y de analizar cada caso en particular, según los hechos y circunstancias, para lo cual se establece que en el presente caso no se estaba frente a un afiliado "*lego*", en atención a que, la señora FLORA SOFIA KLEBER era profesional para la data del traslado de régimen, por lo que claramente no carecía de la capacidad para ilustrarse y asesorarse.

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

CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 1 a 3, archivo 1 Expediente Digitalizado),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 3 a 5, ibidem),* aspirando de manera principal se declare:

> Primera: Se DECLARE la NULIDAD del Traslado de MI PODERDANTE del REGIMEN PUBLICO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA SEGURO SOCIAL ahora COLPENSIOENS al REGIMEN PRIVADO DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD por lo que resulta NULA la afiliación a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A.
>
> Segunda: Como consecuencia de lo anterior, DECLARE que para todos los efectos jurídicos la DEMANDANTE siempre ha permanecido en el REGIMEN PUBLICO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES ya que el TRASLADO al REGIMEN PRIVADO DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD CONFONDOS S.A NO puede producir efectos porque su consentimiento no fue realizado en forma libre y espontánea, pues se les indujo a error a mi representada por no darle la DEBIDA INFORMACION.
>
> Tercera: Como consecuencia de lo anterior, sírvase ordenar a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A la DEVOLUCION a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas las sumas de dineros, Bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por conceptos de aportes obligatorios y

rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de la administradora de fondo de pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A.

Cuarta: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, reactivar la afiliación de la DEMANDANTE considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculada al REGIMEN PUBLICO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, recibir los aportes y rendimientos devueltos por la ADMINISTRDORA DE FONDO DE PÉNSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A, actualizar y corregir la historia laboral de la DEMANDANTE.

Quinta: Condenar en costa a las DEMANDADAS.

Como pretensiones subsidiarias, relacionó:

Primera: Solicito Se DECLARE la INEFICACIA del acto mediante el cual mi PODERDANTE se trasladó del REGIMEN PUBLICO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDIA de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al REGIMEN PRIVADO DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD COLFONDOS S.A, por lo que resulta INEXISTENTE la AFILIACION a COLFONDOS S.A.

Segunda: Como consecuencia de lo anterior, DECLARE que para todos los efectos jurídicos la DEMANDANTE siempre ha permanecido en el REGIMEN PUBLICO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Tercera: Así mismo, sírvase ORDENAR a COLFONDOS S.A FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS, la Devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, Bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A.

Cuarta: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reactivar las afiliaciones de la DEMANDANTE, considerando que para todos los efectos legales siempre han estado vinculadas al REGIMEN PUBLICO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA de la ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, recibir los aportes y rendimientos devueltos por la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A, actualizar y corregir la historia laboral de la DEMANDANTE.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con

solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., suscrito el 4 de octubre de 1999, con fecha de efectividad el 1º de diciembre del mismo año, se declaró que para todos los efectos legales la señora FLORA SOFIA KLEBER KARRETO nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, se ordenó a COLFONDOS S.A. a trasladar dentro de los (45) días siguientes a la ejecutoria a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, ordenando que los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Igualmente, se ordenó a COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 13 de enero de 1981, debiendo incluir dicha información en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de la pensión en el régimen de prima media con prestación definida, por último, se condenó en costas a las codemandadas. **Lo anterior tras considerar que**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias de su traslado, aunado a que ni tan siquiera aportó el formulario de afiliación como prueba de la información proporcionada.

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

antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[2].

Así las cosas, se tiene como fecha de nacimiento de la actora el 27 de julio de 1958 *(Conforme se registra en la cédula de ciudadanía Página 15, Archivo 01 Expediente Digitalizado),* por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2015, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 10 de enero de 2021 *(página 35, Archivo 01 del expediente digital)*, esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 486,12 semanas cotizadas al sistema que *(Historia Laboral aportada por Colpensiones Archivo 13 expediente digital página 56)*[3]*,* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como bien lo señala Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al

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

[3]

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1006100646	TIA LTDA	13/01/1981	24/04/1981	$5.790	14,57	0,00	0,00	14,57
1006123187	BIFCO LTDA	15/01/1982	01/08/1985	$14.610	185,00	0,00	0,00	185,00
1006202064	COOP.TRAB.CLUB EMP.O	24/01/1989	30/07/1994	$159.900	287,71	0,00	0,00	287,71
1989813185	KLEBER BARRETO FLORA	14/09/1994	31/12/1994	$98.700	15,57	0,00	0,00	15,57
42204292	KLEBER BARRETO FLORA	01/01/1995	31/01/1995	$118.934	4,00	0,00	0,00	4,00
42204292	KLEBER BARRETO FLORA	01/03/1995	31/03/1995	$118.933	4,14	0,00	4,14	0,00
800041857	CORPORACION DE ACCIO	01/03/1995	31/12/1995	$315.000	42,86	0,00	0,00	42,86
800041857	CORPORACION DE ACCIO	01/01/1996	31/01/1996	$304.000	4,14	0,00	0,00	4,14
860025971	FINANSOL S A COMPANI	01/02/1996	30/04/1996	$378.000	12,86	0,00	0,00	12,86
860025971	FINANSOL S A COMPANI	01/05/1996	31/05/1996	$878.000	4,29	0,00	0,00	4,29
860025971	FINANSOL S.A	01/06/1996	28/02/1997	$378.000	35,29	0,00	0,00	35,29
860025971	FINANSOL S A CIA DE	01/03/1997	31/03/1997	$202.000	0,00	0,00	0,00	0,00
800065394	CORPORACION MUNDIAL	01/06/1999	30/06/1999	$167.000	1,43	0,00	0,00	1,43
800065394	CORPORACION MUNDIAL	01/07/1999	30/09/1999	$500.000	12,86	0,00	0,00	12,86
					[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 620,57			
					[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 " "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"): 0,00			

Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, tuvo como fecha de solicitud el **4 de octubre de 1999**, efectivo el **1° de diciembre de 1999** (*SIAFP, Ver Página 3, archivo 17 del expediente digital)* por afiliación que hiciera a la entonces AFP COLFONDOS*,* **precisándose**, aun cuando no obra el formulario de afiliación a esta AFP se debe indicar, para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito no constituye un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente. Lo anterior impone entonces a la AFP COLFONDOS, acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.
Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello,

tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la demandante 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[5], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante[6] no acreditan de manera 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, y que sus aportes tendrían mayor estabilidad dada la liquidación en su momento del ISS, sumado a los rendimientos que se generaría, pero de manera alguna le indicaron sobre las modalidades pensionales en el RAIS, requisitos para pensionarse anticipadamente, entre otros aspectos, situación que en manera alguna da a entender que la actora conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que COLFONDOS haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de 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.

De igual forma debe precisarse en relación con la apelación de COLPENSIONES, el hecho, que la accionante fuera una persona con formación educativa

---

[6] ***Interrogatorio Demandante, récord 21:48, archivo 18:*** *"Me trasladé en octubre de 1999 más o menos, no me informaron si podía retractarme o pasarme a Colpensiones al ISS, fue un asesor de Colfondos y me informó que el Seguro Social estaba en crisis y se iba acabar y que la mejor opción era Colfondos, que tenía mejor opción y se iba acabar, yo trabajaba en la Corporación de la Mujer, hoy Bancamía, esos fueron los términos, el asesor me dijo que había una crisis y que lo más conveniente era el traslado al fondo privado por ser más rentable y la pensión sería mejor que el ISS en ese entonces, yo firmé el formulario, no me dijeron la edad para pensionarme, no cuenta de ahorro individual, no me dijeron nada de Fondo de Solidaridad ni capital que debía tener en la cuenta para pensionarme, cotizaciones voluntarias no dijeron n cuando tiempo debía cotizar en ese régimen, respecto del bono dijeron que eran dineros que tenía en el ISS y que eso se pasaría a Colfondos, no me indicaron sobre las características de ese fondo ni nada, obligaciones como afiliada no me dijeron, no fui al ISS porque uno creía en el asesor o le Fondo, yo me acerqué al ISS y solicité el traslado pero no antes, finalmente lo del ISS no se dio pero eso fue lo que me dijeron, que el ISS se iba acabar y estaba en crisis y que el fondo privado era el más rentable, al momento del traslado yo era empleada y asesor comercial, era profesional, no leí el formulario solo me atuve a lo que el asesor me explicó, que el Fondo se iba acabar y que era lo mejor el fondo privado, que la pensión seria mayor, firmo documentos sin leer pero creí en el asesor de Colfondos, me indicaron las supuestas ventajas del Fondo Privado mas no las ventajas del ISS hoy Colpensiones, en Colfondos no sé los requisitos para pensionarme, eran 1600 semanas y la edad de 57 años, no he radicado queja o retracto en Colfondos, cambiaron las direcciones, celular y fijos, me acerqué una vez en Colfondos y pregunté que con cuánto me iba a pensionar cuando la actualización quedaba en Colpatria, hace 3 o 4 años fui a Colfondos cuando la trasladaron al Edifico de Tequendama y el asesor me dijo que me pensionaban con 1 smlmv que si quería pensionarme antes podía aportar a capital y le dije que no podía hacer esos aportes, le pregunté que con cuánto me pensionaba y me dijo que con 1 smlmv, decidí devolverme y lo solicité al Seguros Social y la solicitud la negaron, esta demanda es porque me sale una mesada inferior al salario, yo gano más de 2 millones de pesos y acá en Bogotá uno no puede sobrevivir con eso".*

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.

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

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

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

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

mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

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

…

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año **1999**, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante a la AFP COLFONDOS estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen **(solicitud del 04 de octubre de 1999, efectiva el 1º de diciembre de 1999),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, 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 la AFP 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 los bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, frutos, intereses y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, como también deberá activarse su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse, ésta Sala de Decisión adicionará el numeral **TERCERO** del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior COLFONDOS S.A. también deberá retornar los **gastos de administración y comisiones debidamente indexados**, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

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

A la par, con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni

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

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

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

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

Por otro lado y en punto a la apelación de COLPENSIONES, téngase en cuenta 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 no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[7] *(Página 35, archivo 01 expediente digital),* entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

---

[7] *Se tuvo por contestada la reforma a la demanda en auto del 10 de enero del 2021, archivo 12 del expediente digital.*

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

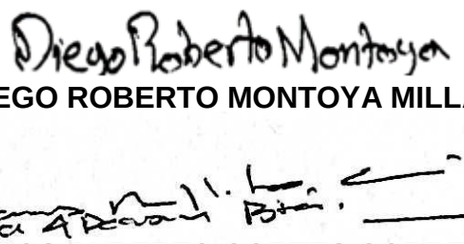
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a COLFONDOS S.A. retornar los gastos de administración y comisiones, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

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

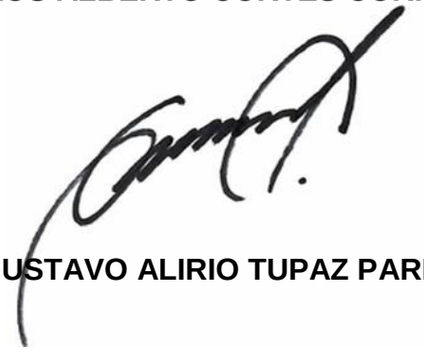
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

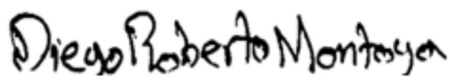
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSE ANTONIO GUTIERREZ ESQUINAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 18 2022 00141 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada GIOMAR ANDREA SIERRA CRISTANCHO como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, en calidad de representante legal suplente de la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S, apoderada principal



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 18 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 18 de abril del 2023 *(Audiencia virtual, archivo 19 expediente digital, récord: 1:26:01),* en la que se resolvió:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado que realizó el señor JOSÉ ANTONIO GUTIERREZ ESQUINAS identificado con cédula de ciudadanía 11.345.605 a la AFP DAVIVIR hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION efectuada el 7 de julio del 94 y con fecha de efectividad el 1° de agosto del mismo año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este presente proveído.*

***SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales el señor JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ ESQUINAS identificado con cédula de ciudadanía 11.345.605 nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.*

***TERCERO: CONDENAR** a la AFP DAVIVIR hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION 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 de demandante JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ ESQUINAS identificado con cédula de ciudadanía 11.345.605, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es con los rendimientos causados y gastos de administración, sin lugar a descuento alguno.*

***CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a aceptar dichos valores y tener como válida la afiliación de fecha 12 de enero de 1988, por lo que deberá incluir en la base de datos y el sistema de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de la pensión a futuro del demandante el señor JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ ESQUINAS identificado con cédula de ciudadanía 11.345.605 en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.*

***QUINTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION.*

***SEXTO:** Costas de esta instancia a cargo de la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION, dentro de la que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a $1.500.000 en favor de la parte demandante, sin condena en costas a favor de COLPENSIONES.*

***SÉPTIMO:** Si no fuera apelado, consúltese con el superior."*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES presenta recurso de apelación indicando en primer lugar que el demandante guardo silencio por más de 27 años hasta la fecha de la reclamación administrativa respecto a la información que le fue proporcionada por parte de la AFP DAVIVIR el 7 de julio de 1994, lo que permite denotar por parte del mismo un abandono respecto de su asunto pensional, tal y como puede verificarse del interrogatorio de parte absuelto por el señor demandante, faltando el demandante con su deber de diligencia y cuidado como consumidor financiero dada la naturaleza del fondo privado en el cual se encuentra válidamente afiliado.

Indica se debe tener en cuenta lo expresado por la Corte Constitucional en lo que refiere al cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, en donde se precisó que justamente el periodo de carencia planteado por el legislador se hizo con el objeto de evitar la descapitalización que le provocaría al fondo común del régimen de prima media e incluso afectaría las garantías de los afiliados que sí cotizaron a lo largo de su vida laboral para adquirir un beneficio pensional.

Señala se está frente a un afiliado lego, en atención a que conforme al interrogatorio de parte absuelto el demandante es profesional en electromecánica, para lo cual es claro que no carecía de la capacidad para ilustrarse o asesorarse de mejor manera y por cuenta propia.

Finalmente manifiesta al demandante no se le afectó ninguna garantía con el traslado de régimen pensional, pues para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el mismo contaba con 25 años y menos de 280 semanas de cotización, para lo cual es claro que él no era beneficiario del régimen de transición y con el traslado de régimen pensional, no perdía ningún beneficio, razones por las cuales solicita la revocatoria del fallo de primer grado. *(Audiencia virtual, archivo 19 expediente digital, récord: 1:28:46[1]),*

---

[1] **APODERADA COLPENSIONES:** Gracias señor juez, en la oportunidad otorgada por usted me permito presentar recurso de apelación en contra de la providencia que acaba de proferir el despacho para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque la sentencia en su integridad e igualmente solicito a la Honorable Sala del Tribunal Superior de Bogotá estudie el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones respecto a los puntos de condena que afectan a mi representada.

El recurso de apelación lo sustento en el sentido de apartarme de la interpretación otorgada por el despacho, pues en principio debe tenerse en cuenta que el señor demandante guardo silencio por más de 27 años hasta la fecha de la reclamación administrativa respecto a la información que le fue proporcionada por parte de la AFP Davivir el 7 de julio del 94, lo que permite denotar por parte del mismo un abandono respecto de su asunto pensional, tal y como puede verificarse del interrogatorio de parte absuelto por el señor demandante.

Igualmente, es indiscutible que, conforme al interrogatorio de parte, el señor demandante efectuó el traslado de régimen pensional de manera libre y voluntaria; y además nunca se sintió coaccionada para efectuarlo y estuvo de acuerdo con la decisión; y del material probatorio allegado a la diligencia no pudo probarse de manera indiscutible la falta de asesoría considerada con el señor juez de Primera Instancia.

De igual manera se insiste por parte de esta defensa judicial que el señor demandante faltó a su deber de diligencia y cuidado como consumidor financiero dada la naturaleza del fondo privado en el cual se encuentra válidamente afiliado, tal y como es precisada por el Decreto de 2241 del 2010 en su artículo 4°, por lo que es claro que en la actualidad no debió haber recaído la responsabilidad únicamente en las aquí demandadas.

De otro lado, debe tenerse en cuenta lo expresado por la Corte Constitucional en lo que refiere al cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, en donde se precisó que justamente el periodo de carencia planteado por el legislador se hizo con el objeto de evitar la descapitalización que le provocaría al fondo común del régimen de prima media e incluso afectaría las garantías de los afiliados que sí cotizaron a lo largo de su vida laboral para adquirir un beneficio pensional, esto último en virtud del concepto del principio de equidad consagrado en el artículo 95 de la carta política y el de eficiencia pensional.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*Páginas 6 a 8, archivo 1 Expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 4 a 6 ibidem),* aspirando de manera principal se declare la nulidad e ineficacia de la afiliación al RAIS, en consecuencia se ordene a COLPENSIONES a recibir y afiliarlo nuevamente en el RPM como si nunca se hubiera trasladado, así mismo se ordene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar y pagar los aportes recaudados, el bono pensional con los rendimientos e intereses, la actualización de dichos valores, como la activación de la afiliación en Colpensiones, costas del proceso, derechos *ultra y extra petita.* En subsidio de no prosperar la ineficacia se condene a pagar las diferencias entre la mesada pensional que se reconozca en el RAIS y la del RPM como daños y perjuicios ocasionados, proyectado de manera vitalicia. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones,** pues se declaró la ineficacia del traslado efectuado a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN y condeno a dicha AFP a retornar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es con los rendimientos causados y gastos de administración, sin lugar a descuento alguno, así mismo se ordenó a Colpensiones aceptar dichos valores y tener como válida su afiliación en el RPM. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada

---

Igualmente, se precisa o se rememora lo que ha indicado la Corte cuando hace alusión de la necesidad probatoria de establecer la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de trasladar a un afiliado o de inclusive analizar la calidad del demandante y de analizar cada caso en particular según los hechos y circunstancias, para lo cual se establece que en el presente caso no se está frente a un afiliado lego, en atención a que conforme al interrogatorio de parte absuelto el día de hoy se tiene que el señor demandante es profesional en electromecánica, para lo cual es claro que no carecía de la capacidad para ilustrarse o asesorarse de mejor manera y por cuenta propia.

Finalmente, se pone de presente que al señor demandante no se le afectó ninguna garantía con el traslado de régimen pensional, pues se tiene que por para la entrada en vigencia de la Ley 100 del 93, el mismo contaba con 25 años y menos de 280 semanas de cotización, para lo cual es claro que él no era beneficiario del régimen de transición y con el traslado de régimen pensional, como lo dije con antelación, no perdía ningún beneficio, por lo que igual se le solicita a la respetada Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá que se estudie esta particularidad en el presente caso, en estos términos dejó planteado mi recurso de apelación con el único objeto de que sea tenido en cuenta, junto con los indicados en el escrito de contestación de la demanda, con el único fin de que sea revocada la sentencia proferida en el día de hoy, muchas gracias."

PROTECCIÓN antes DAVIVIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado, sin que se acreditara haber explicado las consecuencias de su traslado, aunado a que el formulario no constituye prueba de la información proporcionada.

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 25 de octubre de 1968 *(Página 127, Archivo 1 Expediente Digital)*, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2030, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 9 de noviembre del 2021 *(Página 121, archivo 01 del expediente digital)*, esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado 312 semanas (*Historia Laboral válida para bono pensional pág. 86, archivo 11 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la

[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".*

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 **7 de julio de 1994** con fecha de efectividad a partir del **1° de agosto de 1994** *(Páginas 33 y 88, archivo 11 expediente digital)* por afiliación que hiciera a DAVIVIR hoy PROTECCION S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[3], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

[3] *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 PROTECCIÓN antes DAVIVIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[4], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

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

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

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

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

claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante[5] no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que solo recuerda haber firmado el formulario porque su empleador se lo dio.

[5] Audiencia 18 de abril del 2023, récord 20:16

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es que los argumentos del accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad al demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

De igual forma debe precisarse en relación con la apelación de COLPENSIONES, 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.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN (*Página 33 Archivo 11 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 esa AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones DAVIVIR hoy 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 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 actor 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 DAVIVIR hoy 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 DAVIVIR hoy PROTECCION, omitió en el momento del traslado de régimen **(7 de julio de 1994, efectivo el 1 de agosto de ese año),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen,

los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, con relación al hecho de permanecer el demandante en el RAIS por mucho tiempo -27 años-, a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar a la impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar al demandante al momento de su traslado no fue acreditada por la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.

Por otro lado, es menester precisar a COLPENSIONES en punto a su apelación, 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 PROTECCION, 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, frutos e intereses y gastos de administración, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que PROTECCIÓN S.A. -además de lo ordenado por el Juez *a quo*- deberá retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[6] y los porcentajes

[6] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[7].

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

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

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

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

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

> *"****Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su*

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

> *vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

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

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

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera apelado por Colpensiones, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan "*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los*

fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas." (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[8] *(Página 29, archivo 12 expediente digital),*entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** del fallo de primer grado, en cuanto a que PROTECCIÓN S.A.-además de lo ordenado por el Juez *a quo*- deberá retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, todo ello por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

[8] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 14 de marzo del 2023, archivo 14 expediente digital.

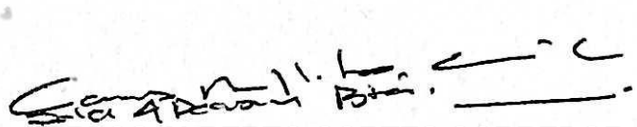
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

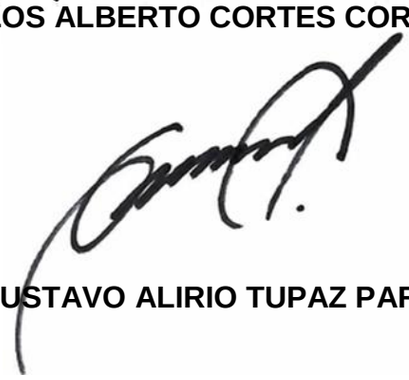
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANGELINA LAVAO ALDANA CONTRA FERNANDO SANTOS SILVA (RAD. 19 2016 00242 02).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

El apoderado del demandante, mediante correo electrónico de 28 de septiembre de 2022 presenta memorial de "*adhesión al recurso de apelación"* solicitando: "*admita este memorial de adhesión, y con fundamento en ella se sirva revocar parcialmente la sentencia recurrida, imponiendo en su lugar la que en derecho deba reemplazarla" (Archivo 22 expediente digital)*

Sobre el mismo baste con señalar dicha adhesión no procede en materia laboral sino en Civil, advirtiéndose al memorialista si lo pretendido era recurrir el fallo de primer grado la apelación debió presentarse oralmente una vez fue notificada en estrados la sentencia que resolvió el litigio, esto es, el mismo día 23 de septiembre del 2022, conforme lo señala el artículo 66 del C.P.L., norma propia que regula esta especialidad y que establece:

> **ARTICULO 66. APELACION DE LAS SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA.** <Artículo modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007. Ver artículo 15 sobre Régimen de Transición. El nuevo texto es siguiente:> Serán apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo, **en el acto de la notificación mediante la sustentación oral estrictamente necesaria**; interpuesto el recurso el juez lo concederá o denegará inmediatamente.

Razones por las cuales se debe **RECHAZAR** dicha solicitud.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Por otro lado, vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el demandado FERNANDO SANTOS SILVA, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de septiembre de 2022 (Exp. Digital: Audio archivo 21, récord: 37:14), en la que se resolvió:

> *«**PRIMERO: DECLARAR** que entre la señora **ANGELINA LAVADO ALDANA**, identificada con la cédula número 52.292.639 y el señor **FERNANDO SANTOS SILVA**, identificado con las cedula de ciudadanía número 17.054.014, existe una relación laboral entre el 10 de febrero de 2006 hasta el 20 de enero de 2016, desempeñando allí como último cargo el de servicios generales y con un horario laboral de 7:00 am a 11:00 am, devengando como último salario,1 salario mínimo legal, mensual, vigente y proporcional a dichas horas laboradas.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** al señor **FERNANDO SANTOS SILVA**, a pagar en favor de la señora **ANGELINA LAVADO ALDANA**, las siguientes sumas y conceptos debidamente indicados al momento de su pago, y estos son los siguientes:*
>
> - *Por concepto de auxilio y cesantías para el periodo 10 de febrero 2006 hasta el 20 ene 2016: 4'201.975.*
> - *Frente a intereses de las cesantías, periodo 9 de febrero 2013 al 20 enero 2016: $441.414.*
> - *Por concepto de las vacaciones, que corresponde a 1422 días contados desde el mes de febrero de 2012 al 20 enero 2016: $680.836.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** al señor **FERNANDO SANTOS SILVA** a pagar en favor de la señora **ANGELINA LAVADO ALDANA** por concepto de indemnización establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del trabajo, modificado por el artículo 21 de la ley 789 de 2002, al pago de 1 día de salario por cada día de mora en razón de $11.491 diarios del 21 de enero de 2016 hasta el mes 24, fecha en la cual en adelante se empezará a pagar los intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación que certifique la Superintendencia Financiera.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR** al señor **FERNANDO SANTOS SILVA** en favor de la señora **ANGELINA LAVADO ALDANA** a cancelar a la entidad de Seguridad Social que la demandante escoja las sumas correspondientes a cotizaciones para la pensión en favor de la demandante, desde el 10 de febrero de 2006 al 20 de enero de 2016, de acuerdo con las pautas que les rija el fondo de libre escogencia de la demandante, entendiendo que se trata de cotizaciones en mora, advirtiendo en todo caso, que se condena a todo el tiempo laborado, en la medida que los mismos no prescriben, pues esto haría nugatoria la posibilidad de los trabajadores respecto al alcance de esta pensión.*

> ***QUINTO: DECLARAR*** *probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la sentencia.*
>
> ***SEXTO: ABSOLVER*** *a la parte demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante, conforme la parte motiva.*
>
> ***SÉPTIMO:*** *se* ***CONDENA*** *en costas a la demandada en favor de la demandante, se* ***ORDENA*** *que sean liquidadas por la Secretaría del despacho.».*

Inconforme con la decisión, la demandada la apeló, solicitando su revocatoria indicando no haber existido un contrato de trabajo entre las partes, refiriendo ninguna confesión existió al respecto, precisando la presunción opera cuando efectivamente se dan los 3 elementos del contrato de trabajo y con las pruebas aportadas no se acreditó la subordinación, por lo que en su sentir no se acreditó la relación entre el demandante y el demandado. (Exp. Digital: Audio archivo 21, récord: 40:40[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 ANGELINA LAVAO ALDANA en este ordinario, las pretensiones relacionadas a páginas 143 y 144 del archivo 01 Expediente digital, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a páginas 141 a 142 (ibídem), aspirando se declare que entre las partes existió un contrato laboral a término indefinido desde el 10 de febrero del 2006 al 20 de enero del 2016, el cual termino por causas imputables al empleador, en consecuencia se condene al auxilio correspondiente al descanso remunerado

[1] **APODERADA PARTE DEMANDADA:** Si doctora Aleida, yo procedo a interponer el recurso de apelación contra la sentencia y solicitando que se revoque en todas y cada una de las condenas que se realizaron en la primera instancia, toda vez que se dio por existente el contrato de trabajo y se dio cómo probada la existencia del contrato de trabajo cuando claramente, además, se (sic) tomó como una confesión en principio, el hecho de haber, tal cual lo manifestó la doctora Leida, se dio como cierto el hecho primero de la demanda, cuando claramente ese hecho, tanto en la contestación, de la demanda, como en la contestación, la corrección, aclaración e integración de la demanda se dieron como no ciertos, pues se dio, como no cierto, ese hecho primero, razón por la cual, en ningún momento se estaba generando una confesión al respecto.

Considero que las pruebas presentadas, tanto escritas como de los testimonios, se puede entender que el elemento subordinación no se dio, no se presentó, razón por la cual no se puede asumir la existencia de un contrato de trabajo, creo que la presunción opera cuando efectivamente se dan los 3 elementos, no así cuando solamente se está hablando de una prestación de un servicio, pues porque eso implicaría que dejaran de existir los contratos de prestación de servicios . Considero que, efectivamente de las pruebas aportadas, pues tampoco se puede colegir la existencia del contrato de trabajo, porque como lo dije en su momento y lo reitero ahora claramente no se está, demostrando esta subordinación y esta relación entre el Doctor Santos y la demandante. En ese sentido, presento mi recurso y creo que eso es todo lo que voy a manifestar, Doctora, muchas gracias.

por parte y por enfermedad no profesional, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, auxilio de transporte, sanción moratoria por no consignación de las cesantías, sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales, afiliación a la seguridad social integral trasladando a la entidad administradora el cálculo actuarial correspondiente, indexación de los dineros adeudados, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 10 de febrero del 2006 al 20 de enero del 2016, condenando al pago de cesantías, intereses a las cesantías con sanción y vacaciones, como también al pago de la indemnización moratoria desde la fecha final del contrato de trabajo y hasta por 24 meses, y en adelante los intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación, así mismo ordenó a cancelar a la entidad de Seguridad Social que la demandante escoja las sumas correspondientes a cotizaciones para la pensión de acuerdo con las pautas que les rija el fondo de libre escogencia de la demandante, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de los derechos causados con anterioridad al 9 de febrero del 2013, absolvió del pago de la licencia de maternidad, de la incapacidad por enfermedad y del despido indirecto.

Lo anterior, tras considerar que, con las pruebas recaudadas, interrogatorio de parte, testimonios y en especial las documentales se encontraba probada la prestación personal del servicio de la actora a favor del convocado a juicio, procediendo la aplicación de la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., la que no encontró desvirtuada, concluyendo así, que la relación que ató a las partes tenía carácter laboral.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el demandado 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).

Precisado lo anterior y con el ánimo de dar desarrollo a la impugnación del demandado, debe señalarse inicialmente, en los juicios del trabajo es primordial para el Juez establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente

o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, la existencia o no de un contrato de trabajo resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, en tanto su declaración judicial constituye la pretensión principal de la demandante, mientras que el traído a juicio se opone al afirmar que se trató de un contrato de prestación de servicios de naturaleza civil, razón por la cual precisa la Sala, no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

De igual forma, es menester señalar al apelante, a la parte actora le basta acreditar la prestación personal del servicio, por cuanto en virtud de la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, correspondiendo por tanto al llamado a juicio desvirtuar su existencia (Al respecto, puede consultarse la sentencia CSJ SL2480-2018 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[2]).

Así, se advierte, en el caso de marras no se encuentra en discusión la prestación personal del servicio de la demandante en favor del demandado por cuanto la misma fue aceptada desde la contestación de la demanda (Exp. Digital: *Archivo 01 págs. 151 a 158*), y se constata con las certificaciones que aporta la demandante (Archivo 1 expediente digital, págs. 80 y 81), en las que se señala que la actora presto sus servicios a favor del accionado, las cuales no fueron desconocidas ni tachadas de falsas por dicho extremo procesal, precisándose al apelante en este aspecto, en manera alguna la Juez *a quo* dio por cierto la respuesta al hecho primero de la demanda, lo que consideró es que el demandando en la respuesta a ese hecho

---

[2] *«Sea lo primero recordar que tal y como lo ha reiterado esta Sala, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica –que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral-, no es menester su acreditación cuando la primera se hace manifiesta, pues en tal evento, lo pertinente es hacer uso de la prerrogativa legal prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, según el cual «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo».*

De acuerdo con lo anterior, al actor le basta ***con probar en el curso de la litis su actividad personal, para que se presuma en su favor el vínculo laboral, y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, evidenciando que la relación fue independiente y no subordinada****."*

si bien no acepta la existencia del contrato de trabajo, si acepta que hubo una prestación personal del servicio de la demandante a su favor, de allí que surja la presunción atrás referida.

Sumado a lo anterior, en el interrogatorio de parte rendido por el demandado[3], éste señala que en efecto conoce a la señora ANGELINA LAVAO porque le prestó sus servicios desde el año 2006 o 2007 en su oficina, manifestando que asistía a dicho lugar 4 días a la semana en diferentes horarios de trabajo, expresando que sí le pagaba una remuneración, pero no recordaba su valor.

Del mismo modo las testigos CONSUELO DE LAS MERCEDES ACUÑA[4] (colega del demandado), MARIA ISABEL SANTOS[5] (hija del demandado) y BLANCA LYLIA ORDUZ[6] (secretaria del demandado) refirieron haber conocido a la demandante como la persona que le hacia el aseo a la oficina del accionado, refiriendo haberla visto prestar sus servicios de manera personal y en diferentes días de la semana

Así las cosas, de los medios probatorios ya anunciados la prestación personal del servicio de la actora en favor del demandado, se encuentra suficientemente demostrada, de ahí que, la promotora del juicio contrario a lo afirmado en la apelación si se encuentra cobijada por la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes referida, y en ese orden, le correspondía al demandado desvanecer la presunción en comento.

Sin embargo, analizado en su integridad el acervo probatorio acopiado en autos, no encuentra la Sala elementos que, en suma, conlleven a desvirtuar dicha presunción, particularmente, factores que permitan concluir que la actividad realizada por la demandante era autónoma, ni siquiera con lo señalado por el accionado en el interrogatorio de parte y por los testigos arrimados al proceso, quienes por el contrario con sus declaraciones confirman la existencia de una verdadera relación laboral.

De modo, que ninguno de ellos pudo desvirtuar la aludida presunción, y por el contrario, la reafirman con sus dichos al señalar que, por ejemplo, por las labores como empleada del servicio la accionante recibía una remuneración fija y quincenal,

[3] Audiencia 25 de febrero del 2022, Archivo 17 récord: 10:50
[4] Audiencia 25 de febrero del 2022, Archivo 17 récord: 1:05:15
[5] Audiencia 25 de febrero del 2022, Archivo 17 récord: 1:13:55
[6] Audiencia 25 de febrero del 2022, Archivo 18 récord: 24:22

como también que todos los elementos para realizar su labor eran entregados o asumidos por el demandado.

En ese orden de ideas, al estar determinada la prestación personal del servicio, como ya se dijo, la parte actora cuenta con la ventaja probatoria que presume los demás elementos del contrato de trabajo, sumado a la existencia de indicios que dan cuenta de una relación laboral subordinada, que como lo tiene definido la reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, algunos de ellos se encuentran enunciados, en el artículo 23 del CST, pero que deben armonizarse con la Recomendación No. 198 de la OIT y que fueron recordados en la sentencia CSJ SL1439-2021, corroborándose así en el presente asunto la referida subordinación al acreditarse como ya se dijo el cumplimiento por parte de la actora de un horario de trabajo en el lugar definido por el beneficiario del servicio, esto es, en la oficina del demandado, siendo dable de este modo, concluir dicha subordinación no fue desvirtuada por éste y por lo tanto, no puede colegirse cosa distinta a que entre la actora y el llamado a juicio existió una verdadera relación de trabajo, y bajo ese entendido, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en este aspecto, precisándose, la Sala se abstiene de analizar las condenas que de allí se derivaron por no haber sido tal asunto objeto de apelación por dicho extremo procesal.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia, conforme a lo motivado.

COSTAS en esta instancia 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 y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en apelación a cargo de la demandada y a favor del demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.200.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

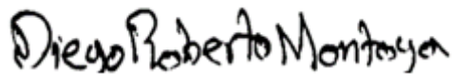
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MYRIAM CASTAÑEDA MARTINEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 20 2021 00438 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado GUSTAVO ENTIQUE MARTINEZ GONZALEZ como apoderado de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 29 de marzo de 2023 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a*

través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:44:39 y 1:49:46, archivo 18 expediente digital), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por MYRIAM CASTAÑEDA MARTÍNEZ, a COLPATRIA hoy PORVENIR el 14 de septiembre de 1999 y consecuencialmente sus traslados horizontales a SKANDIA, PORVENIR S.A y AFP PROTECCION, conforme a lo considerado en la parte motiva.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES como actual y única entidad administradora del RPM.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a SKANDIA S.A., como actual fondo pensional de la demandante a DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones de la señora MYRIAM CASTAÑEDA MARTÍNEZ, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.*
>
> ***CUARTO**: En caso de existir aportes en PROTECCIÓN y PORVENIR deberán ser traslados a COLPENSIONES.*
>
> ***QUINTO: ABSOLVER** a las demandadas COLPENSIONES, PROTECCION PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra y a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de la totalidad de pretensiones.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR** en costas a COLPENSIONES, PROTECCION S.A, PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A., tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a tres (3) Salario Mínimo Mensual Legal Vigente, pagadero a cuota parte. De la misma manera se condena en costas a SKANDIA SA y a favor de la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un (1) Salario Mínimo Mensual Legal Vigente.*
>
> ***SÉPTIMO**: Sea o no apelada la presente decisión, REMÍTASE el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, teniendo en cuenta que fue condenado COLPENSIONES, el Régimen de pensiones, del cual es garante la nación**".***

Inconforme con la decisión COLPENSIONES interpuso recurso de apelación[1], manifestando, al trasladarse de régimen de ahorro individual al régimen de

[1] ***Recurso Colpensiones (1:52:22: "**Muchas gracias, su Señoría. Su Señoría, yo sí me permito interponer recurso de apelación, para que el Honorable Tribunal Laboral de Bogotá revoque la sentencia por su despacho posteridad conforme a los siguiente su Señoría.*

Señores magistrados, al trasladarse de régimen de ahorro individual al régimen de prima media, a la demandante pues se está vulnerando una prohibición legal, se está yendo en contra del mandato normativo que nos indica que una persona no puede trasladarse, cuando le falten menos de 10 años para cumplir la edad con la cual puede acceder a la pensión, prohibición en la cual la señora demandante ya se encuentra inmersa.

Ahora bien, en cuanto a la declaratoria de ineficacia del traslado realizada por el a quo, hay que tener en cuenta que el traslado que resuelva la señora, la afiliación primigenia al RAIS y todas las afiliaciones

prima media a la demandante, se está vulnerando una prohibición legal y se está yendo en contra del mandato normativo que indica que una persona no puede trasladarse cuando le falten menos de 10 años para cumplir la edad con la cual puede acceder a la pensión, prohibición en la cual la señora demandante ya se encuentra inmersa.

---

que se hicieron en este mismo régimen fueron por voluntad y la escogencia de la señora cada AFP cuando realizó el traslado lo hizo con el lleno de los requisitos legales, cumpliendo con las normativas vigentes para la época, el objeto del contrato de afiliación o de este acto jurídicos, versa sobre un acto y un objeto de una causa lícita; tampoco hay una lesión injustificada en el derecho pensional y tampoco es de recibo que se diga que hay una asimetría en la información, ya que la señora tuvo más de 5 asesorías por las diferentes AFPS, es profesional del derecho, conoce muy bien cómo funciona el sistema general de pensiones, además, conoce las implicaciones de celebrar un acuerdo de voluntades y como indicaban las implicaciones que celebrar dichos actos jurídicos conlleva, por lo cual no se puede, bueno para esta defensa no es de recibo que se indique que no hubo la información suficiente o no obtuvo los momentos o los medios para acceder a dicha información, por lo cual se debe entender que dicho traslado es ineficaz, es inválido, está válidamente afiliada al RAIS, de manera que el traslado sea eficaz.

Señores magistrados, también hay que tener en cuenta que la cantidad de traslados por vía judicial de personas que legalmente ya no pueden trasladarse, que, según la ley, les dicen ustedes ya no pueden trasladarse, están imposibilitadas para trasladarse, está afectando la sostenibilidad financiera al Sistema y estas personas están usando la supuesta falta de información, alegando la supuesta falta de información para que se les declare una ineficacia y se puedan trasladar al régimen de prima media, si bien es cierto, las AFPS van a devolver los aportes a COLPENSIONES y eventualmente COLPENSIONES tendrá que sacar de sus arcas para cubrir las mesadas pensionales de tener en cuenta que, los dineros que maneja la Seguridad Social, ¿Su señoría?

Igual ya iba a acabar, estaba refiriéndome al punto de la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema hay que tener en cuenta que los dineros que maneja COLPENSIONES del régimen de prima media son subsidiados de un régimen subsidiado en el cual depende la estabilidad financiera depende de las pensiones, tanto que pagan en este momento como futuras pensiones y estos traslados por vía judicial que vale contra del derecho y lo reitero, con las personas alegando la supuesta desinformación, afectando su sostenibilidad financiera, además que ponen el interés de esas de esas particulares que están burlándose de la ley y por encima del interés general de las personas válidamente afiliadas, tanto en el régimen de ahorro individual como en el régimen de prima media.

Señores magistrados. De ratificarse la sentencia de primera instancia, solicito, respetuosamente sea revocada la condena en costas a Colpensiones, pues porque Colpensiones, no tenía cómo oponerse al traslado que se realizó por parte de la AFP, el primer traslado, de hecho, fue afectada cuando se le sustrajo un afiliado de sus arcas y legalmente, pues se hizo de manera legal y no podía oponerse y condenarla en costas, no teniendo esta injerencia en dicho traslado sería hacer aún más gravosa la condición y las situación que ya ha tenido por la sustracción de sus afiliados, en cuanto a la nueva devolución de gastos, señores magistrados, de ratificarse la sentencia de primera instancia, les solicito respetuosamente que la devolución de los aportes se haga de manera completa, incluyendo cualquier tipo de gasto de administración de seguro provisional y partiendo de, pues ya que hay una amplia jurisprudencia, tanto de órgano de cierre como del tribunal en ese sentido de devolver los valores en su totalidad, además que aparte de que si el traslado es ineficaz, no puede la AFP, ninguna de las AFP sostener ningún tipo de rubro de un acto jurídico que nunca nació a la vida jurídica y además, que sí reitero, se ratifica la sentencia de primera instancia, esta falta de información u esta ineficacia se daría por la falta de información que realizaron las AFPS en las asesorías y sería oponible a éstas y dejarles cualquier tipo de rubro (no se entiende) en sus arcas Señor, premia en el traslado viciado que ellos mismos y propusieron, pues, afectaron con la falta de dicha información señores magistrado, no sería más, su señoría muchas gracias.".

En cuanto a la declaratoria de ineficacia del traslado realizada por el a quo, hay que tener en cuenta que el traslado que resuelva la afiliación primigenia al RAIS y todas las afiliaciones que se hicieron en este mismo régimen fueron por voluntad y la escogencia de la actora así como en cada AFP cuando realizó el traslado lo hizo con el lleno de los requisitos legales, cumpliendo con las normativas vigentes para la época, el objeto del contrato de afiliación y del acto jurídico, versando sobre un acto y objeto de causa lícita. Añadió, tampoco hay una lesión injustificada en el derecho pensional y tampoco es de recibo que se diga que hay una anomalía en la información, ya que la señora tuvo más de 5 asesorías por las diferentes AFP, es profesional del derecho, conoce muy bien cómo funciona el sistema general de pensiones, además, conoce las implicaciones de celebrar un acuerdo de voluntades y como indicaban las implicaciones que celebrar dichos actos jurídicos, por lo cual no es de recibo que se indique que no hubo la información suficiente o no obtuvo los momentos o los medios para acceder a dicha información, por lo cual se debe entender que dicho traslado es ineficaz o es inválido.

Agregó, también hay que tener en cuenta que la cantidad de traslados por vía judicial de personas que legalmente ya no pueden trasladarse, según la ley, está afectando la sostenibilidad financiera al Sistema y estas personas están usando la supuesta falta de información para que se les declare una ineficacia y se puedan trasladar al régimen de prima media, si bien es cierto, las AFP van a devolver los aportes a COLPENSIONES y eventualmente la entidad tendrá que sacar de sus arcas para cubrir las mesadas pensionales de tener en cuenta que, los dineros que maneja la Seguridad Social son subsidiados, régimen el cual depende la estabilidad financiera y de las pensiones.

De ratificarse la sentencia de primera instancia, solicitó, sea revocada la condena en costas a Colpensiones, porque la entidad no tenía cómo oponerse al traslado que se realizó por parte de la AFP, con el primer traslado, de hecho, fue afectada cuando se le sustrajo a un afiliado de sus arcas y legalmente, pues se hizo de manera legal y no podía oponerse y condenarla en costas, no teniendo esta injerencia en dicho traslado, haciendo más gravosa la condición y la situación que ya ha tenido por la sustracción de sus afiliados.

Finalmente, en cuanto a los gastos de administración, suplicó, se haga la devolución de manera completa, incluyendo cualquier tipo de gasto de administración y seguro provisional, partiendo que hay una amplia jurisprudencia, tanto de órgano de cierre como del tribunal en ese sentido de devolver los valores en su totalidad, además, si el traslado es ineficaz, no puede ninguna AFP sostener ningún tipo de rubro de un acto jurídico que nunca nació a la vida jurídica y además, que si se ratifica la sentencia de primera instancia, esta falta de información o esta ineficacia se daría por la falta de información que realizaron las AFP en las asesorías y sería oponible a éstas y dejarles cualquier tipo de rubro en sus arcas premia el traslado viciado que ellos mismos propusieron, afectando con la falta de información.

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

CONSIDERACIONES

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

1. SE DECLARE la nulidad y/o ineficacia de la afiliación y el correspondiente traslado de la señora MYRIAM CASTAÑEDA MARTÍNEZ, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por el fondo privado, sociedad AFP HORIZONTE S.A. HOY AFP PORVENIR S.A., y por consiguiente no produce efecto alguno dicho traslado.
2. Como consecuencia de lo anterior se declare la nulidad de los traslados entre los fondos OLD MUTUAL hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

3. SE DECLARE que la señora MYRIAM CASTAÑEDA MARTÍNEZ, conforme a la declaración de nulidad de la vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, trae como consecuencia su regreso automático al régimen de prima media hoy administrado por COLPENSIONES.

4. SE DECLARE que la única afiliación válida al régimen de pensiones que ha tenido la señora MYRIAM CASTAÑEDA MARTÍNEZ ha sido la efectuada al régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”.

5. SE DECLARE que conforme a la conducta indebida de las administradoras del fondos privados, que llevó a la nulidad de la vinculación y traslado de la señora MYRIAM CASTAÑEDA MARTÍNEZ a ese régimen, 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.

6. Que como consecuencia de lo anterior SE ORDENE a la sociedad SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación indebida de la señora MYRIAM CASTAÑEDA MARTÍNEZ, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.

7. Que como consecuencia de lo anterior SE ORDENE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recibir al señor MYRIAM CASTAÑEDA MARTÍNEZ, en el régimen de prima media con prestación definida y una vez cumpla los requisitos de ley sea pensionada bajo ese régimen.

8. Se condene a las demandadas a todo lo que resulte probado extra y ultra petita.

9. Se condene a las demandadas al pago de las Costas y Agencias en derecho.

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por MYRIAM CASTAÑEDA MARTÍNEZ, a COLPATRIA hoy PORVENIR el 14 de septiembre de 1999 y consecuencialmente sus traslados horizontales a SKANDIA, PORVENIR S.A y AFP PROTECCION, se declaró como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES como actual y única entidad administradora del RPM, se ordenó a SKANDIA S.A., como actual fondo pensional de la demandante a devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones de la señora MYRIAM CASTAÑEDA MARTÍNEZ, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor, en caso de existir aportes en PROTECCIÓN y PORVENIR , se indicó, deberán ser traslados a COLPENSIONES, se absolvió, a las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A y SKANDIA S.A. de

las demás pretensiones incoadas en su contra y a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de la totalidad de pretensiones, finalmente, se condenó en costas a las codemandadas. **Lo anterior tras considerar**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado, siendo su deber ilustrar el día 14 de septiembre de 1999 por medio de los asesores a la demandante frente a las consecuencias del traslado, debiendo exponer las características propias del régimen e indicar los requisitos en qué le seria reconocida la prestación económica, esto, sin importar que se hicieran varios traslados horizontales.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 08 de julio de 1967 *(página 17, archivo 01 expediente digital)* por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con 27 años y los 57 años de edad los cumpliría el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 18 de marzo de 2021 (páginas 3 y 4 del archivo 11)**,** esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional y, de otra parte, se tiene, la actora no contaba con 15 años de

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

servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas **94,69** semanas[3] *(páginas 45 archivo 10 expediente digital),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **14 de septiembre de 1999,** efectivo el **01 de noviembre de 1999** (*Página 42, Archivo 06 expediente digital y Páginas 42 y 42, Archivo 05 del expediente digital),* por afiliación que hiciera a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

3

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1006130370	SU ARCHIVO LTDA	09/06/1992	30/08/1994	$98.700	116,14	0,00	0,00	116,14

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

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

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***
>
> *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 demandante al fondo accionado PORVENIR S.A.

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

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.***
>
> *(…)*

---

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información 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

---

6 ***Interrogatorio de parte demandante, récord 19:53:*** "*Soy especialista en derecho y ciencias Políticas, en el 2009 llegaron los asesores a la oficina a hacer de manera masiva vinculaciones lo fue porque ofrecían mejores rendimientos, no ejerzo en derecho, trabajo en Bancamía S.A., en esa época la información que recibí fue que el Seguro Social se iba acabar, en 1999 fueron los mismos argumentos y que el fondo tenía mejor rentabilidad, cuando estuvimos en esta empresa, la empresa tenía vínculo con esos fondos, en mi conocimiento lo que hacía era porque mejores rendimientos era mayor capital, yo lo veía en forma financiera como mejor capital no porque me lo hubiese dicho, el asesor pasó el formulario para firmarlo, en el último tiempo si he recibido al correo el extracto, no he solicitado la pensión ni proyección de mesada, deseo volver a Colpensiones porque mi abogado hizo el análisis y verificamos que el Fondo era un smmlv, siempre fueron afiliaciones masivas y dijeron que había mejores rendimientos y*

las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores de PORVENIR S.A. le informaron en el año 1999 que el ISS se iba acabar, que con el traslado a ese fondo se podía pensionar a cualquier edad, con una mayor rentabilidad, ya que podían invertir los dineros de los afiliados, que los aportes eran heredables, exponiéndose dicha información a nivel grupal en las instalaciones de la empresa donde laboraba.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

De igual forma debe precisarse en relación con la apelación de COLPENSIONES, el hecho, que la 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.

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 COLPATRIA hoy PORVENIR (*Página 42, Archivo 05 del expediente digital),* éste no constituye en manera alguna medio probatorio que

---

que se corría el riesgo de perder lo pagado, hice los varios traslados porque siempre decían que eran mejores los rendimientos, no me dijeron nada de bono pensional, posibilidad de hacer aportes voluntarios no, posibilidad de heredar aporte son, registré beneficiarios en Colpatria a mis hijos porque es el bienestar que quiero para ellos, los registré porque en ese momento eran menores de edad y para que quedaran como protección, no recuerdo que me llegue extractos de Porvenir".

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 SL12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –PORVENIR S.A.- 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 **1999**, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen **(14 de septiembre de 1999,** efectivo el **1° de noviembre de 1999)** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la demandante 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, 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, o reporte SIAFP, obrante a página 42 del archivo 06 y página 19 a 39 del archivo 06.

Frente al de traslado a diversas AFP como indiciarios de los actos de relacionamiento, memórense los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, aquel con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y más recientemente la sentencia CSJ SL1055-2022 radicación 87911 de 2 de marzo de 2022, última en la cual se indicó:

> *«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*
>
> *De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.*

> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*
>
> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias».*

Así también se reiteró en la sentencia CSJ SL2379-2022:

> *«De otra parte, hay que resaltar que* ***los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS****. De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión».*
>
> *En este sentido, se indicó que «los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente* ***porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz****, el cual no puede sanearse como la nulidad»* (Negrillas y subrayas de la Sala).

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de SKANDIA S.A., como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (*según registro SIAFP, página 42, archivo 06)*, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, aun cuando no fue objeto de apelación por la parte demandante, como quiera que se conoce el presente proceso en el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES y en virtud del recurso de apelación interpuesto por la entidad, se adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, PROTECCIÓN, PORVENIR y SKANDIA deben devolver a COLPENSIONES los **gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[7] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades**[8], por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada uno de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

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

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

Ahora, con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la

[7] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[8] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

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

> ***esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor."* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Asimismo, advierte la Sala, frente a los argumentos de apelación de COLPENSIONES, relacionados con la procedencia de los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, como lo advirtió la entidad recurrente, 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, tal como se solicitó en la apelación al ser procedente. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la que se dijo:

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

> *el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

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

> *"Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (…)".*
>
> *Frente a esta temática, debe anotarse igualmente el deber de devolver las cuotas de administración incumbe a todas las administradoras del régimen de ahorro individual en las que estuvo afiliada la demandante, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:*
>
> *"(…)*
>
> *De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones."*
>
> *En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[9], a favor de quien se surte la consulta (páginas 114, archivo "01. ExpedienteFísico.pdf", expediente digital), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.".*

Para resolver la apelación de COLPENSIONES, en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera o descapitalización, objeto de apelación, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no

[9] Se estudia la excepción a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada en auto del 10 de septiembre de 2021 (*página 1 y2, archivo "05AutoFijaFecha.pdf", expediente digital*).

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[10], a favor de quien se surte la consulta (*página 36 y 37, archivo 10, expediente digital),* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que, l 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:

---

[10] *Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 13 de febrero de 2023 (archivo 14 del expediente digital).*

> *"…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 °1 del articulo 392 del C.P.C, ahora articulo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual "*se condenara en costas a la parte vencida en el proceso (…)",* sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a esta demandada, lo atinente a derecho es que sea

condenada en costas, iterando la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, son las resultas del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de las codemandadas.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

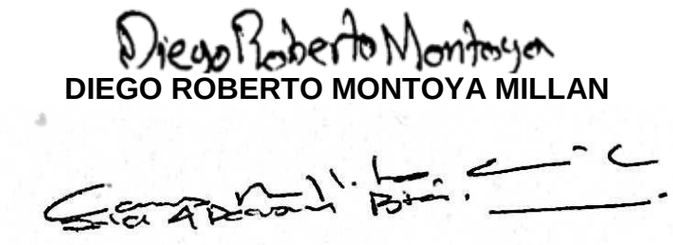
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal al **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y además las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión, debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

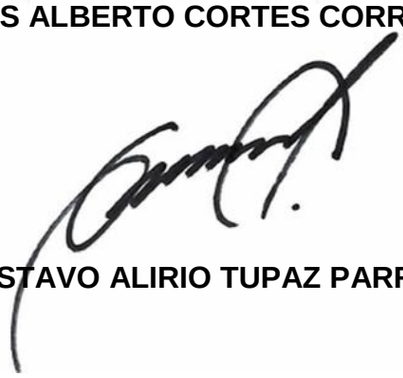
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OFIR SÁNCHEZ VILLEGAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. (RAD. 20 2021 00547 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 3 de mayo de 2023 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:26:58, archivo 13 expediente digital),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora OFIR SANCHEZ VILLEGAS, el día 09 de mayo de 1994, al FONDO PENSIONAL COLFONDOS con posterior traslado horizontal al fondo PROTECCION, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a la administradora AFP PROTECCION S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones*

obligatorias a pensiones del afiliado la señora OFIR SANCHEZ VILLEGAS, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

***CUARTO: CONDENAR** en costas a las demandadas COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A Y AFP PROTECCION S.A., a favor de la parte actora. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.*

QUINTO: CONSULTAR** en caso de no ser apelada la anterior decisión, con el superior por haber sido adversa a los intereses de COLPENSIONES, entidad administradora de pensiones de la cual es garante la Nación**".

Inconforme con la decisión COLPENSIONES interpuso recurso de apelación[1], soportando el mismo en la prohibición legal que recae sobre la demandante, ya

[1] ***Recurso Colpensiones, récord 01:29:22:*** *"Me permito interponer recurso de apelación para que el H. Tribunal Sala Laboral de Bogotá revoque la sentencia proferida por los siguientes argumentos, señores magistrados, al trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media a la demandante se está vulnerando la prohibición legal que nos indica que una persona que le falten menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión no puede trasladarse de régimen, por ende estas solicitudes, en este proceso se ha negado realizar dicho traslado. Ahora bien, en cuanto a la declaratoria de la ineficacia en el traslado declarada por esta defensa me permito recordar, señores magistrados, que el traslado se hizo con el lleno de los requisitos legales, con la voluntad de la señora demandante de querer trasladarse en seguir sobre un objeto de una causa lícita. No hay una vulneración efectiva al derecho pensional de la demandante, la pretensión que la lleva a querer trasladarse es meramente económica y en este sentido, pues no se debe declararse, además que también se le dio información no solamente una, sino en los diferentes traslados horizontales que realizó, se le dio la información necesaria y se cumplió con los requisitos normativos para celebrar el acto jurídico de traslado, por lo cual no debe ser entendido como ineficaz. Este traslado debe ser entendido que, si nació a la vida jurídica, que fue eficaz, que fue realizado con el lleno de los requisitos legales. Por ende, no se podía declarar su ineficacia y la señora debería mantenerse en el régimen de ahorro individual.*

Ahora bien, señores magistrados, ante la alta afluencia de traslado por vía judicial, cuando normativamente ya no pueden realizarse y la altura de tantos procesos de este tipo que al saber que ya legalmente no puede trasladarse de régimen pensional, alegan una supuesta desinformación sabiendo que la consecuencia de ellos a una ineficacia en dicha afiliación está afectando la sostenibilidad financiera del sistema, que si bien es cierto las AFPS van a devolver los aportes que estaban en su poder, también es cierto que eventualmente Colpensiones tendrá que sacar dineros para cubrir las prestaciones económicas de las mesadas pensionales de la demandante, lo cual afecta ostensiblemente la sostenibilidad financiera del sistema. Hay que tener en cuenta que. el régimen subsidiado, depende de su flujo de caja, depende tanto de las pensiones que se pagan como futuras pensiones y se está poniendo el interés particular de esas personas que quieren burlarse de la ley alegando el desconocimiento por encima del del interés general de personas válidamente afiliadas al sistema y del mismo sistema. General de pensiones.

Ahora bien, señores magistrados, de ratificarse la sentencia de primera instancia de declararse la ineficacia en el traslado, le solicitó en cuanto a la condena en costas no sea impuesta a la entidad que represento y que, pues Colpensiones no tuvo injerencia en el traslado que se realizó de régimen, no podía oponerse al mismo. Se hizo conforme a Derecho y pues lo único que podía hacer en ese entonces, el Instituto de Seguros Sociales, ver cómo las AFP realizaban dichos traslados y sustraían afiliados de siendo dable condenarla en costas. En este tipo de procesos y hacerla aún más gravosa. Esa condición y esa afectación que ya tuvo cuando se le arrebataron sus afiliados en el momento en el que se hicieron los traslados de régimen. Señores magistrados en cuanto a la no condena de gastos de administración y de seguro provisional, le solicitó en caso de ratificarse la sentencia, sean devueltos todos los dineros en su totalidad, incluyendo estos rubros, debido a que pues si el traslado es declarado ineficaz nunca nació a la vida jurídica y fue Colpensiones quien debió haber administrar todo este tiempo ese dinero, además que de ratificarse la sentencia de primera instancia y declararse la ineficacia, esta se va a dar por la falta de información, que no dieron las AFP en su momento y dejarles cualquier tipo de rubro en poder

que al momento de solicitar el traslado se encontraba inmersa en lo previsto en la Ley 797 de 2003, modificado por el artículo 13 de la Ley 100, que dispone, que después de 1 año de vigencia de la ley no podrá darse el traslado después de 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.

Agregó, en cuanto a la declaratoria de la ineficacia en el traslado declarada, aclaró, el traslado se hizo con el lleno de los requisitos legales, con la voluntad de la demandante de querer trasladarse en seguir sobre un objeto de una causa lícita. No habiendo vulneración efectiva al derecho pensional de la demandante, pues la pretensión que la lleva al traslado es económica y en este sentido, se debe declarar que se le dio información no solamente una, sino en los diferentes traslados horizontales que realizó, se le dio la información necesaria y se cumplió con los requisitos normativos para celebrar el acto jurídico de traslado. Este traslado debe ser entendido que, si nació a la vida jurídica, que fue eficaz, que fue realizado con el lleno de los requisitos legales. Por ende, no se podía en declarar su ineficacia y la señora debería mantenerse en el régimen de ahorro individual.

Añadió, el traslado está afectando la sostenibilidad financiera del sistema, ya que si bien es cierto las AFP van a devolver los aportes que estaban en su poder, eventualmente Colpensiones tendrá que sacar dineros para cubrir las prestaciones económicas de las mesadas pensionales de la demandante, lo cual afecta ostensiblemente el financiamiento. Hay que tener en cuenta que el régimen subsidiado, depende de su flujo de caja y de las pensiones que se pagan como futuras y se está poniendo en riesgo el interés particular de esas personas que quieren burlarse de la ley, alegando el desconocimiento por encima del interés general de personas válidamente afiliadas al sistema.

Finalmente, expuso, de ratificarse la sentencia de primera instancia solicitó no se imparta condena en costas al no participar en la celebración del contrato y ser hechos de terceros ajenos a la entidad. En cuanto a la no condena de

---

de las AFP que fueron las que causaron la ineficacia de ratificarse sería premiar la conducta y el traslado viciado que se realizó en su momento".

gastos de administración y de seguro provisional, pidió, en caso de ratificarse la sentencia, sean devueltos todos los dineros en su totalidad, incluyendo estos rubros, debido a que pues si el traslado es declarado ineficaz nunca nació a la vida jurídica y fue Colpensiones quien debió haber administrado todo este tiempo el dinero.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(página 3 y 4, archivo 01 del expediente digital)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 4 a 9, ibidem)*, aspirando:

A) DECLARATIVAS.

1. **DECLARAR** ineficaz y por ende la nulidad de la vinculación de la señora **OFIR SANCHEZ VILLEGAS** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada a la **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS**, para el día **9 de mayo de 1994** y materializada el **día 1 de junio de 1994**, por cuanto existió error de hecho que vició el consentimiento de la demandante.
2. **DECLARAR** ineficaz y por ende la nulidad de la vinculación del señor **OFIR SANCHEZ VILLEGAS** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada con destino a la **AFP COLMENA AIG**, absorbida por **SANTANDER PENSIONES y CESANTIAS** y fusionada con la **ADMINISTRADORA FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION. S.A** para el día **3 de diciembre de 1998** y materializada el **1 de febrero de 1999**, por cuanto existió error de hecho que vició el consentimiento de la demandante.
3. **DECLARAR** que el demandante nunca ha efectuado un traslado válido al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
4. **DECLARAR** que la entidad a la que legalmente se encuentra afiliado el señor **OFIR SANCHEZ VILLEGAS** es la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** como única administradora del régimen de prima media.

B) CONDENATORIAS:

5. **CONDENAR** a las administradoras de fondos de pensiones pertenecientes demandadas y pertenecientes al **RAIS** a registrar en su sistema de información que la demandante no efectuó ninguna vinculación valida a dicha administradora, por la indebida información suministrada al momento de la afiliación, situación que generó un vicio en su consentimiento.

6. **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a registrar y activar la afiliación de la señora **OFIR SANCHEZ VILLEGAS.**
7. **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a actualizar en la historia laboral de la señora **OFIR SANCHEZ VILLEGAS** respecto de las cotizaciones efectuadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
8. **CONDENAR** a la parte demandada sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita.
9. **CONDENAR** a las partes demandadas al pago de las costas y agencias en derecho que se causen con la ocasión de este proceso.

SUBSIDIARIA: En el evento que el señor Juez no despache en forma favorable las pretensiones principales solicito como subsidiarias las siguientes:

10. **DECLARAR:** Que las administradoras de fondos pensiones pertenecientes al **RAIS**, no dieron una asesoría clara, completa y veraz, respecto de la forma en que se edificaba la prestación económica por vejez al demandante en ese sistema pensional, ocasionando que se viera afectada su congrua subsistencia.

11. **DECLARAR:** Que la promotora de la acción, con la mesada pensional otorgada por la **AFP PROTECCION S.A.**, no puede suplir sus necesidades básicas conforme a su status de vida.

CONDENATORIAS:

12. **CONDENAR:** A las administradoras de fondos pensiones demandadas pertenecientes al **RAIS**, a reconocer y pagar a título de indemnización por el engaño sufrido por el demandante, las diferencias proyectadas a futuro de la prestación económica de vejez que pudo disfrutar en el régimen de prima media con prestación definida, en relación con la mesada que percibiría por parte de la AFP encartada.

13. **CONDENAR:** A las administradoras de fondos pensiones demandadas pertenecientes al **RAIS** a reconocer y pagar el valor de la indemnización, proyectada hacia futuro, según el índice de probabilidad vida establecido por el Dane desde el momento de la causación de la prestación y hasta la fecha de deceso según las tablas de mortalidad del Departamento de estadística.

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora OFIR SANCHEZ VILLEGAS, el día 09 de mayo de 1994, al FONDO PENSIONAL COLFONDOS con posterior traslado horizontal al fondo PROTECCION, se declaró como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES, se ordenó a la administradora AFP PROTECCION S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones del afiliado la señora OFIR SANCHEZ VILLEGAS, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a

COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor y se condenó en costas a las demandadas COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A y AFP PROTECCION S.A. **Lo anterior tras considerar**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado, siendo su deber ilustrar el día 09 de mayo de 1994 por medio de los asesores a la demandante frente a las consecuencias del traslado, debiendo exponer las características propias del régimen e indicar los requisitos en qué le seria reconocida la prestación económica.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 04 de septiembre de 1961 *(página 29, archivo 01 expediente digital)* por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con 32 años y los 57 años de edad los cumpliría el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 22 de octubre y 31 de mayo de 2019 (páginas 111 a 113 del archivo 01) y COLFONDOS el 1º de noviembre de 2019 (*archivo 01, páginas 103 a 106 del expediente digital)***,** esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra

[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".*

parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas **236,13** semanas[3] *(páginas 155 archivo 01 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.

Valga indicar, la actora previo a su afiliación al extinto Instituto de Seguros Sociales, había cotizado al Fondo de Pensiones Públicas del Departamento de Cundinamarca entre el 6 de octubre de 1982 al 17 de octubre de 1984 para un total de 106 semanas (página 70 a 72 del archivo 01), lo que en total asciende a **342,13** (236,13+106).

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 **09 de mayo de 1994,** efectivo el **01 de junio de 1994** (*Página 236, Archivo 01 expediente digital y Páginas 74 y 403, Archivo 01 del expediente digital),* por afiliación que hiciera a COLFONDOS S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios

3

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1006405594	INVERPAR LTDA.	19/10/1988	16/06/1989	$41.040	34,43	0,00	0,00	34,43
1003600395	COHA LTDA	10/04/1990	04/12/1992	$89.070	138,57	0,00	0,00	138,57
1006105653	PROVEED BGTNA RESPUE	12/01/1993	15/07/1993	$99.630	26,43	0,00	0,00	26,43
1008206560	ARAUJO IBARRA Y ASOC	19/07/1993	31/05/1994	$269.000	45,29	0,00	0,00	45,29
					[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 244,71			
					[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 " "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"): 0,00			

que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber 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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los

Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información 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 los asesores de COLFONDOS le informaron en el año 1994 que el ISS se iba acabar, que con el traslado a ese fondo se podía pensionar a cualquier edad, con una mayor rentabilidad, ya que podían invertir los dineros de los afiliados, que los aportes eran heredables, exponiéndose dicha información a nivel grupal en las instalaciones de la empresa donde laboraba, aclarando, nunca se hizo una reunión individual donde se analizara su caso concreto.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP COLFONDOS haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

---

6 ***Interrogatorio a la demandante. récord 21:47:*** "*Cuando comencé estaba afiliada en el Seguro Social y luego llegaron los fondos a decirnos que el Seguro Social se iba acabar y que ellos quedarían a cargo de las pensiones llegaron asesores e hicieron una presentación diciendo que nos pasáramos, dijeron que el Seguro se acabaría y que uno se podía pensionar a la edad que quisiéramos con un sueldo mucho más alto, decían que era como el 40% más de lo que nos iban a dar, que yo como cotizaba desde ellos 18 años tendría una probabilidad alta, yo no tuve asesoría individual, el asesor fue y dijo de manera general que había que pasarse, de cuenta de ahorro individual, no dieron información al momento del traslado, el traslado estuvo viciado porque me mintieron y todo lo que prometieron no lo van a dar, si fue una presión porque dijeron que el Seguro se iba acabar, yo me enteré que Colpensiones es el Seguro Social hace 2 años, no me dijeron la verdad, a nosotros iban y nos visitaban en la oficina, iban los asesores pero ni me acuerdo si diligencié algún formulario para pasarme, para mí no era relevante pasarme de fondo a fondo, Colmena se cambiaron de nombre, a otro fondo, no me acuerdo bien, en 1998 no sostuve charla con ningún asesor en Colmena, los formularios los daban los asesores, ellos siempre llegaban grupos de personas elegantes y decían que nos pasáramos, pero asesoría individual no dieron, lo que me llevo a afiliarme era más la presión, ellos iban mucho y llevaban que el lápiz, esfero, etc, fue más por eso, todos los fondos era como lo mismo, yo pienso que me pase al mismo del Seguro, para mi existía un fondo privado, no sabía que habían varios, eso todo era lo mismo, llegaba los extractos, eran unas hojas muy largas, uno mira que la empresa esté aportando y ya, en el 2020 cuando yo dije que no quería seguir trabajando me dijeron que ,e acercara a aun oficina en la 94, llegué a pensionar y ,e dijeron que yo no tenía el capital para pensionarme, ahí fue cuando me di cuenta de lo que estaba pasando, me decían que yo no podía seguir trabajando, por eso salí y conté a mis compañeros lo que pasó y me dijeron que era mejor en el Seguro Social, por eso me di cuenta".*

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (*Página 74 y 403, Archivo 01 del expediente digital),* éste 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 SL12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

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

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

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

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

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

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

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

…

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen **(09 de mayo de 1994,** efectivo el **1° de junio de 1994)** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la demandante 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, 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, o reporte SIAFP, obrante a página 236 del archivo 01.

Frente al de traslado a diversas AFP como indiciarios de los actos de relacionamiento, memórense los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, aquel con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y más recientemente la sentencia CSJ SL1055-2022 radicación 87911 de 2 de marzo de 2022, última en la cual se indicó:

> *«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*
>
> *De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.*

> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*
>
> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias».*

Así también se reiteró en la sentencia CSJ SL2379-2022:

> *«De otra parte, hay que resaltar que* ***los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS****. De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión».*
>
> *En este sentido, se indicó que «los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente* ***porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz****, el cual no puede sanearse como la nulidad»* (Negrillas y subrayas de la Sala).

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN S.A., como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (*según registro SIAFP, página 236, archivo 01)*, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, aun cuando no fue objeto de apelación por la parte demandante, como quiera que se conoce el presente proceso en el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, se adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, PROTECCIÓN y COLFONDOS deben devolver a COLPENSIONES los **gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[7] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades**[8], por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada uno de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

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

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

Ahora, con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su

[7] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[8] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

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

> ***esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor."* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Asimismo, advierte la Sala, frente a los argumentos de apelación de COLPENSIONES, relacionados con la procedencia de los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, como lo advirtió la entidad recurrente, 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, tal como se solicitó en la apelación al ser procedente. 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. <u>En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones."</u>*
>
> *En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[9], a favor de quien se surte la consulta (páginas 114, archivo "01. ExpedienteFísico.pdf", expediente digital), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.".*

[9] Se estudia la excepción a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada en auto del 10 de septiembre de 2021 (*página 1 y2, archivo "05AutoFijaFecha.pdf", expediente digital*).

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[10], a favor de quien se surte la consulta (*página 153, archivo 01, expediente digital),* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que, l 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

---

[10] Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 21 de enero del 2021 (archivo 01, páginas 200 a 203 del expediente digital).

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 °1 del articulo 392 del C.P.C, ahora articulo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual "*se condenara en costas a la parte vencida en el proceso (…)",* sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto

jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a esta demandada, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, son las resultas del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de las codemandadas.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal al **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y además las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión, debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS FELIPE MALAVER RODRIGUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. (RAD. 20 2022 00022 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce 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, en calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 26 de abril del 2023 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a*

través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:04:20, archivo 15 expediente digital), en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO**: **DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor **LUIS FELIPE MALAVER RODRIGUEZ**, a la **AFP COLFONDOS** el 30 de septiembre 1996 y consecuencialmente su traslado horizontal a la **AFP PROTECCION** conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** como aseguradora del demandante **LUIS FELIPE MALAVER RODRIGUEZ,** para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES** como actual y única entidad administradora del RPM.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a la **AFP PROTECCION S.A** a **DEVOLVER** los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado **LUIS FELIPE MALAVER RODRIGUEZ**, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a **COLPENSIONES** y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** en costas a **COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A.** y a la **AFP PROTECCION S.A**. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.*
>
> ***SEXTO: REMÍTASE** el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.**"**.*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES interpuso recurso de apelación[1], soportando el mismo en la prohibición legal que recae sobre el demandante, ya

---

[1] ***Recurso Colpensiones, récord 01:07**:40:"Su Señoría, me permito presentar recurso de apelación frente a la decisión de primera instancia, teniendo en cuenta, pues sobre la prohibición legal que recae sobre el demandante, ya que el momento de solicitar el retorno se encontraba inmerso en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100, que dispone, que después de 1 año de vigencia de la ley no podrá darse el traslado después de 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Igualmente, sobre la no acreditación de los vicios del consentimiento, se indica que en el interrogatorio de parte se dijo por el demandante que no se presentó algún tipo de coerción para efectuar dicha acumulación. Respecto al deber de información, pues si bien la AFP debe informar de manera suficiente a la actual, eso no lo exoneraba el deber de concurrir suficientemente ilustrado para la escogencia de su régimen pensional, del cual dependían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez, como tampoco lo sustraía a la aplicación de la ley para darle un tratamiento desigual como su capacidad para celebrar actos y contratos, estuviese menguada frente a la definición de una mayor importancia en la medida que su elección dependería en las condiciones de cubrimiento de las contingencias amparadas por el sistema de Seguridad Social y, en particular, la que nos convierte en afiliados, no son incapaces para suscribir contratos. Luego, el despacho debe tener en cuenta que en sentencia C 10242 1004 SU 062 del 2010, SU 130 al 2013, la Corte Constitucional en materia de traslado manifiesta que nadie puede ser resultado, nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría. Igualmente, en caso de no acogerse los argumentos expuestos por mi representada, solicito se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones por el cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas sobrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante como son las*

que al momento de solicitar el traslado se encontraba inmerso en lo previsto en la Ley 797 de 2003, modificado por el artículo 13 de la Ley 100, que dispone, que después de 1 año de vigencia de la ley no podrá darse el traslado después de 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.
Sostuvo frente a la no acreditación de los vicios del consentimiento, en el interrogatorio parte el demandante informó que no se presentó algún tipo de coerción para efectuar dicha acumulación.

Respecto al deber de información, argumentó, si bien la AFP debe informar de manera suficiente eso no exoneraba al actor de ilustrarse frente a la escogencia de su régimen pensional, del cual dependían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez, como tampoco lo sustraía a la aplicación de la ley para darle un tratamiento desigual como su capacidad para celebrar actos y contratos. Advirtió, se debe tener en cuenta los pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de traslado ya que manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría. Igualmente solicitó, en caso de no acogerse los argumentos expuestos, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones por el cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas sobrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas de administración y los demás conceptos, debidamente indexados por el periodo en que permaneció en el fondo privado, esto por cuanto la entidad no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto se reintegren los recursos y se actualicen los datos del demandante en la respectiva base de datos. Asimismo, suplicó, se ordene a la AFP realizar los descuentos por conceptos de seguros de invalidez o vejez y no se condene en costas a la entidad Colpensiones al ser un tercero ajeno al contrato.

---

cotizaciones, rendimiento financiero, bonos pensionales, cuotas abonadas, administración y los demás conceptos, debidamente indexados por el periodo en que permaneció en el fondo privado, como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto se reintegre los recursos y actualice los datos del demandante en la respectiva base de datos. Asimismo, se ordene a la AFP a realizar descuentos por conceptos de seguros de invalidez o vejez. En igual sentido, solicito a la honorable sala no condenar en costas a mi representada, toda vez que no participó en el acto que se presume ineficaz o nulo y se causa un daño injustificado por un contrato entre 2 partes ajenas a las conversaciones. En esos términos dejo interpuesto mi recurso de apelación, gracias su Señoría".

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(página 4, archivo 01 del expediente digital)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 2 y 3, ibidem)*, aspirando se declare la nulidad de la afiliación efectuada del régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) en el mes de noviembre de 1996 ante la AFP COLFONDOS S.A. por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento, para que se trasladara al régimen de ahorro individual al que pertenece dicha administradora, en consecuencia se declare la nulidad de la afiliación efectuada en el mes de julio de 2008 con la AFP PROTECCION S.A., se ordene a la AFP PROTECCION S.A., retornar junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida - administrado por COLPENSIONES, se ordene a COLPENSIONES, a recibir en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad, se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho y se declaren derechos ultra y extra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor LUIS FELIPE MALAVER RODRIGUEZ, a la AFP COLFONDOS el 30 de septiembre 1996 y consecuencialmente su traslado horizontal a la AFP PROTECCIÓN, se declaró como aseguradora del demandante LUIS FELIPE MALAVER RODRIGUEZ, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES como actual y única entidad administradora del RPM, se ordenó a la AFP PROTECCION S.A a devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado LUIS FELIPE MALAVER

RODRIGUEZ, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor, se absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra y se condenó en costas a COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A. **Lo anterior tras considerar**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado, siendo su deber ilustrar el día 30 de septiembre de 1996 por medio de los asesores al actor frente a las consecuencias del traslado, debiendo exponer las características propias del régimen e indicar los requisitos en qué le seria reconocida la prestación económica.

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 24 de octubre de 1961 *(página 150, archivo 01 expediente digital)* por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con 33 años y los 62 años de edad los cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 19 de agosto de 2021 (archivo 01, páginas 185 a 190) y COLFONDOS y PROTECCIÓN el 18 de agosto de 2021 (*archivo*

[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".*

01, páginas 176 a 182 y 167 a 172 del expediente digital) esto es, cuando se encontraba a 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 -1º de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas **179,57** semanas[3] *(páginas 37 y 38 archivo 04 expediente digital),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **30 de septiembre de 1996,** efectivo el **01 de noviembre de 1996** (*Página 34 y 35 Archivo 04 expediente digital y Páginas 191 Archivo 01 del expediente digital),* por afiliación que hiciera a COLFONDOS S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios

---

3

SUBTOTALES

HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
1259	179.86	0	0.00	2	0.29	2078	296.86	0	0.00	9	1.29

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS				TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS			
DIAS:	1257	SEMANAS:	179.57	DIAS:	2069	SEMANAS:	295.57

El número de semanas se calculó con días calendario

que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en

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

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, en punto al recurso de Colpensiones, se indica, 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[5], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en

---

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

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

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

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

información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

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

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

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el

---

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.

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante[6], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores de COLFONDOS le indicaron en el año 1996 que el ISS se iba acabar, que con el traslado a ese fondo se podía pensionar a cualquier edad, con una mayor rentabilidad ya que podían invertir los dineros de los afiliados, exponiéndose dicha información a nivel grupal en las instalaciones de la empresa donde laboraba en aquel momento.

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP COLFONDOS haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa

---

*6 "**Interrogatorio al demandante, récord 13:05: "**la afiliación se hizo grupal, llegaron a la empresa haciendo una reunión, llamaron a la gente y expusieron que se iba acabar el Seguros Social, que los rendimientos iban a ser mucho mejor y que me podría pensionar en cualquier momento, llene el formulario requerido en ese momento, me dijeron que los rendimientos eran importantes porque estaba en libertad de hacer inversiones y un nivel bancario mejor, la cuenta de ahorro no lo tenía claro, solo que los dineros se iban a una cuenta individual yo era joven y no investigué en esa época, me dijeron que el acumulado debía pasar tal cual lo tenía en el Seguro, en ese momento se diligenció el formulario porque era el requerimiento, fue una afiliación grupal porque las condiciones marcaban que el Seguro se iba a acabar, los asesores fueron y expusieron eso, hice el cambio a Protección pero no habían diferencias, pregunté lo básico como el tema de semanas y rendimientos, me dijeron que serían mejores, no tenía claro en ese momento que podía pasarme, cuando me pase a protección el seguro no existía, me dijeron que me pensionaba con la edad y las semanas, se mantenían las condiciones que tenía antes, no fue claro el tema frente a la herencia, el extracto lo recibí de Protección hace como 3 años en adelante, solo miraba que estuviera los descuentos de nómina y ya, el traslado fue porque me informé sobre el tema al estar próximo a pensionarme, recibiría una mesada de un salario mínimo, en Colpensiones recibiría el doble, eso fue a través de lectura y un amigo Abogado me ilustró sobre el tema, si escuché sobre Colpensiones pero me importó el tema cuando me acercaba a la pensión".*

labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (*Página 191 y 34, Archivos 01 y 04, respectivamente del expediente digital),* éste 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 SL12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

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

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

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

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

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

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

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

…

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

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año **1996**, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP COLFONDOS estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen **(30 de septiembre de 1996,** efectivo el **1° de noviembre de 1996)** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN S.A., como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (*según registro SIAFP, página 35, archivo 04)*, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, aun cuando no fue objeto de apelación por la parte demandante, como quiera que se conoce el presente proceso en el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, se adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, PROTECCIÓN y COLFONDOS deben devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[7] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[8], por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada uno de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

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

[7] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[8] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

> *1748 del Código Civil.* ***<u>En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.”</u>***

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

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

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

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

> *castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

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

Para resolver la apelación de COLPENSIONES, conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar, 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.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[9], a favor de quien se surte la consulta (*página 37 y 38, archivo 08, expediente digital),* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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

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

[9] *Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 27 de febrero del 2023 (archivo 11, páginas 1 y 2 del expediente digital).*

> *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)

Con relación a la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de las AFP demandadas, baste con indicar, la acción de "recibir", en un entendimiento lógico y obvio no puede materializarse si no hay algo que se entregue, siendo claro que sólo a partir del momento en que ingresen la información y dineros que traslade la AFP al RPM, podrá hacer las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral, lo que hace innecesaria precisión o condicionamiento alguno en la parte resolutiva de la providencia.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral °1 del articulo 392 del C.P.C, ahora articulo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual "*se condenara en costas a la parte vencida en el proceso (…)",* sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto

jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a esta demandada, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, son las resultas del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de las codemandadas.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

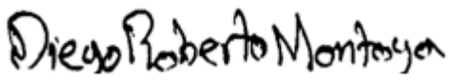
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal al **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y además las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión, debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

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

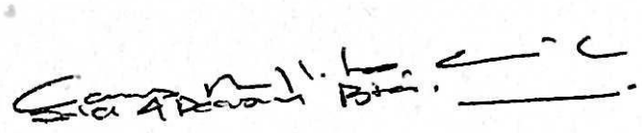
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

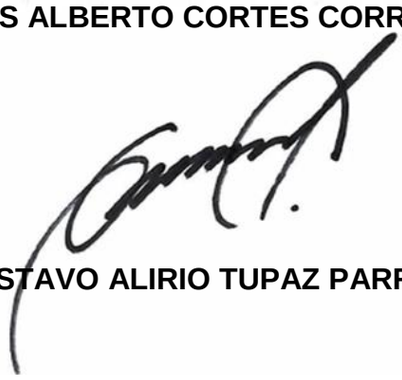
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

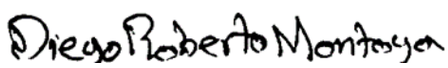
PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR TRINIDAD DE LOS ÁNGELES OROZCO FORERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. (RAD. 20 2022 00251 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada **PAULA HUERTAS BORDA** como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por SILVIA LUCIA REYES ACEVEDO, en calidad de representante legal de la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S, apoderada principal.

Igualmente, se reconoce personería adjetiva al abogado GUSTAVO ENRIQUE MARTÍNEZ GONZÁLEZ como apoderado de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 12 de abril del 2023 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:37:49, archivo 09 expediente digital),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora TRINIDAD DE LOS ANGELES OROZCO FORERO a AFP PORVENIR el 31 de mayo de 2000 y su posterior traslado horizontal a COLFONDOS el 19 de noviembre de 2003. conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** como aseguradora del demandante TRINIDAD DE LOS ANGELES OROZCO FORERO para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES como actual y única entidad administradora del RPM.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a la AFP COLFONDOS S.A a DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones del afiliado TRINIDAD DE LOS ANGELES OROZCO FORERO, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** en costas a COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.*
>
> ***SEXTO: REMÍTASE** el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.".*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES señaló[1], al trasladarse a la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual se

[1] ***Recurso Colpensiones, récord 01:40:30: "**Señoría, muchas gracias, me permito interponer recurso de apelación para que el Honorable Tribunal Laboral del Distrito Judicial de Bogotá revoque la sentencia proferida, conforme a lo siguiente:*

Hay que dejar claro que al trasladarse a la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual se está vulnerando la prohibición legal que nos indique una persona que le falta en menos de 10 años para cumplir la edad, la cual sería la ocasión no puede trasladarse de régimen pensional, prohibición, reitero en la que la señora Trinidad Orozco ya se encuentra inmersa, por ende, debe mantenerse en el régimen de ahorro individual. Ahora, en cuanto a declaratoria de la ineficacia hay

está vulnerando la prohibición legal que prevé que una persona que le falta menos de 10 años para cumplir la edad no puede trasladarse de régimen pensional, prohibición en la que la señora Trinidad Orozco se encuentra inmersa, por ende, debe mantenerse en el régimen de ahorro individual.

Esgrimió, en cuanto a la declaratoria de la ineficacia hay que tener en cuenta que el traslado de régimen se hizo con el lleno de los requisitos legales ya que las AFP´S brindaron la asesoría pertinente en su momento, con el lleno de los requisitos y conforme a derecho, no existiendo lesión injustificada en el derecho a la Seguridad Social de la aquí demandante. Asimismo, expuso, con la alta afluencia de personas que legalmente no pueden trasladarse de régimen

---

que tener en cuenta que el traslado de régimen se hizo con el lleno de los requisitos legales que las AFPS brindaron la asesoría pertinente en su momento, con el lleno de los requisitos y conforme a derecho, que no hay una lesión injustificada en el derecho a la Seguridad Social de la aquí demandante.

Ahora bien, señores magistrados, me permito indicar como lo he indicado en los alegatos de primera instancia, que la alta afluencia de personas que legalmente no pueden trasladarse de régimen porque la ley se los prohíbe. Y quieren hablar en una supuesta desinformación sabiendo que, alegando esta desinformación, pueden acceder a una ineficacia. ¿Está afectando la sostenibilidad financiera del sistema? Está poniendo el interés particular de esas personas que se quieren burlar de la ley, que lo la cual les dice que ya no pueden trasladarse. Y alegan dicha información precisamente para eso, para que se les conceda una ineficacia. Y hay que tener en cuenta que el régimen que manejaba con pensiones el régimen de PRIMA MEDIA Subsidiado. Son primero dineros de la nación y como indicó, es un régimen subsidiado que quiere decir que de este depende tanto las pensiones que se pagan en este momento como con las futuras pensiones y traer a todas estas personas que única y exclusivamente por diferencias en el monto pensional, quieren trasladarse al régimen de prima media afectada dicha sostenibilidad financiera, pone por encima del interés de estos particulares y afectaría el interés general de las personas válidamente afiliadas al régimen de Prima media.

Ahora bien, de ratificarse en sentencia de primera instancia en cuanto a la condena en costas, le solicito respetuosamente no imponer dicha condena, debido a que, pues, Colpensiones no tuvo injerencia en el traslado, no podía oponerse al traslado que, a voluntad de la señora demandante se realizó con la con la AFP en primera instancia, Porvenir y luego con Colfondos. Es Colpensiones, única y exclusivamente se podía limitar a ver cómo las AFPS cuando hicieron estos traslados, ya que todos estos son muy reiterativos. En la AFP se trasladaban a las personas, a las afiliadas y no podían compensar eso, hacer nada única y exclusivamente dejar que dicho afiliado, salieran de sus arcas para para el régimen que se estaba instaurando el régimen de ahorro individual, sin poder hacer más que permitirlo, ya que pues como lo indico era un derecho que tenían los afiliados. De hecho, de escoger más bien el fondo en el que quieren pertenecer y ya se les sustrajo a los afiliados, y ahora, después de que no aportaron al régimen de media durante todos estos años, hoy en día, pretenden se trasladen y quieran, pensionarse. También se les hace más gravosa la condición al condenarlos en costas.

Señores magistrados en cuanto a la devolución de gastos de administración y lo cual, pues no se refiere el juez de primera instancia, ya que no está dentro de las pensiones, las solicito que en el caso de ratificar la sentencia de primera instancia dichos montos, o sea o sea o más bien la devolución de aportes y de dineros. Se ha entendido en su totalidad, incluyendo los gastos de administración, debido a que, pues ya hay unos pronunciamientos jurisprudenciales tanto del Tribunal, al cual se apela como del órgano de cierre. En este sentido, en devolver los gastos de administración. Además, considera este parte que si estamos hablando de una ineficacia del traslado quiere decir que el acto idóneo nunca nació a la vida jurídica.

La señora demandante estuvo afiliada siempre al régimen de prima media. Por ende, no pueden sostener las AFP ningún dinero en un acto que nunca nació a la vida jurídica y también en cuanto a la ineficacia del traslado si esta se hace, se ratifica la sentencia de primera instancia. El traslado de su posible a las AFPS que no brindaron la debida información como lo ordena la ley sería premiar dicha desinformación o dicho traslado viciado y se le deja a cualquier tipo de regular las relaciones.".

porque la ley se los prohíbe, se está atentando contra la sostenibilidad financiera del sistema, no pudiéndose poner por encima el interés de estos particulares ya que se afecta el interés general de las personas válidamente afiliadas al régimen de Prima Media y quienes han aportado por varios años, teniendo derecho a pensionarse por vejez y no los nuevos afiliados.

Por otra parte, solicitó, de ratificarse la sentencia de primera instancia se absuelva de la condena en costas, debido a que, Colpensiones no tuvo injerencia en el traslado y no podía oponerse al mismo al no celebrar contrato alguno. En cuanto a la devolución de gastos de administración pidió se ordene la devolución de aportes y de dineros, esto, acatando los pronunciamientos jurisprudenciales tanto del Tribunal como del órgano de cierre.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda *(páginas 4 a 6, archivo 01 expediente digital)* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo *(páginas 7 a 12, ibidem)*, aspirando se declare que fue inducida al error de manera inicial por parte de PORVENIR S.A., y de manera posterior por parte de COLFONDOS S.A., al no ser informada suficiente, veraz e idóneamente sobre las eventuales condiciones pensionales a las que tendría derecho, de acuerdo con el deber profesional que obliga a los fondos privados de pensiones sobre las consecuencias del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS, que de manera conjunta, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., omitieron sus obligaciones y responsabilidades profesionales inherentes a la calidad de entidades provisionales, omitiendo suministrar la información mínima necesaria que debe comprenderse en las etapas del proceso de afiliación o traslado al régimen de ahorro individual, desde la etapa precontractual de la afiliación hasta la determinación total y unificada de las condiciones para el disfrute pensional, esto son, los valores a recibir mensualmente, junto con las tasas de rentabilidad y la incidencia de éstos factores en la formación del

capital para financiar la mesada pensional definitiva, se declare, omitieron informar las condiciones favorables y desfavorables, financieras, actuariales y comparativas entre los dos regímenes pensionales existentes, necesarios para la información del libre convencimiento en la decisión del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS, se decrete la nulidad o ineficacia de las consecutivas afiliaciones efectuadas al régimen de ahorro individual – RAIS, por la asegurada, realizada ante PORVENIR S.A., y de manera posterior a COLFONDOS S.A, como consecuencia de la mencionada nulidad o ineficacia de las afiliaciones, COLPENSIONES debe verificar y proceder a recibir a satisfacción la totalidad de los aportes pensionales efectuados al régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS, sin que COLFONDOS S.A., deduzca costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno a los aportes objeto de devolución. Como pretensiones subsidiarias, imploró, se declare que no dejó de estar afiliada al régimen de prima media con prestación definida direccionado en la actualidad por COLPENSIONES, es decir, no hubo solución de continuidad en la afiliación a la citada entidad, se condene a COLFONDOS S.A., a trasladar la totalidad de los valores que tiene la asegurada en la cuenta ahorro individual con solidaridad – RAIS, a las cuentas del régimen de prima media con prestación definida representado por COLPENSIONES, se condene a COLFONDOS S.A., a trasladar los valores de aportes obligatorios, bono pensional, título pensional y los rendimientos que tiene a su favor en la cuenta ahorro individual con solidaridad – RAIS, a la cuenta del régimen de prima media con prestación definida direccionado por COLPENSIONES, se condene a COLPENSIONES a recibir los anteriores valores, previa verificación satisfactoria de la integridad de los aportes efectuados al RAIS, sin que COLFONDOS S.A., deduzca costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno a los aportes objeto de devolución, se ordene a COLPENSIONES a recibir los anteriores valores procediendo a la actualización de la historia laboral, teniendo en cuenta el detalle de la devolución de aportes que efectúe el RAIS, para que se vean reflejadas en la totalidad de las semanas cotizadas, condenándose en costas y agencias en derecho a las codemandadas. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora TRINIDAD DE LOS ANGELES OROZCO FORERO a la AFP PORVENIR el 31 de mayo de 2000

y su posterior traslado horizontal a COLFONDOS el 19 de noviembre de 2003, declarándose como aseguradora de la demandante TRINIDAD DE LOS ANGELES OROZCO FORERO para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES como actual y única entidad administradora del RPM., se ordenó a la AFP COLFONDOS S.A a DEVOLVER los aportes girados a su por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones del afiliado TRINIDAD DE LOS ANGELES OROZCO FORERO, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor, se absolvió de las demás pretensiones y se condenó en costas. **Lo anterior tras considerar que**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 15 de junio de 1952 (páginas 29, Archivo 01 expediente digital), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2009, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1° de abril de 1994, contaba con 41 años de edad, quedando claro que, en principio, es beneficiaria del régimen de

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

transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por la demandante al RAIS**,** por la afiliación que hiciera a PORVENIR y que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 44,14 semanas *(Página 69, archivo 01 expediente digital Historia Laboral Colpensiones[3]),* 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 de la ineficacia del traslado y la conservación del beneficio transicional, desde luego si hay lugar a declararla, en virtud del incumplimiento al deber de información por parte de la AFP PORVENIR con quien se realizó el traslado.

Advirtiéndose en este punto, la demandante con anterioridad a su afiliación al extinto Instituto de Seguros Sociales acaecido el 17 de marzo de 1993) realizó cotizaciones a la Caja de Previsión Social del Meta desde el 25 de septiembre de 1989 al 30 de enero de 1992 para un total de 122,42 semanas[4].

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 **31 de mayo de 2000,** efectivo el **01 de julio de 2000** (*Páginas 60, 64, Archivo 06 y página 42, archivo 01 del expediente digital),* por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1008201944	UNIVERSIDAD NOCT LA	17/03/1993	31/12/1994	$285,000	93,57	10,86	0,00	82,71
1008213420	CORP INT PARA EL DES	13/04/1993	22/11/1993	$159,270	33,00	0,00	29,57	3,43
860016585	UNIVERSIDAD LA GRAN	01/01/1995	31/01/1995	$30,000	0,71	0,00	0,00	0,71
860016585	UNIVERSIDAD LA GRAN	01/02/1995	28/02/1995	$344,000	4,29	0,00	0,00	4,29
860016585	UNIVERSIDAD LA GRAN	01/03/1995	30/04/1995	$303,000	8,57	0,00	0,00	8,57
860016585	UNIVERSIDAD LA GRAN	01/05/1995	31/05/1995	$312,000	4,29	0,00	0,00	4,29
860016585	UNIVERSIDAD LA GRAN	01/06/1995	30/06/1995	$68,000	1,86	0,00	0,00	1,86
2891257	LATORRE TORTELLO PAB	01/10/1997	31/10/1997	$172,095	0,00	0,00	0,00	0,00
860016585	UNIVERSIDAD LA GRAN	01/09/1998	30/09/1998	$113,000	2,00	0,00	0,00	2,00
860016585	UNIVERSIDAD LA GRAN	01/10/1998	31/10/1998	$203,526	4,29	0,00	0,00	4,29
860016585	UNIVERSIDAD LA GRAN	01/11/1998	30/11/1998	$737,000	4,29	0,00	0,00	4,29
860016585	UNIVERSIDAD LA GRAN	01/12/1998	31/12/1998	$204,000	1,43	0,00	0,00	1,43
860016585	UNIVERSIDAD LA GRAN	01/01/1999	31/01/1999	$236,460	0,00	0,00	0,00	0,00
860016585	UNIVERSIDAD LA GRAN	01/02/1999	28/02/1999	$0	0,00	0,00	0,00	0,00
860012357	UNIVERSIDAD SANTO TO	01/04/1999	30/04/1999	$619,000	4,29	0,00	0,00	4,29
860012357	UNIVERSIDAD SANTO TO	01/05/1999	31/05/1999	$754,000	4,29	0,00	0,00	4,29
860012357	UNIVERSIDAD SANTO TO	01/06/1999	30/06/1999	$2,157,000	4,29	0,00	0,00	4,29
860012357	UNIVERSIDAD SANTO TO	01/07/1999	30/11/1999	$1,476,000	21,43	0,00	0,00	21,43
860012357	UNIVERSIDAD SANTO TO	01/12/1999	31/12/1999	$738,000	4,29	0,00	0,00	4,29
860012357	UNIVERSIDAD SANTO TO	01/01/2000	31/01/2000	$639,000	4,29	0,00	0,00	4,29
860012357	UNIVERSIDAD SANTO TO	01/02/2000	30/06/2000	$1,363,000	21,43	0,00	0,00	21,43
					[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:			182,14
					[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 * "TOTAL SEMANAS COTIZADAS":			0,00

[3]

[4] *CETIL aportado en archivo 01, páginas 32 a 35.*

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

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

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

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

> *traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

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

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

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

> *contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019).*

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

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

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto*

de desanimar al interesado, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

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

---

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

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

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una

mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 (…)"*

---

declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[7], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores de PORVENIR le indicaron en el año 2000 que el ISS se iba acabar, que con el traslado a ese fondo se podía pensionar a cualquier edad, enfatizando en que no le dieron suficiente información, debiendo solo firmar el formulario.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa

---

7 ***Interrogatorio de parte, récord 14:01:*** *"No estoy pensionada, como trabajadora ene l 200 estaba en la Santo Tomas y apareció una asesora de Porvenir y llegó y puso el formulario de traslado, dijo que el Seguros social se iba acabar y no dijo nada más, no explicaron nada, nada diferentes, solo decían que el Seguro se acabaría, fue libre porque firme pero no sabía bien, no leí el formulario, solo firme y creí en lo que dijo la asesora, no sabía nada del bono pensional, no me informaron sobre los aportes, he ido a reclamar los extractos porque no me llegaba, no sabía los requisitos, sé que debo tener 1300 semanas, quiero regresar a Colpensiones porque me sentí engañada en mi buena fe, la diferencia en la mesada es alta, luego, llegaron los de Colfondos y por eso muchos nos cambiamos de Porvenir a Colfondos, no dijeron nada solo que nos pasáramos, que el régimen pensional era igual en todas partes, estaba en la Universidad y por eso me pasé, no sabía la mensualidad que me tocaría, solo me informaron que si moría podría mi esposo acceder a esos dineros, el asesor me preguntaba y diligenciaba todo, no lo leí, yo vivo en la Calle 80 a partir de 2006, no he tenido reuniones con asesores, no he actualizado la dirección, Se que el Seguro es hoy Colpensiones, no vi la obligación o necesidad de trasladarme hasta que vi la mesada, son 1300 semanas y no sabía la diferencia entre fondo privado o público, no interpuso queja, no me explicaron la diferencia entre fondos, no solicité asesoramiento de Colpensiones, tengo 182 semanas en Colpensiones y he visto que es diferente la proyección".*

labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

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

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*página 42, Archivo 01 y página 60, archivo 06 del expediente digital),* éste 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, en especial, con lo relacionado dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL12136 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.

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

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

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
> *…*
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.*
>
> *Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad*

> *social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen **(31 de mayo de 2000,** efectivo el **1° de julio de 2000)** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, **en especial, la pérdida del beneficio del régimen de transición** y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS S.A., como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (*según registro SIAFP, página 64, archivo 06)*, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, aun cuando no fue objeto de apelación por la parte demandante, como quiera que se conoce el presente proceso en el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, se adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, PORVENIR y COLFONDOS deben devolver a COLPENSIONES los **gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[8] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades**[9], por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada uno de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

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

Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus

[8] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[9] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

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

Asimismo, advierte la Sala, frente a los argumentos de apelación de COLPENSIONES, relacionados con los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración, tal como se solicitó en la apelación al ser procedente. 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. <u>En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones."</u>

> *En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[10], a favor de quien se surte la consulta (páginas 114, archivo "01. ExpedienteFísico.pdf", expediente digital), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.".*

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[11], a favor de quien se surte la consulta (*página 39 a 41, archivo 04, 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

---

[10] Se estudia la excepción a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada en auto del 10 de septiembre de 2021 (*página 1 y2, archivo "05AutoFijaFecha.pdf", expediente digital*).

[11] *Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 17 de febrero del 2023 (archivo 08, expediente digital).*

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 °1 del articulo 392 del C.P.C, ahora articulo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual "*se condenara en costas a la parte vencida en el proceso (…)",* sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a esta demandada, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, son las resultas del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de las codemandadas.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal al **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y además las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión, debidamente **indexados** con

cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

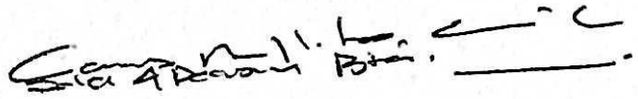
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

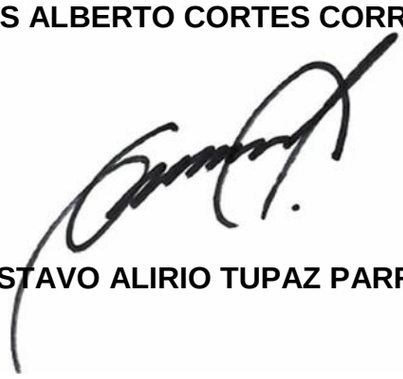
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RAFAEL GUILLERMO PEREIRA SORZANO CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- (RAD. 23 2022 00094 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

. **AUTO**

Se reconoce personería adjetiva al abogado TANIA ESMERALDA LÓPEZ RUBIO como apoderado judicial de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL – UGPP, en su calidad de abogada de la firma EUNOMIA ABOGADOS S.A.S., conforme a escritura pública No.167 del 2 de marzo de 2023.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos tanto por la parte actora como por la UGPP, así como el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de

abril del 2023 *(Audiencia virtual archivo 17, expediente digital, récord 25:16)*, en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP a reconocer y pagar RAFAEL GUILLERMO PEREIRA SORZANO una pensión de jubilación convencional de carácter compartida, en cuantía inicial de $4.501.496 a partir del 22 de febrero de 2011, quedando a su cargo un mayor valor de $1.076.607 a partir del 22 de febrero de 2018 a razón de 13 mesadas anuales, suma que deberá indexarse anualmente de conformidad con el IPC.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la UGPP a reconocer y pagar a RAFAEL GUILLERMO PEREIRA SORZANO la suma de $77.221.518 por concepto de mayor valor sobre mesadas pensionales causadas retroactivamente causadas desde el 18 de febrero de 2018 al 30 de marzo de 2022; y a continuar reconociendo el mayor valor sobre las mesadas pensionales que se sigan causando en lo sucesivo.*
>
> ***TERCERO: AUTORIZAR** a la UGPP a efectuar los descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo del demandante, con el fin de que sea trasladado a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado.*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER** a la UGPP de las demás pretensiones incoadas.*
>
> ***QUINTO: COSTAS** a cargo de la UGPP."*

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la actora, la apeló solicitando su revisión en punto a la liquidación de la mesada pensional señalando el monto debe ser superior, pues se debe incluir el valor devengado por concepto de prima técnica como un factor salarial para la pensión de jubilación, igualmente solicita se pague la mesada adicional pues en su sentir tiene derecho a la misma por haber cumplido los requisitos de pensión antes del acto legislativo 01 de 2005. *(Audiencia virtual archivo 17, expediente digital, récord 27:00[1])*

---

[1] **Apoderado demandante:** Muchas gracias, Doctor Fabio Peñaranda por este pronunciamiento y el reconocimiento y la aplicación de una norma que llevó, llevo (sic) luchándola mucho tiempo.

Yo respecto a esta sentencia, tengo la necesidad de interponer una un recurso de apelación con fundamento en el artículo 66 del Código del CPT porque en la Convención colectiva, muy claramente habla en el artículo 41, en una forma parte de lo que aparece en el 98, pero está incluida dentro de la Convención y en ella dice muy claro que la prima técnica es un factor salarial para la pensión de jubilación explícitamente. Entonces, tengo que hacer el recurso por eso y lo otro, yo tenía entendido que la mesada pensional adicional si yo la pedía la cumplía, digamos antes de la (sic) del acto legislativo 01 y de la decisión del seguro social, como usted lo ha reconocido, tenía derecho a la mesa adicional.

Entonces yo interpondría el recurso de simplemente por eso, lo demás estoy de acuerdo y le agradezco mucho su pronunciamiento.

Por su parte la UGPP expresa el demandante no cumplió con los requisitos exigidos para causar el derecho pensional y si así lo hiciere, se realizó con posterioridad a la vigencia de la Convención colectiva de trabajo en tanto los derechos convencionales que benefician a los trabajadores del ISS, solo podían tener eficacia hasta el 31 de octubre de 2004, fecha en la cual la referida Convención perdió vigencia para sus antiguos trabajadores que no podían celebrar, ni renovar el convenio bilateral dada la restricción legal, precisando la propia Corte Constitucional dispuso que la Convención colectiva de la ISS perdió vigencia el 31 de octubre de 2004, por lo que los derechos adquiridos susceptibles de protección solo son aquellos causados hasta esa misma fecha por la concurrencia de los requisitos de edad y tiempo de servicios allí establecidos, como lo ordena la ley y la propia Constitución, sin que sea posible prolongar la vigencia de este acuerdo colectivo por virtud de prórrogas automáticas.

En este orden de ideas señala si el ex trabajador no reúne la totalidad de los requisitos para para pensionarse, dentro de ese periodo de vigencia no es posible afirmar que contara con un derecho adquirido digno de protección constitucional, por lo que cuando perdió vigencia la convención colectiva al 31 de octubre de 2004, no cumplía con ninguno de los requisitos, esto es, tiempo laborado por espacio de 20 años y tener 55 años de edad en vigencia de la Convención colectiva, señalando que en todo caso la misma terminó el 31 de Julio de 2010, época para la cual el señor Rafael Guillermo Pereira Zorzano, solamente tenía 54 años de edad y no acredita los 20 años de servicio siendo claro no se cumplen con los requisitos para la pensión de vejez *(Audiencia virtual archivo 17, expediente digital, récord 28:33*[2]

No, no creo que haya necesidad de leer el artículo, no cierto está en la Convención.

[2] **Apoderado UGPP:** Muchas gracias su Señoría, de conformidad con la decisión que fue proferida por este despacho anteriormente respetuoso de la misma me permito manifestar que disiento de los resuelto interpongo recurso de apelación contra la misma decisión, por cuanto así lo permite el estatuto procesal, sea, lo primero indicar entonces que desde un inicio este extremo procesal se opuso a la prosperidad de las pretensiones, toda vez que el demandante no cumplió con los requisitos exigidos para causar el derecho pensional y si así lo hiciere, se realizó con posterioridad a la vigencia de la Convención colectiva de trabajo. Una vez analizado el marco de la Convención colectiva suscrita entre ISS y Sintra. Seguridad social en especial los artículos 2 y 98, referidos incluso en la decisión, el marco jurisprudencial de las sentencias, tales como la SU 897 de 2015, se observa, se observan en los derechos convencionales que benefician a los trabajadores del ISS, solo podían tener eficacia hasta el 31 de octubre de 2004, fecha en la cual la referida Convención perdió vigencia para sus antiguos trabajadores que no podían celebrar, ni renovar el convenio bilateral dada la restricción legal, y solo tenían el derecho a adquirir el beneficio

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 RAFAEL GUILLERMO PEREIRA SORZANO en este ordinario, las pretensiones relacionadas en la página 1, Archivo 1 expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 4 y 3 (ibídem) solicitando se condene a la demandada a reconocer la pensión de jubilación convencional a partir del 23 de febrero del 2011, bajo los parámetros y condiciones del artículo 101 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL el 31 de octubre de 2001, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo equivalente 75% del promedio de lo percibido durante el

---

convencional hasta la expiración del plazo pactado, es decir, que la convención colectiva de trabajo surtió efectos en los términos de la misma y con posterioridad a la decisión de ISS es (sic) pero solo por el tiempo de vigencia del plazo inicialmente pactado, esto es como se ha dicho a lo largo de la litis, hasta el 31 de octubre de 2004, se evidencia además y de que la finalidad del acto legislativo 01 del 2005 fue la eliminación de beneficios pensionales existentes que afectaban y que considera respetuosamente este esta parte y extremo procesal que no se tuvo en cuenta, la eliminación de beneficios pensionales existentes que afectaban el equilibrio financiero del sistema general pensional.

La propia Corte Constitucional dispuso que la Convención colectiva de la ISS perdió vigencia el 31 de octubre de 2004, los derechos adquiridos susceptibles de protección solo son aquellos causados hasta esa misma fecha por la concurrencia de los requisitos de edad y tiempo de servicios allí establecidos, como lo ordena la ley y la propia Constitución, sin que sea posible prolongar la vigencia de este acuerdo colectivo por virtud de prórrogas automáticas, ni por la aplicación de reglas que la sentencia SU 555 de 2014 estableció para interpretar y aplicar el parágrafo transitorio, tercero de un acto legislativo que expidió más de 10 años después a la pérdida de vigencia de la Convención antes citada.
Para poder catalogarse esto como un derecho adquirido ha debido causarse con la totalidad de sus requisitos el 31 de octubre de 2004 sin lograr la concurrencia de todas las condiciones que activan la protección establecida por el artículo 58 superior.

Hay algo claro hasta aquí es que en voces de los máximos tribunales, si el ex trabajador no reúne la totalidad de los requisitos para para pensionarse, dentro de este periodo de vigencia no es posible afirmar que contara con un derecho adquirido digno de protección constitucional de todo lo dicho queda claro que el demandante, cuando perdió la vigencia convencional colectiva al 31 de octubre de 2004, no cumplía con ninguno de los requisitos de edad y tiempo laborado por espacio de 20 años de servicios y tener 55 años de edad en vigencia de la Convención colectiva y toda vez que la misma terminó el 31 de Julio de 2010, época para la cual el señor Rafael Guillermo Pereira Zorzano, solamente tenía 54 años de edad y no acredita los 20 años de servicio por lo anteriormente expuesto, es claro que el demandante (sic) cumple con el requisito de tiempo y con posterioridad a la vigencia de la Convención colectiva de trabajo, al igual que con posterioridad a la fecha del establecida en el acto legislativo 01 de 2005, es decir, el 31 de julio de 2010, no es posible aplicar la Convención colectiva de trabajo, ya que la misma tuvo su vigencia hasta el 31 de julio de 2010, por lo que se procedió a negar el reconocimiento de la pensión solicitada.

Así las cosas, a su Señoría le solicito respetuosamente conceder el recurso de apelación interpuesto anteriormente y al honorable tribunal superior del distrito judicial sala laboral de Bogotá para que el médico (sic) del mérito del expuesto revoque la decisión proferida en primera instancia, en su lugar se niega en todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda. Muchas gracias.

último año de servicio exclusivo al ISS, incluyendo todos los factores de remuneración percibidos y la prima técnica como factor salarial para la liquidación de la pensión de jubilación, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación, costas, lo *ultra y extra petita.* **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones,** por cuanto se condenó a la UGPP a reconocer y pagar la pensión de jubilación convencional a partir del 22 de febrero del 2018 con una mesada inicial de $1.076.607 -mayor valor a su cargo-, junto con un retroactivo para la fecha del fallo de $77.221.518 debidamente indexado, declarando probada parcialmente la excepción de prescripción.

Lo anterior tras considerar que si bien la vigencia de la convención colectiva celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL era entre los años 2001 a 2004, lo cierto es que, el artículo 98 de la misma estipuló concretamente una temporalidad diferente, en tanto que, conforme el artículo 98, la misma se extiende hasta el año 2017; por lo que a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 la referida cláusula convencional venía rigiendo y, de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, esta tenía vigencia hasta el año 2017, advirtiendo no existir controversia en cuanto que el accionante ingresó a laborar en calidad de trabajador oficial en el cargo de medico al Instituto de Seguros Sociales desde el 1° de abril de 1997 al 25 de junio del 2003, que sumado al tiempo laborado en otras entidades públicas le generaba un tiempo de servicios de 21 años, 3 meses y 12 días, aunado a que cumplió 55 años de edad el 22 de febrero del 2011.

Indicó que el actor tenía derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional a partir del 22 de febrero del 2011, en cuantía equivalente al 75% del promedio de lo percibido en el año anterior al término de la vinculación laboral, 25/06/2002 al 25/06/2003 no obstante, como la reclamación fue radicada ante la UGPP el 22 de febrero del 2021 declaró probada la excepción de prescripción, respecto de la diferencia de mesadas causadas con anterioridad al 22 de febrero del 2018, señalando la compartibilidad de esta pensión con la reconocida por Colpensiones.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada por ambas partes, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio.

Así las cosas, para resolver en primer lugar valga señalar inicialmente, como el fundamento jurídico de las pretensiones del demandante lo es una norma de carácter convencional, siendo aportado al expediente copia del texto contentivo del acuerdo extralegal celebrado entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL -SINTRASEGURIDAD SOCIAL, fechado el 31 de octubre del 2001 (páginas 42 a 126, archivo 01, expediente digital) el cual cuenta con su respectiva constancia de depósito (pág. 121, ibíd.)[3], sin que ahora se discuta la aplicabilidad de los beneficios convencionales al actor, debe precisarse en lo que atañe a la vigencia de la convención punto de apelación de la UGPP, se venía exponiendo que dada la vigencia inicial de la precitada convención se pactó hasta el 31 de octubre de 2004 y que la referida convención es fuente de derechos adquiridos hasta cuando culmine su vigencia, se imponía determinar que, si la misma siguió vigente por la automática reconducción, la prestación debía causarse a más tardar el 31 de julio del 2010, con ocasión de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 del 2005, por manera que quienes pretendieran acceder a la pensión convencional aludida requerían acreditar el lleno de los requisitos antes de la mentada data.

Al punto memórese, el Acto Legislativo 01 de 2005 en materia de vigencia de las reglas pensionales que se hubieren encontrado vigentes a la fecha de este Acto Legislativo, en los parágrafos 2º y del transitorio 3°, señaló que perdieron vigencia el 31 de julio de 2010, así:

> "***Parágrafo 2o.****: A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".*

[3] Del 31 de octubre de 2001, por lo que, encontrándose depositada en los términos previstos en el artículo 469 del C.S.T., dicho instrumento produce todos los efectos.

> *"**Parágrafo Transitorio 3o**: Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.".*

La Corte Constitucional en interpretación del referido Acto Legislativo, fue quien determinó que la vigencia de las normas convencionales que regulan pensiones, vigentes a la fecha del referido Acto Legislativo, sólo regían hasta el 31 de julio de 2010. Así, en sentencia SU-555 de 2014 explicó:

> "*… la primera frase del parágrafo transitorio 3° cuando aludió a que "las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado", protegía tanto los derechos adquiridos como las expectativas legítimas de acceso a la pensión de jubilación contenida en los pactos o convenciones colectivas existentes antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo",* y *precisó que "seguirán rigiendo hasta el término inicialmente pactado en la respectiva convención o pacto colectivo".*
>
> "*[…] la segunda parte de este parágrafo transitorio crea una norma de transición para las reglas de carácter pensional contenidas en los pactos o convenciones colectivas que se suscribieran entre el 29 de julio de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, señalando que en ellas no podrán consagrarse reglas pensionales que resulten más favorables a las que se encontraban vigentes a esa fecha, resaltando, de manera inequívoca, que las mismas perderán su vigor el 31 de julio de 2010, de manera que, después de esa fecha, sólo regirán las normas contenidas en las leyes del Sistema General de Pensiones."*

En el mismo sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia interpretó y aplicó en el sentido antes expuesto el Acto Legislativo 01 de 2005, ratificando que la vigencia de las normas convencionales que estaban vigentes cuando el Acto Legislativo entró en vigor, fenecieron el 31 de julio de 2010, en sentencias tales como la SL 1409 de 2015 en la cual rememoró la sentencia 31000 de enero 31 de 2007, iterado en la sentencia SL 4540 de 2019.

No obstante, el referido criterio fue rectificado por la Corporación de cierre de esta jurisdicción en la sentencia SL-3635 del 16 de septiembre del 2020, oportunidad en la cual indicó:

"Bajo ese contexto, tal como se determinó en la sentencia CSJ SL2543-2020, en principio, no es posible extender los efectos de las cláusulas convencionales de carácter pensional más allá del 31 de julio de 2010. Sin embargo, asevera la Sala que, cuando Radicación N.° 74271 SCLAJPT-10 V.00 10 una disposición colectiva consagre una vigencia que cobije un periodo superior a esa data, debe respetarse, pues, es claro, de una parte, que si se previó de esa manera desde su inicio, es porque la voluntad de las partes fue la de darle a dichas disposiciones jubilatorias mayor estabilidad en el tiempo y, de otra, al quedar incorporadas en el texto convencional, constituyen derechos adquiridos y garantía a la legítima expectativa de adquirir el derecho pensional de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva de trabajo que firmaron, mientras continúe vigente, así esa vigencia supere el límite del 31 de julio de 2010.

"Así es, porque los compromisos consagrados en las convenciones colectivas de trabajo constituyen derechos adquiridos, bien porque ya se han causado o bien porque hacen parte de aquellas prerrogativas concretas que, aunque no estén consolidadas, sí han determinado una expectativa válida respecto de la permanencia de sus cláusulas, basadas en el principio de la buena fe que atención al principio de la confianza legítima, significa, en el horizonte, que se alcanzarán los requisitos para su afianzamiento durante el término de su vigencia.

"Ello, porque tal como tantas veces lo ha dicho esta Sala, la convención colectiva de trabajo es una verdadera fuente de derechos y obligaciones por lo menos durante el tiempo en que la misma o algunas de sus cláusulas conserven su vigencia, de modo que su ámbito de protección cobija los derechos consolidados y trasciende a las expectativas que eventualmente se alcancen durante el término pactado.

"Esa y no otra, fue la intención del constituyente secundario al consagrar en los parágrafos transitorios 2.° y 3.° del Acto Legislativo 01 de 2005, el respeto por los derechos adquiridos, sujetándolos al término inicialmente pactado por las partes hasta su extinción, incluso más allá del 31 de julio de 2010, el cual incluye las prórrogas automáticas, estas sí con límite hasta esa data, tal como lo dejó sentado la Corte en las sentencias CSJ SL2543-2020, CSJ SL2798-2020 y CSJ SL2986-2020.

"En conclusión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rectifica parcialmente su criterio sentado en las sentencias precitadas y, en su lugar, precisa que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto, son las siguientes:

a) En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.

b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.

c) Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.

"[…]

"Tal como se refirió en los antecedentes, la accionante propugna por el derecho pensional consagrado en la convención colectiva de trabajo cuya vigencia general se estableció de 2001 a 2004, y previó, respecto de algunas cláusulas, otra más amplia según lo acordado en los artículos 2.° y 98, entre otros, así:

"Por su parte, el artículo 2.°, prevé que el acuerdo colectivo:

"Tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente.

"A su vez, el artículo 98 consagra la pensión de jubilación solicitada, bajo las siguientes reglas:

"El trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.

(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.

(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.

(…).

"De la literalidad de las citadas cláusulas se extrae que en materia jubilatoria las partes previeron una vigencia posterior a aquella establecida de forma general, tal como lo determinó esta Sala en sentencia CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 39808, que reiteró la CSJ SL, 14 sep. 2010, rad. 35588, en la que señaló:

Ahora bien, el Tribunal incurrió en otro yerro fáctico derivado de la errónea apreciación de la Convención Colectiva 2001-2004, al no darse cuenta que ésta tuvo vigencia para los trabajadores oficiales que en esa misma condición pasaron a las E.S.E.s, (sic) más allá del 31 de octubre de 2004.

Al respecto se ha de precisar que un estudio armónico de las cláusulas de dicha convención conduce a concluir que varias de sus prerrogativas y concretamente las relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior a esa fecha.

(…)
Esto significa que la misma convención previó que algunas de sus disposiciones rigieran más allá del 31 de octubre de 2004, como es el caso de la cláusula 98 que consagra el derecho a la pensión de jubilación.
(…)

Este razonamiento está acorde con el criterio sostenido por la Sala en sentencia de 14 de septiembre de 2010, rad. N° 35588 donde en un caso similar al presente y analizando la misma Convención, sostuvo:

"Armonizando estas dos disposiciones (artículo 2 y 98), ejercicio que el Tribunal, pese a que valoró la convención colectiva, no hizo, pues apreció de manera parcial el artículo segundo, se concluye que el derecho a la pensión de jubilación consagrado en el artículo 98, se hallaba vigente para quienes ostentaran la condición de trabajadores oficiales para el 21 de enero de 2005, fecha en la que la actora cumplió con los requisitos exigidos en esa norma, esto es, 20 años de servicio y 50 años de edad". (Resaltado fuera de texto original).

Asimismo, en sentencia CSJ SL1409-2015, frente a este preciso asunto, la Corporación indicó:

En punto a la vigencia de la convención colectiva de trabajo 2001-2004, la misma se hizo extensiva a los trabajadores oficiales que en esa misma condición pasaron a las E.S.E. y según su artículo 2, su vigencia tendría "una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente". Frente a ello, podría decirse que algunas cláusulas de esa convención lleva (sic) al convencimiento de que varias de sus prerrogativas y concretamente las relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior al 31 de octubre de 2004, en tanto de conformidad con el artículo 98 su vigencia se extiende hasta el año 2017. Asimismo, importa resaltar que no obra en el expediente una convención colectiva de trabajo celebrada con posterioridad a la mencionada anteriormente (Resaltado fuera del texto).

> *"En consecuencia, a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 la referida cláusula convencional venía rigiendo y, de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, tenía vigencia hasta el año 2017. Dicho de otro modo, en armonía con los postulados de la enmienda constitucional, las partes acordaron darle al artículo 98 de la convención colectiva de trabajo mayor estabilidad en el tiempo y, de esa forma, fijaron derechos adquiridos frente a los compromisos pensionales pactados, por los menos, durante su plazo de vigencia."* *(Subrayado fuera de texto)*

Con base en la anterior hermenéutica, que es la acogida por esta Sala de decisión, la pensión prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita con el ISS al fijar una vigencia diferente a la estipulada en su artículo 2.°, la cual se extiende hasta el **2017**, plazo inicialmente pactado por las partes que, el mismo ha de respetarse, quedando por determinar si para el año 2017 el demandante cumplía con los requisitos establecidos en la norma convencional para acceder a la pensión de jubilación reclamada.

Precisado lo anterior, frente al presupuesto de causación, esto es, el tiempo de servicios, se encuentra acreditado en autos que el demandante laboró para las siguientes entidades conforme lo señala la CERTIFICACIÓN ELECTRONICA DE TIEMPOS LABORADOS -CETIL- así (*Archivo 1 expediente digital, págs. 11 a 41)*:

- Departamento de Santander

Desde (DD-MM-AAAA)	Hasta (DD-MM-AAAA)	Tipo de Vinculación	Tipo de Empleado	Cargo
01-08-1980	01-08-1981	LABORAL	PÚBLICO	Director

- Secretaria Distrital de Salud

Desde (DD-MM-AAAA)	Hasta (DD-MM-AAAA)	Tipo de Vinculación	Tipo de Empleado	Cargo
21-10-1981	31-07-1986	LABORAL	PÚBLICO	Médico
02-01-1984	17-02-1984	INTERRUPCIÓN		
17-02-1986	13-03-1986	INTERRUPCIÓN		

- Caja de Previsión Social de Comunicaciones

Desde (DD-MM-AAAA)	Hasta (DD-MM-AAAA)	Tipo de Vinculación	Tipo de Empleado	Cargo
11-02-1985	31-07-1986	LABORAL	PÚBLICO	Médico Especialista
04-07-1985	05-07-1985	INTERRUPCIÓN		
08-08-1985	08-08-1985	INTERRUPCIÓN		
12-08-1985	16-08-1985	INTERRUPCIÓN		
05-11-1985	26-11-1985	INTERRUPCIÓN		
17-02-1986	13-03-1986	INTERRUPCIÓN		

- INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Desde (DD-MM-AAAA)	Hasta (DD-MM-AAAA)	Tipo de Vinculación	Tipo de Empleado	Cargo
01-08-1986	31-03-1997	LABORAL	PÚBLICO	Médico Especialista
12-06-1995	23-06-1995	INTERRUPCIÓN		
18-06-1996	28-06-1996	INTERRUPCIÓN		
01-04-1997	25-06-2003	LABORAL	OFICIAL	Médico Especialista
09-06-2000	08-07-2000	INTERRUPCIÓN		

- ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO

Desde (DD-MM-AAAA)	Hasta (DD-MM-AAAA)	Tipo de Vinculación	Tipo de Empleado	Cargo
26-06-2003	03-01-2008	LABORAL	PÚBLICO	Médico Especialista
01-03-2007	30-03-2007	INTERRUPCIÓN		

De este modo, parte la Sala por estudiar lo que toca a la naturaleza jurídica de las vinculaciones de los servidores del Instituto de Seguros Sociales, precisándose ya ha tenido oportunidad la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de precisar que tales funcionarios por regla general,

primero fueron funcionarios de la seguridad social y luego, trabajadores oficiales.

Así, en la sentencia CSJ SL6494 – 2015[4] y siguiendo lo dispuesto en la sentencia CC C-579-96, cuyos efectos fueron hacia el futuro **a partir del 20 de noviembre de 1996**, se precisó que quienes se vincularon con anterioridad a esta fecha eran funcionarios de la seguridad social. Estos, a su vez, según lo disponía el artículo 3° del Decreto 1651 de 1977, declarado parcialmente inexequible en aquella providencia, se entendían vinculados a través de una relación legal y reglamentaria y, por lo mismo, no propiamente contractual, por lo que eran una categoría especial denominada empleados públicos de la seguridad social, sin perjuicio de las excepciones contempladas en ese precepto, para quienes cumplían funciones relacionadas con el aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte, caso en el que sí podían ser considerados trabajadores oficiales.

Así pues, solo desde el 20 de noviembre de 1996, cuando se emitió la decisión de constitucionalidad, es que pueden considerarse trabajadores oficiales de acuerdo con la regla estipulada en el inciso 2° del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 y demás normas que reglamentan la estructura interna del ISS. Así lo explicó la Corporación:

> *«Así las cosas, en principio, le corresponde a la Sala determinar qué calidad tuvo el accionante durante el tiempo que prestó sus servicios a las accionadas, para lo cual, resulta procedente efectuar un recuento de las disposiciones más relevantes que definieron el régimen legal de los servidores del ISS, a partir de la expedición del citado D. 1651/1977, que en su art. 3º, al referirse a la clasificación de los funcionarios al servicio del dicho instituto, determinó:*
>
> *Art. 3º.- Funcionarios. Serán empleados de libre nombramiento y remoción, el Director General del Instituto, el Secretario General, los Subdirectores y Gerentes Seccionales de la entidad. Tales funcionarios se sujetarán a las normas generales que rigen para los funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público.*
>
> *Las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán funcionarios de la seguridad social, con excepción de las personas que cumplan las funciones relacionadas en las siguientes actividades, que serán trabajadores oficiales: Aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado, transporte.*

[4] Reiterada entre otras muchas, en las sentencias CSJ SL17783-2016, CSJ SL2081-2018, CSJ SL4119-2021, CSJ SL795-2022 y CSJ SL3281-2022.

Los funcionarios de seguridad social estarán vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, (...). (Resaltado fuera del texto original).

Posteriormente, mediante el art. 1º del D. 2148/1992, se modificó la naturaleza jurídica del ISS, al establecer que en adelante funcionaría como una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculado al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Así, en ejercicio de las facultades que le otorgó el num. 13 del art. 9º ibídem, el mencionado ente adoptó sus estatutos mediante el A. 003/1993, en cuyo art. 33 clasificó a sus servidores en los siguientes términos:

Art. 33.- Son empleados públicos:
1. El Presidente del Instituto;
2. El Secretario General;
3. Los Subdirectores Nacionales;
4. Los Jefes de Oficina Nacional, Seccional o Local;
5. Los Asistentes de la Dirección General;
6. Los Gerentes Seccionales;
7. Los Subgerentes Seccionales;
8. Los Secretarios Generales Seccionales;
9. Los Directores de Unidad Programática Institucional;
10. Los Directores de Unidad Programática Local;
11. Los Directores de Unidad Programática Zonal;
12. Los directores de Unidad Programática de Naturaleza Especial;
13. Los Jefes de División del Nivel Nacional, Seccional y de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal;
14. Los Jefes de Departamento de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal;
15. Los Jefes de Servicio de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal;
16. Los Directores de Clínica u Hospital;
17. Los Coordinadores de Servicios Asistenciales;
18. Los Aprendices;
19. Los Capellanes, y
20. Los practicantes.
Parágrafo Transitorio. Los demás servidores del Instituto conservarán su carácter de funcionarios de la seguridad social o trabajadores oficiales, hasta tanto se adopte la estructura y la planta de personal.

Por su parte, el parágrafo del art. 235 de la L. 100/1993, determinó que los trabajadores del ISS, mantendrían el carácter de empleados de la seguridad social y en el art. 275 ibídem, se definió a esa entidad como una Empresa Industrial y Comercial del Estado y se señaló que «el régimen de sus cargos sería el contemplado en el Decreto 1651 de 1977».

Por su parte, el art. 1º del D. 1754/1994, refirió textualmente:

El artículo 33 del Acuerdo 003 de 1993, quedará así:
Artículo 33. Clasificación de los servidores del Instituto. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos, funcionarios de seguridad social y trabajadores oficiales.

Son empleados públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la Planta de Personal del ISS:

Presidente del Instituto, Secretario General, Vicepresidente, Gerente I, Gerente II, Gerente III, Gerente IV, Gerente V, Gerente VI, Gerente VII, Gerente VIII, Gerente IX, Gerente X, Gerente XI, Asesor y Director I y Director II.

Son Funcionarios de Seguridad Social discrecionales, las personas que desempeñen los cargos que a continuación se señalan:

Gerente Grado 38 y Gerente Grado 39, Secretario Seccional, Director Grado 38 y Grado 39, Jefe de Departamento, Subgerente, Coordinador, Jefe de Unidad, Jefe de Sección, Jefe de Grupo, Aprendiz, Capellán, Practicante, Técnico de Servicios Asistenciales Administrativos (regente de farmacia), Técnico de Servicios Administrativos (Almacenista, Administrador Hospitalario, Banca, Finanzas, Comercio, Ventas, Informática, Mercadeo), Funcionario de Auditoría, Técnico de Mantenimiento (de equipo médico y odontológico, de máquinas y equipos, mecánica, electricidad, supervisor de obra).

Igualmente son cargos discrecionales los de despachos de los empleados públicos. Son cargos de carrera de Funcionarios de Seguridad Social los demás.

Son Trabajadores Oficiales las personas que desempeñan en el Instituto los cargos que a continuación se señalan:

Ayudante (Operador de Calderas, Operador de Máquinas, Acarreador, ascensorista, Empacador, Aseo, Cafetería, Lavandería y Ropería, Mantenimiento, Alimentación a Pacientes, Jardinero, Cocina), Conductor, Mecánico de Ambulancias y Portero.

Empero, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-579/1996, declaró inexequibles, el parágrafo del art. 235 de la L. 100 /1993 y el inc. 2º del art. 3º del D.L. 1651/1977 citado. Dicha providencia estableció en su parte resolutiva que sólo produciría efectos hacia el futuro, a partir de su ejecutoria.

***Finalmente, el art. 1º del A. 145/1997, expedido por el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el D. 416 /1997, dispuso**:*
Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales.

A. Son empleados Públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la planta de personal del ISS:
1. Presidente del Instituto.
2. Secretario General y Seccional.
3. Vicepresidente.
4. Gerente.
5. Director.
6. Asesor.
7. Jefe de Departamento.
8. Jefe de Unidad.
9. Subgerente.
10. Coordinadores Clase I, II, III, IV y V.
11. Jefe de Sección.
12. Funcionarios profesionales de Auditoría Interna, Disciplinaria, Calidad de Servicios de Salud y Contratación de Servicios de Salud.
13. Los Servidores Profesionales y Secretarias Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.
*"**B. Son Trabajadores Oficiales, las personas que desempeñen en el Instituto los demás cargos.*** (Resalta la Sala).

En tal sentido, siempre que el servicio como trabajador del ISS, en los términos expuestos, se haya prestado entre el 05 de agosto de 1977[5] y el 20 de noviembre de 1996 - sentencia C-579 de 1996, este se entenderá que ostentó la calidad de funcionario de la seguridad social vinculado a través de una relación legal y reglamentaria, o lo que es lo mismo, empleado público, pues **sólo a partir de los efectos de la mencionada sentencia de constitucionalidad, tal cargo pasó a considerarse como trabajador oficial.**

Así las cosas, se tiene que conforme a lo inicialmente explicado por vía jurisprudencial, al haber ostentado el demandante el cargo de MEDICO desde el 1 de enero de 1986 y hasta el 25 de junio del 2003 en el Instituto de Seguros Sociales, esto es, en un lapso anterior a los efectos mencionados en la sentencia C-579 de 1996, es claro que tuvo la calidad de **FUNCIONARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL o EMPLEADA PÚBLICA del 1° de enero 1986 y hasta el 19 de noviembre de 1996** y como TRABAJADOR OFICIAL del 20 de noviembre de 1996 hasta el 25 de junio del 2003.

Razón por la cual, para efectos de la pensión aquí reclamada, solo se puede tener en cuenta el último de los periodos citados en el cual ostentó la calidad de TRABAJADOR OFICIAL, es decir, del **20 de noviembre de 1996 al 8 de junio del 2000 y del 9 de julio del 2000 al 25 de junio del 2003** (*conforme lo certificado por el CETIL tuvo una interrupción del 9 de junio del 2000 al 8 de julio del 2000 pág. 30 Archivo 1 expediente digital),* esto es, por espacio de 2346 días, equivalentes a **6 años, 6 meses y 5 días.**

Ahora, en el artículo 98 del acuerdo extralegal celebrado entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL -SINTRASEGURIDAD SOCIAL, establece (página 66, archivo 01, expediente digital):

> *"**ARTÍCULO 98. PENSION DE JUBILACIÓN***
>
> *El Trabajador Oficial que cumpla **veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto** y llegue a la edad de cincuenta y cinco **(55) años si es hombre** y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de*

[5] Fecha de publicación en el Diario Oficial No. 34.840 del Decreto 1653 de 1977.

jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.
(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.
(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de los percibido en los cuatro últimos años de servicio.

Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración:

a. Asignación básica mensual
b. Prima de servicios y vacaciones
c. Auxilio de alimentación y transporte
d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras
e. Valor del trabajo en días dominicales y feriados

No obstante, lo anterior cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y de vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento (100%) del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez. (…)".

A su vez el articulo 101 de la citada norma convencional establece:

ARTICULO 101. ACUMULACION DE TIEMPO DE SERVICIOS

Los servicios prestados sucesiva o alternativamente en las demás entidades de derecho público podrá acumularse para el cómputo del tiempo requerido para poder tener derecho a pensión de jubilación y el monto correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo laboral en cada una de tales entidades.

En este caso, la cuantía de la pensión será del 75% del promedio de lo percibido en el último año de servicios por concepto de todos los factores de remuneración que constituyen salario.

Del contenido de la norma convencional arriba transcrita, se extrae que el beneficiario de dicha cláusula debe cumplir el tiempo de servicio -**20 años**- en calidad de **trabajador oficial** tanto en el ISS como en cualquier entidad de derecho público, presupuesto indispensable para acceder al derecho pensional, precisándose si bien el accionante como inicialmente se anotó presto sus servicios además del ISS en la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD (Médico), CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES (Medico Especialista) y DEPARTAMENTO DEL SANTANDER (Director) lo hizo en

calidad de empleado público conforme se señala en los respectivos CETIL, por ende tan solo ostento como trabajador oficial al servicio del ISS **6 años, 6 meses y 5 días**, y en ese orden de ideas es claro que no cumple con los requisitos para ser beneficiario de la pensión convencional solicitada.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia SL3170-2022, Radicación No. 91073 del 6 de septiembre de 2022 señaló:

> *"Nótese cómo el texto transcrito determina que la condición de trabajador oficial es la que da lugar a la pensión, luego,* ***otros servicios prestados al ISS, en virtud de otras formas de vinculación, no pueden generar el acceso a tal prestación****. Frente a la misma condición, véase lo expuesto en CSJ SL1463-2022, pronunciamiento dictado en un proceso en el que se pretendía similar pensión convencional para quien no cumplió los 20 años de servicios como trabajadora oficial:*
>
> > *´... En efecto, como se dejó claro en la demanda y en la sentencia del Tribunal, hecho que además la censura aduce no discutir, se insiste, la demandante prestó sus servicios en dos distintas oportunidades al ISS, la primera de ellas, del 11 de julio de 1988 al 10 de julio de 1989 cuando lo hizo en calidad de empleada pública, lapso que, por ende, no puede computarse para efectos de satisfacer las exigencias de la cláusula convencional, toda vez que a ese tipo de servidores no se les aplican las convenciones colectivas de trabajo.* ***Aunado a que el precepto convencional es palmario en establecer que los 20 años deben ser en calidad de trabajador oficial, pues su artículo 98 disponía: "El Trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto (…)".***
> >
> > *En consecuencia, solamente el tiempo en que fue trabajadora oficial, es decir, del 23 de septiembre de 1993 al 31 de marzo de 2013, podía contabilizarse para los efectos prestacionales, lapso que no suman los 20 años exigidos como requisito de temporalidad para lograr la pensión de jubilación convencional. ´*
>
> *En consecuencia, solamente el tiempo en que fue trabajadora oficial, es decir, del 23 de septiembre de 1993 al 31 de marzo de 2013, podía contabilizarse para los efectos prestacionales, lapso que no suman los 20 años exigidos como requisito de temporalidad para lograr la pensión de jubilación convencional.*
>
> *Lo anterior porque como lo concluyó el Consejo de Estado en sentencia* ***05001233100020080089201 (15312012), proferida el 14 de diciembre de 2015:***
>
> *«[…] es evidente que los empleados públicos se encuentran en una situación diferente a la de los trabajadores oficiales y particulares respecto al derecho de negociación de los salarios y prestaciones sociales, toda vez que en la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas sobre tales materias no se puede afectar la facultad que la Constitución Política confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Por lo anterior, los empleados públicos no podrán beneficiarse de las "convenciones colectivas de trabajo" previstas para los trabajadores oficiales y particulares.»*
>
> *En los términos de la sentencia traída a colación, los servicios que prestó Patricia Bustos Rosales como servidora vinculada a través de vínculo legal y*

> *reglamentario (f.º 65, cuaderno de primera instancia) no pueden sumarse a los que prestó como trabajadora oficial. Téngase en cuenta que el embate reconoce que la recurrente no fue trabajadora oficial entre las fechas ya consignadas a lo largo de esta sentencia. Por ende, el Tribunal no cometió los dislates fácticos relativos a la situación pensional de la accionante, porque a falta de esos tiempos laborados como empleada pública —que según el folio últimamente indicado fueron 20 meses—, ella no alcanzó a acumular 20 años de servicios, de manera que, en ese aspecto, no puede casarse la sentencia.*
>
> *Tampoco considera la Sala que la integración del artículo 101 de la convención colectiva de trabajo 2001-2004 revierta la decisión del Tribunal, pues es una cláusula que regula una situación diferente de la que aquí se debate, esto es, cuando un trabajador oficial del ISS pretende sumar tiempos de servicios prestados en otras entidades de derecho público, que no fue lo invocado desde la demanda inicial.*
>
> ***Ni siquiera es posible darle el alcance que a esta última norma le quiere otorgar la casacionista, cuando dice que la lectura conjunta de los artículos 98 y 101 de la convención permite entender que se pueden sumar tiempos servidos en condición distinta a la de trabajadora oficial, dado que una cosa es que en la convención se acordó aprovechar vinculaciones con terceros para causar la pensión, pero eso no significa que la empleadora y el sindicato hayan acordado que otras «calidades» de servicios prestados a la misma entidad pudieran ser tenidas en cuenta. Esta es una deducción de la casacionista que carece de soporte, pues no es un acuerdo que emerja del texto del artículo convencional.****" (Subrayado por la Sala).*

De esta manera, la decisión de primer grado deberá ser revocada, advirtiéndose por sustracción de materia la apelación de la parte actora no será objeto de estudio por esta instancia.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio del recurso de apelación interpuesto por la UGPP y el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, se revocará la sentencia de primera instancia conforme a las consideraciones expuestas.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

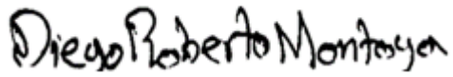
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

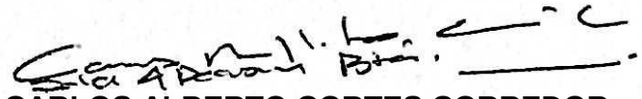
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** a la UGPP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **RAFAEL GUILLERMO PERERIA SORZANO.**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

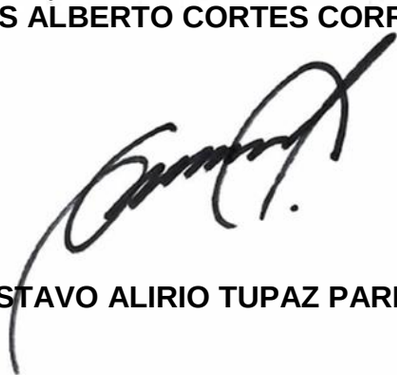
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HERMINSO GARCÍA AYALA CONTRA MAGNUS SEGURIDAD LTDA. (RAD. 24 2020 00039 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante de la sentencia proferida por la Juez 24 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 9 de febrero de 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 7, Récord: 25:01),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor **HERMINSO GARCIA AYALA** y **MAGNUS SEGURIDAD LTDA**, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de noviembre de 2015 y el 5 de septiembre de 2018, el cual terminó de manera unilateral y con justa causa en virtud del cual, el demandante desempeño el cargo de guarda de seguridad, devengo como último salario, la suma de $1'162.000 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER** a **MAGNUS SEGURIDAD LTDA** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante señor **HERMINSO GARCIA AYALA**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** en costas al demandante a favor de la demandada, para lo cual se estiman las agencias en derecho de $50.000 liquídense por secretaria en la oportunidad procesal correspondiente.*
>
> ***CUARTO:** En el evento que no se interponga recurso de apelación contra la presente sentencia por parte del actor remítase el expediente para que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor del actor por haberle sido desfavorable la sentencia en los términos del artículo 69 CPTSS."*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, a lo cual procede previa la constatación de inexistencia de causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme a las siguientes:

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante HERMINSO GARCIA AYALA en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones consignadas en la demanda página 36 (Archivo 1 expediente virtual), **las cuales encuentran sustento en los hechos relatados en la página 4 (ibidem)**, solicitando el pago de la indemnización por despido sin justa causa, la indexación de la suma adeudada, derechos *ultra y extra petita,* y costas del proceso. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante**, tras considerar el a quo, que con el acta de descargos y la carta de terminación del contrato, la demanda acreditó que en efecto la finalización del vínculo se dio por una justa causa, la cual fue aceptada por el demandante quien también acepto que el quedarse dormido en su puesto de trabajo constituía una falta grave, conociendo de antemano la falta. Asimismo, estimó, el demandante tenía suficiente conocimiento de las funciones a desempeñar, por lo que la conducta por el desplegada deja en evidencia el incumplimiento de las funciones a su cargo, encontrándose entonces, una justa causa de terminación del contrato de trabajo.

Así las cosas, previo a analizar de fondo la presente litis, es menester precisar, no fue motivo de controversia la existencia de la relación laboral entre las partes, desarrollada del 1° de noviembre del 2015 al 5 de septiembre del 2018, devengando el actor el cargo de GUARDA DE SEGURIDAD y con un ultimo salario de $1.162.000, pues así fue aceptado por la demandada y se corrobora con el contrato suscrito entre las partes y la carta de despido (Archivo 3 expediente digital, págs. 2 a 8, 17, 18 y 30)

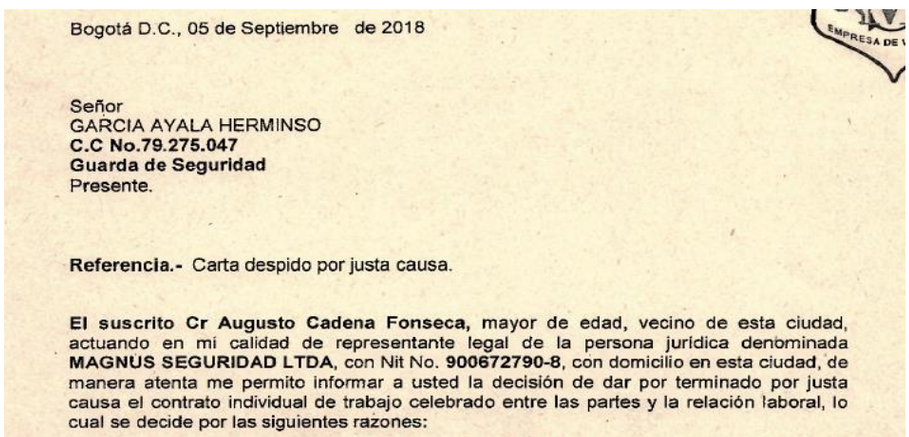
De conformidad con lo anterior, en los términos expuestos en el libelo por medio del cual se pretende el pago de la indemnización por despido sin justa causa, conviene memorar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., "*En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento 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, al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa.[1]

En este orden de ideas, dentro del presente asunto 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, concretamente, si el actor incurrió en el incumplimiento de sus obligaciones al quedarse dormido en su puesto de trabajo.

De tal suerte, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada, en comunicación calendada del 5 de septiembre del 2018 (páginas 17 y 18 Archivo 03 expediente virtual), de la que se tiene certeza fue entregada por la demandada al accionante, dado que tiene la suscripción de recibido por parte del actor, misiva en la que se señalaron como causas del despido las siguientes:



Bogotá D.C., 05 de Septiembre de 2018

Señor
GARCIA AYALA HERMINSO
C.C No.79.275.047
Guarda de Seguridad
Presente.

Referencia.- Carta despido por justa causa.

El suscrito Cr Augusto Cadena Fonseca, mayor de edad, vecino de esta ciudad, actuando en mi calidad de representante legal de la persona jurídica denominada **MAGNUS SEGURIDAD LTDA**, con Nit No. **900672790-8**, con domicilio en esta ciudad, de manera atenta me permito informar a usted la decisión de dar por terminado por justa causa el contrato individual de trabajo celebrado entre las partes y la relación laboral, lo cual se decide por las siguientes razones:

[1] *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…"*

Primera.- Con fecha del día 24 de Agosto de **2018** se recibió informe del Supervisor Henao, en el cual expresa que usted estaba dormido en horas laborales. El informe dice textualmente "me permito informar que el guarda en mención en la revista de las 01:05AM del día 24 /08/2018 lo encuentro prestando el servicio dormido cabe anota que es preocupante porque dicha unidad tiene asignado arma.

Segunda.- Por los hechos ya relatados , Usted tuvo la oportunidad de dar explicación sobre este hecho y la versión que usted rindió sobre los mismos fue la siguiente , transcribo su respuesta " yo estaba muy pendiente y salí varias veces a recorrido me puse a escuchar un programa de radio y de repente me domino el sueño , el sueño es muy traicionero".

Tercera.- En los descargos que presentó en el área de Talento Humano el día 05 de Septiembre usted acepta que efectivamente se quedó dormido en e puestl puesto de trabajo durante la jornada de trabajo.

Cuarta .En la misma diligencia acepta que es una falta grave quedarse dormido y que tiene conocimiento de esta falta.

Por lo descrito anteriormente, esta empleadora considera que existen suficientes razones para terminar por justa causa su contrato individual de trabajo, pues su comportamiento personal no demuestra responsabilidad frente a la necesidad de cubrir adecuadamente y con disciplina el puesto de trabajo, pues Usted no fue contratado para dormir sino para custodiar los bienes que el cliente a depositado bajo nuestra responsabilidad. Usted como guarda tiene que estar alerta en todo momento pues un descuido provocado por el hecho de quedarse dormido ocasiona no solo una mala imagen para la Empresa sino que se pone en riesgo usted y coloca en riesgo a sus compañeros y los bienes que

Su conducta se encuadra en lo regulado en los artículos **58** numeral **1**; y **62**, literal A, numeral **6** del CST.

Por lo anterior, su último día de trabajo es el día 05 de Septiembre de 2018, para todos los efectos legales.

Atentamente,

Cr. Augusto Cadena Fonseca
Representante Legal

Conforme lo anterior, es claro que lo que motivó el despido del convocante a juicio fue el presunto incumplimiento a sus obligaciones como GUARDA DE SEGURIDAD al quedarse dormido en su turno de trabajo portando el arma que le fue asignada.

En ese orden, frente a los hechos invocados en la misiva de despido, se advierte, la accionada dio apertura al proceso disciplinario el 24 de agosto del 2018 invocando como causa "*Encontrarse dormido en servicio",* relacionando la situación fáctica acaecida y la versión del actor (Pág. 14 Archivo 03 expediente digital):

RELACIONE LOS HECHOS

ME PERMITO INFORMAR QUE EL GUARDA EN MENCION EN LA REVISTA DE LAS 01:05 AM DEL DIA 24/08/18 LO ENCUENTRO PRESTANDO EL SERVICIO DORMIDO CABE ANOTAR QUE ES PROCUPANTE PORQUE DICHA UNIDAD TIENE ASIGNADO ARMA

VERSION INMEDIATA DEL COLABORADOR

yo estaba muy pendiente y sali varias veces a recorrido me puse a escuchar un programa de radio y de repente me domino el Sueño, el Sueño es muy Traicionero.

Elaborado Por: | Colaborador: | Testigo:
Supervisor: | Nombre: Herminso Garcia | Nombre:
Nombre: HENAO ALEJANDRO | CC 79275.047 BTA | Cc:
Citar e descargos | si | No | Fecha de la citacion | DD MM AA
Lugar: Talento Humano | Dirección | Calle 139 No 49-45
Firma de recibido

Luego, en diligencia de descargos adelantada el 5 de septiembre del 2018 (páginas 15 y 16 archivo 03 Expediente Virtual), sobre los hechos enunciados en la citación, quedó consignado lo siguiente:

ACTA DE DESCARGOS

En Bogotá D.C. a los 05 días del mes de Septiembre Agosto de 2018, estando dentro de la hora de las 03:41PM dentro de la INVESTIGACION DISCIPLINARIA PRELIMINAR, la Dirección de Talento Humano División Disciplinaria, se constituye en AUDIENCIA CON EL OBJETO DE ESCUCHAR EN DESCARGOS al Guarda
Nombre: HERMINSO GARCIA AYALA
IDENTIFICACION: 79.275.047 DE BOGOTA
Lugar actual de prestación de servicios: LOTE SAN JOSE
Estando presente en la diligencia de descargos el citado, se procede a interrogarlo sin el apremio del juramento toda vez que no es una diligencia de carácter judicial, pero si se le conmina para que todo lo que exprese sobre los hechos por los cuales se investiga lo haga con toda la verdad y sin alejarse de la realidad de los hechos, las cláusulas del contrato, las normas estipuladas en el reglamento interno de trabajo, el Código Sustantivo del Trabajo, y en fin todas las normas de carácter legal y constitucional.
PREGUNTA: Sabe porque fue citado a esta diligencia de descargos
RESPUESTA: Si señora
PREGUNTA: Necesita que haya un testigo en esta diligencia
RESPUESTA: Si
El señor Rafael Valencia Diaz cedula 1023953391 de Bogota obra como testigo en esta diligencia
PREGUNTA: Recuerda la fecha en que entro a laborar a la Empresa.
RESPUESTA: 01 de noviembre de 2015 como que fue.
Se procede a leer los hechos que han ocasionado la apertura de este proceso disciplinario, informe presentado por el área de Operaciones. El informe dice "Me permito informar que el guardar en mención en la revista de la 01:05 AM del dia 24 de Agosto de 2018 lo encuentro prestando el servicio dormido cabe anotar que es preocupante porque dicha unidad tiene asignado arma.
PREGUNTA: Leído el informe que tiene que decir
RESPUESTA: Estaba realizando el ultimo tuno nocturno en el día no descanse lo normal por hacer diligencias médicas, reclamando medicina, me dieron un autorización en Kennedy y de ahí me enviaron a puente Aranda a hacer otra orden y luego busque la droguería en Kennedy luego de 2 horas de espera me despacharon parte de la formula quedando pendiente los otros medicamentos, llegue a la s2:00pm a la casa almorcé y me fui al trabajo.
PREGUNTA: Tiene usted asignada arma
RESPUESTA: Si una arma de fogueo. No me han enviado munición
PREGUNTA: Se quedó usted dormido en el puesto de trabajo durante su jornada de trabajo.
RESPUESTA, Por transcurso de 15 minutos.

PREGUNTA: Entiende usted que es una falta grave quedarse dormido en el puesto de trabajo.
RESPUESTA: Si tengo conocimiento de eso, pero siento sobrecarga laboral porque descansamos cada 8 turnos de 12 horas , porque realizamos 4 turnos diurnos de 12 horas y 4 nocturnos de 12 horas .
PREGUNTA: En donde estaba el arma mientras dormía.
RESPUESTA; En el cinto.
PREGUNTA: Tiene algo que agregar.
RESPUESTA: En la cita médica el medico propuso de darme una orden para laborar solo diurno yo le comente que era difícil porque era rotativo en todos los puestos y no quedo nada por escrito.

Finaliza la diligencia a las 03:59 PM

El Trabajador

Herminso Garcia A.

HERMINSO GARCIA AYALA
C.C. No. 79.275.047 DE BOGOTA

Se destaca de dicha diligencia adelantada por el MAGNUS SEGURIDAD LTDA, la aceptación de la ocurrencia de los hechos endilgados al demandante, esto es, que el actor se quedó dormido en su puesto de trabajo, situación que el accionante refirió sí sucedió.

De lo anterior es clara la admisión del demandante respecto a la comisión de las conductas atribuidas por la demandada.

Sumado a ello, al absolver el interrogatorio de parte, el demandante refirió que en efecto se quedó dormido prestando el servicio y que ello fue por sobrecarga laboral.

Ahora en el contrato de trabajo, se pactó lo siguiente (págs. 2 al 8 Archivo 3 expediente digital):

> ***CLAUSULA TERCERA: OBLIGACIONES ESPECIALES PARA VIGILANTES, ESCOLTAS DE SEGURIDAD, DIRECTORES O COORDINADORES DE SEGURIDAD AFINES Y SIMILARES***
>
> *…*
>
> *2) Mantener atención especial en el sitio donde presta sus servicios el EMPLEADOR.*
>
> *…*
>
> *7) Desplegar la mayor vigilancia posible sobre objetos, personas y bienes sometidos a la celaduría.*
>
> *(…)*
>
> ***CLAUSULA OCTAVA:*** *El incumplimiento de una cualquiera de las obligaciones, deberes y prohibiciones consignadas en el Código Sustantivo de Trabajo y en el presente documento, por una sola vez, será considerado como falta grave y dará derecho a EL EMPLEADOR para dar por terminado el presente contrato individual de trabajo con justa causa, conforme lo establecido en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7 del decreto ley 2351 de 1965, previo el debido proceso*

Así las cosas, en relación con la conducta desplegada por el actor -quedarse dormido durante su turno de trabajo- al plasmar su aceptación el señor HERMINSO GARCIA tanto en diligencia de descargos, como en interrogatorio de parte, no se hace necesario el análisis de otras circunstancias, toda vez que, a juicio de la Sala, basta con la confesión que este realiza de no haber actuado de manera diligente conforme se estipuló en el contrato de trabajo suscrito por

voluntad de las partes, conducta que se encuentra calificada como falta grave en el contrato de trabajo en tanto al quedarse dormido NO "*desplego la mayor vigilancia posible sobre objetos, personas y bienes sometidos a la celaduría"* obligación que tenía a su cargo, todo lo cual autorizaba al empleador para terminar el vínculo, con justa causa, de acuerdo con el numeral 6) del artículo 62 del C. S. del T., es decir: *"cualquier falta grave calificada como tal en pactos, o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos".*

En este punto, debe decirse, el juez laboral está eximido de calificar nuevamente la gravedad de la falta cometida por el trabajador, pues ya se ha establecido tal carácter en el contrato de trabajo, la cual por demás fue aceptada por el actor en los descargos, en donde refirió que sabía que el quedarse dormido constituía una falta grave, debiendo entonces simplemente dentro del presente asunto determinarse si los hechos realmente configuran la falta grave atribuida[2], tal y como acaeció en autos.

Aun más, en gracia a la discusión, valga también considerar con la conducta desplegada por el promotor del litigio se incurrió en una grave negligencia que da lugar a que opere la terminación del vínculo con justa causa, toda vez, que faltó a su deber de cuidado del lugar y de los objetos que estaban bajo su custodia, conducta que adquiere mayor relevancia, si se tiene en cuenta el cargo desempeñado por el actor pues era el encargado de la vigilancia de la empresa, de modo que el quedarse dormido teniendo en cuenta que justamente es el **guarda de seguridad** resulta inadmisible, pues le resta capacidad laboral, idoneidad, y confianza, destacándose que en orden a tipificar la causal de negligencia aducida por la demandada en su carta de despido lo que importa es la conducta misma y no los resultados que ocasionan su actuar, bien por acción u omisión, bastando con

[2] *Al tema puede consultarse la Sala de Casación Laboral en Sentencia de radicado 4005 de 31 de enero de 1991 "… la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquellos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que, si se califican en ellos de grave, constituye justa causa para fenecer el contrato; no puede, entonces, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los mencionados artículos 58 y 60 del Código sustantivo del trabajo (…) lo importante es que el asalariado incurrió en una de las faltas calificadas de graves por el contrato de trabajo, sin importar si ella produjo daño o beneficio para la entidad patronal. La función judicial ha debido limitarse a establecer si los hechos demostrados constituían la causal alegada o no la configuraban, pero no le competía calificar de leve la falta cometida por el trabajador, cuando la misma estaba consagrada como de carácter grave por las partes en el referido contrato (…)"*

demostrar el peligro creado por el sujeto subordinado, para que se configure la causal que para esta Corporación en efecto se ha de calificar como grave.

De esta manera, lo que se aprecia es que el demandante con su actuar incurrió en las causales previstas en la ley, reseñadas por la accionada en la misiva de terminación del contrato, esto es, la del artículo 58 numeral 1:

> **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.

Reiterando, es indiferente para la configuración de la justa causa, el que con la comisión de la conducta se haya o no producido un perjuicio o daño al empleador, pues basta con que esta se encuentre calificada por las partes como grave, como aquí aconteció. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 38855 del 28 de agosto de 2012, expuso:

> *"Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que, si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T.* ***Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves*** *por el reglamento interno de trabajo,* ***sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal****."*

Es importante agregar, para que se configure la falta grave o grave negligencia, no se requiere que efectivamente se haya ocasionado un daño, perjuicio económico o beneficio para el empleador, señalando además, la grave negligencia no se encuentra condicionada al "*animus nocendi*" (intención de causar daño) del trabajador, por lo que cumplidos los presupuestos de gravedad objetiva de la violación legal o previa calificación de la misma, puede sobrevenir lícitamente la

extinción del nexo jurídico-laboral a causa de negligencia o descuido culposo y no necesariamente por dolo del infractor[3].

En suma, las razones expuestas permiten concluir que el despido del que fue objeto el promotor del litigio se dio con justa causa, agotándose de esta manera la competencia de la Sala, y por arribarse a las mismas conclusiones a las que llegó la Juez de primera instancia, se impone la confirmación de la sentencia consultada.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

[3] Sobre el tema pueden consultarse las sentencias CSJ SL 14 ago. 2012, rad. 39518, reiterada en sentencia SL2089 de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DRA.
RADICADO: 2620210026301
DEMANDANTE : LUZ HELENA MARIA MONTOYA
DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	***1a. INSTANCIA***	***2a. INSTANCIA***
		30/06/2023

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: *Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) de la demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante los últimos diez años actualizado, inlcxuyendo CICLOS DOBLES hasta el tope de los 25 smmlv, para obtener el valor de la primera mesada.*

Año 2010

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***
04/11/10	***30/11/10***	*27*	*3.095.000,00*	*103.166,67*	*$ 2.785.500,0*
01/12/10	***31/12/10***	*30*	*3.188.000,00*	*106.266,67*	*$ 3.188.000,0*
Total días		*57*			*$ 5.973.500,0*

Año 2011

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***
01/01/11	***31/01/11***	*30*	*3.188.000,00*	*106.266,67*	*$ 3.188.000,0*
01/02/11	***28/02/11***	*30*	*3.188.000,00*	*106.266,67*	*$ 3.188.000,0*
01/03/11	***31/03/11***	*30*	*3.188.000,00*	*106.266,67*	*$ 3.188.000,0*
01/04/11	***30/04/11***	*30*	*3.188.000,00*	*106.266,67*	*$ 3.188.000,0*
01/05/11	***31/05/11***	*30*	*6.915.000,00*	*230.500,00*	*$ 6.915.000,0*
01/06/11	***30/06/11***	*30*	*850.000,00*	*28.333,33*	*$ 850.000,0*
01/07/11	***31/07/11***	*30*	*3.168.000,00*	*105.600,00*	*$ 3.168.000,0*
01/08/11	***31/08/11***	*30*	*3.188.000,00*	*106.266,67*	*$ 3.188.000,0*
01/09/11	***30/09/11***	*30*	*3.188.000,00*	*106.266,67*	*$ 3.188.000,0*
01/10/11	***31/10/11***	*30*	*3.188.000,00*	*106.266,67*	*$ 3.188.000,0*
01/11/11	***30/11/11***	*30*	*3.283.000,00*	*109.433,33*	*$ 3.283.000,0*
01/12/11	***31/12/11***	*30*	*3.283.000,00*	*109.433,33*	*$ 3.283.000,0*
Total días		*360*			*$ 39.815.000,0*

Año 2012

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***
01/01/12	***31/01/12***	*30*	*7.000.000,00*	*233.333,33*	*$ 7.000.000,0*
01/02/12	***29/02/12***	*30*	*3.283.000,00*	*109.433,33*	*$ 3.283.000,0*
01/03/12	***31/03/12***	*30*	*1.313.000,00*	*43.766,67*	*$ 1.313.000,0*
01/04/12	***30/04/12***	*30*	*3.283.000,00*	*109.433,33*	*$ 3.283.000,0*
01/05/12	***31/05/12***	*30*	*3.283.000,00*	*109.433,33*	*$ 3.283.000,0*
01/06/12	***30/06/12***	*30*	*3.283.000,00*	*109.433,33*	*$ 3.283.000,0*
01/07/12	***31/07/12***	*30*	*3.283.000,00*	*109.433,33*	*$ 3.283.000,0*
01/08/12	***31/08/12***	*30*	*3.283.000,00*	*109.433,33*	*$ 3.283.000,0*
01/09/12	***30/09/12***	*30*	*3.283.000,00*	*109.433,33*	*$ 3.283.000,0*
01/10/12	***31/10/12***	*30*	*3.283.000,00*	*109.433,33*	*$ 3.283.000,0*
01/11/12	***30/11/12***	*30*	*3.283.000,00*	*109.433,33*	*$ 3.283.000,0*
01/12/12	***31/12/12***	*30*	*3.283.000,00*	*109.433,33*	*$ 3.283.000,0*
Total días		*360*			*$ 41.143.000,0*

Año 2013

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***
01/01/13	***31/01/13***	*30*	*3.283.000,00*	*109.433,33*	*$ 3.283.000,0*
01/02/13	***28/02/13***	*30*	*3.508.000,00*	*116.933,33*	*$ 3.508.000,0*
01/03/13	***31/03/13***	*30*	*3.508.000,00*	*116.933,33*	*$ 3.508.000,0*
01/04/13	***30/04/13***	*30*	*3.508.000,00*	*116.933,33*	*$ 3.508.000,0*
01/05/13	***31/05/13***	*30*	*3.449.000,00*	*114.966,67*	*$ 3.449.000,0*
01/06/13	***30/06/13***	*30*	*3.508.000,00*	*116.933,33*	*$ 3.508.000,0*
01/07/13	***31/07/13***	*30*	*4.930.000,00*	*164.333,33*	*$ 4.930.000,0*
01/08/13	***31/08/13***	*30*	*5.488.000,00*	*182.933,33*	*$ 5.488.000,0*
01/09/13	***30/09/13***	*30*	*5.508.000,00*	*183.600,00*	*$ 5.508.000,0*
01/10/13	***31/10/13***	*30*	*5.508.000,00*	*183.600,00*	*$ 5.508.000,0*
01/11/13	***30/11/13***	*30*	*5.508.000,00*	*183.600,00*	*$ 5.508.000,0*
01/12/13	***31/12/13***	*30*	*5.508.000,00*	*183.600,00*	*$ 5.508.000,0*
Total días		*360*			*$ 53.214.000,0*

Año 2014

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***
01/01/14	***31/01/14***	*30*	*5.633.000,00*	*187.766,67*	*$ 5.633.000,0*
01/02/14	***28/02/14***	*30*	*6.003.000,00*	*200.100,00*	*$ 6.003.000,0*
01/03/14	***31/03/14***	*30*	*6.040.000,00*	*201.333,33*	*$ 6.040.000,0*

01/04/14	**30/04/14**	30	6.662.000,00	222.066,67	$ 6.662.000,0
01/05/14	**31/05/14**	30	5.029.000,00	167.633,33	$ 5.029.000,0
01/06/14	**30/06/14**	30	5.111.000,00	170.366,67	$ 5.111.000,0
01/07/14	**31/07/14**	30	5.594.000,00	186.466,67	$ 5.594.000,0
01/08/14	**31/08/14**	30	5.284.000,00	176.133,33	$ 5.284.000,0
01/09/14	**30/09/14**	30	5.650.000,00	188.333,33	$ 5.650.000,0
01/10/14	**31/10/14**	30	5.654.000,00	188.466,67	$ 5.654.000,0
01/11/14	**30/11/14**	30	4.588.000,00	152.933,33	$ 4.588.000,0
01/12/14	**31/12/14**	30	6.393.000,00	213.100,00	$ 6.393.000,0
Total días		360			$ 67.641.000,0

Año 2015

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual
01/01/15	**31/01/15**	30	15.399.000,00	513.300,00	$ 15.399.000,0
01/02/15	**28/02/15**	30	16.108.750,00	536.958,33	$ 16.108.750,0
01/03/15	**31/03/15**	30	16.108.750,00	536.958,33	$ 16.108.750,0
01/04/15	**30/04/15**	30	16.108.750,00	536.958,33	$ 16.108.750,0
01/05/15	**31/05/15**	30	16.108.750,00	536.958,33	$ 16.108.750,0
01/06/15	**30/06/15**	30	16.108.750,00	536.958,33	$ 16.108.750,0
01/07/15	**31/07/15**	30	16.108.750,00	536.958,33	$ 16.108.750,0
01/08/15	**31/08/15**	30	16.108.750,00	536.958,33	$ 16.108.750,0
01/09/15	**30/09/15**	30	16.108.750,00	536.958,33	$ 16.108.750,0
01/10/15	**31/10/15**	30	16.108.750,00	536.958,33	$ 16.108.750,0
01/11/15	**30/11/15**	30	16.108.750,00	536.958,33	$ 16.108.750,0
01/12/15	**31/12/15**	30	15.942.116,67	531.403,89	$ 15.942.116,7
Total días		360			$ 192.428.616,7

Año 2016

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual
01/01/16	**31/01/16**	30	13.476.000,00	449.200,00	$ 13.476.000,0
01/02/16	**28/02/16**	30	10.188.000,00	339.600,00	$ 10.188.000,0
01/03/16	**31/03/16**	30	10.188.000,00	339.600,00	$ 10.188.000,0
01/04/16	**30/04/16**	30	10.188.000,00	339.600,00	$ 10.188.000,0
01/05/16	**31/05/16**	30	13.496.000,00	449.866,67	$ 13.496.000,0
01/06/16	**30/06/16**	30	13.476.000,00	449.200,00	$ 13.476.000,0
01/07/16	**31/07/16**	30	13.476.000,00	449.200,00	$ 13.476.000,0
01/08/16	**31/08/16**	30	13.395.000,00	446.500,00	$ 13.395.000,0
01/09/16	**30/09/16**	30	9.948.100,00	331.603,33	$ 9.948.100,0
01/10/16	**31/10/16**	30	13.395.000,00	446.500,00	$ 13.395.000,0
01/11/16	**30/11/16**	30	10.319.000,00	343.966,67	$ 10.319.000,0
01/12/16	**31/12/16**	30	10.449.000,00	348.300,00	$ 10.449.000,0
Total días		360			$ 141.994.100,0

Año 2017

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual
01/01/17	**31/01/17**	30	12.891.466,67	429.715,56	$ 12.891.466,7
01/02/17	**28/02/17**	30	8.606.721,00	286.890,70	$ 8.606.721,0
01/03/17	**31/03/17**	30	13.742.721,00	458.090,70	$ 13.742.721,0
01/04/17	**30/04/17**	30	12.463.148,67	415.438,29	$ 12.463.148,7
01/05/17	**31/05/17**	30	10.719.063,53	357.302,12	$ 10.719.063,5
01/06/17	**30/06/17**	30	9.567.446,20	318.914,87	$ 9.567.446,2
01/07/17	**31/07/17**	30	10.207.233,20	340.241,11	$ 10.207.233,2
01/08/17	**31/08/17**	30	10.463.148,00	348.771,60	$ 10.463.148,0
01/09/17	**30/09/17**	30	11.358.849,80	378.628,33	$ 11.358.849,8
01/10/17	**31/10/17**	30	18.442.925,00	614.764,17	$ 18.442.925,0
01/11/17	**30/11/17**	30	18.442.630,00	614.754,33	$ 18.442.630,0
01/12/17	**31/12/17**	30	18.442.925,00	614.764,17	$ 18.442.925,0
Total días		360			$ 155.348.278,1

Año 2018

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual
01/01/18	**31/01/18**	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0
01/02/18	**28/02/18**	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0
01/03/18	**31/03/18**	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0
01/04/18	**30/04/18**	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0
01/05/18	**31/05/18**	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0
01/06/18	**30/06/18**	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0
01/07/18	**31/07/18**	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0
01/08/18	**31/08/18**	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0
01/09/18	**30/09/18**	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0
01/10/18	**31/10/18**	30	19.531.050,00	651.035,00	$ 19.531.050,0

01/11/18	***30/11/18***	*30*	*19.531.050,00*	*651.035,00*	*$ 19.531.050,0*
01/12/18	***31/12/18***	*30*	*19.531.050,00*	*651.035,00*	*$ 19.531.050,0*
Total días		*360*			*$ 234.372.600,0*
Año 2019					
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	*Salario anual*
01/01/19	***31/01/19***	*30*	*20.702.900,00*	*690.096,67*	*$ 20.702.900,0*
01/02/19	***28/02/19***	*30*	*20.702.900,00*	*690.096,67*	*$ 20.702.900,0*
01/03/19	***31/03/19***	*30*	*20.702.900,00*	*690.096,67*	*$ 20.702.900,0*
01/04/19	***30/04/19***	*30*	*20.702.900,00*	*690.096,67*	*$ 20.702.900,0*
01/05/19	***31/05/19***	*30*	*20.702.900,00*	*690.096,67*	*$ 20.702.900,0*
01/06/19	***30/06/19***	*30*	*20.702.900,00*	*690.096,67*	*$ 20.702.900,0*
01/07/19	***31/07/19***	*30*	*20.702.900,00*	*690.096,67*	*$ 20.702.900,0*
01/08/19	***31/08/19***	*30*	*20.702.900,00*	*690.096,67*	*$ 20.702.900,0*
01/09/19	***30/09/19***	*30*	*20.702.900,00*	*690.096,67*	*$ 20.702.900,0*
01/10/19	***31/10/19***	*30*	*20.702.900,00*	*690.096,67*	*$ 20.702.900,0*
01/11/19	***30/11/19***	*30*	*20.702.900,00*	*690.096,67*	*$ 20.702.900,0*
01/12/19	***31/12/19***	*30*	*20.702.900,00*	*690.096,67*	*$ 20.702.900,0*
Total días		*360*			*$ 248.434.800,0*
Año 2020					
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***
01/01/20	***31/01/20***	*30*	*21.945.075,00*	*731.502,50*	*$ 21.945.075,0*
01/02/20	***28/02/20***	*30*	*21.945.075,00*	*731.502,50*	*$ 21.945.075,0*
01/03/20	***31/03/20***	*30*	*21.945.075,00*	*731.502,50*	*$ 21.945.075,0*
01/04/20	***30/04/20***	*30*	*18.588.683,00*	*619.622,77*	*$ 18.588.683,0*
01/05/20	***31/05/20***	*30*	*22.099.683,00*	*736.656,10*	*$ 22.099.683,0*
01/06/20	***30/06/20***	*30*	*4.543.683,00*	*151.456,10*	*$ 4.543.683,0*
01/07/20	***31/07/20***	*30*	*4.543.683,00*	*151.456,10*	*$ 4.543.683,0*
01/08/20	***31/08/20***	*30*	*4.543.683,00*	*151.456,10*	*$ 4.543.683,0*
01/09/20	***30/09/20***	*30*	*4.829.844,00*	*160.994,80*	*$ 4.829.844,0*
01/10/20	***31/10/20***	*30*	*4.776.320,00*	*159.210,67*	*$ 4.776.320,0*
01/11/20	***30/11/20***	*3*	*3.712.085,00*	*123.736,17*	*$ 371.208,5*
Total días		*303*			*$ 130.132.012,5*

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral					
AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***
2010	*57*	*71,200*	*103,80*	*1,458*	*$ 3.143.947,37*
2011	*360*	*73,450*	*103,80*	*1,413*	*$ 3.317.916,67*
2012	*360*	*76,190*	*103,80*	*1,362*	*$ 3.428.583,33*
2013	*360*	*78,050*	*103,80*	*1,330*	*$ 4.434.500,00*
2014	*360*	*79,560*	*103,80*	*1,305*	*$ 5.636.750,00*
2015	*360*	*82,470*	*103,80*	*1,259*	*$ 16.035.718,06*
2016	*360*	*88,050*	*103,80*	*1,179*	*$ 11.832.841,67*
2017	*360*	*93,110*	*103,80*	*1,115*	*$ 12.945.689,84*
2018	*360*	*96,920*	*103,80*	*1,071*	*$ 19.531.050,00*
2019	*360*	*100,000*	*103,80*	*1,038*	*$ 20.702.900,00*
2020	*303*	*103,800*	*103,80*	*1,000*	*$ 12.884.357,67*
Total días	***3600***				***Total devengado actualizado a:***
Total semanas	***514,29***				***Ingreso Base Liquidación***
Total Años	***10,00***				***Porcentaje aplicado***
					Primera mesada
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año

Calculo Tasa de Reemplazo 2020				
IBL / SMMLV	$ 12.515.336,6	$ 877.803,0	14,2576	
No. SMMLV*0,5	14.256100 * 0,5		7,128784364	
65,50%	-	7,1288	**58,3712**	
Semanas adicionales a 1300-155		250		
250 / 50 * 1,5		7,5		
58,3712%	+	7,50%	**T. R.**	**65,87%**

	Tabla Retroactivo Diferencia Pensional				
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada Tribunal***	***Mesada otorgada Colpensiones***	***Diferencia***
04/11/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 8.244.004,0*	***$ 8.328.469,0***	*$ 0,0*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 8.376.732,5*	***$ 8.462.557,4***	*$ 0,0*
01/01/22	*31/12/22*	*5,62%*	*$ 8.847.504,8*	***$ 8.938.153,1***	*$ 0,0*

01/01/23	***30/06/23***	*13,12%*	*$ 10.008.297,5*	***$ 10.110.838,8***	*$ 0,0*
		total retroactivo			

Fuente	*Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,*
Observaciones	*Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.*

Fecha liquidación *miércoles, 28 de junio de 2023* *Recibe:*

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUZ HELENA MARIA MONTOYA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES (RAD. 26 2021 00263 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 24 de abril de 2023 (*15GrabaciónAudienciaPrimeraInsta*ncia, récord 24:15), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO. DECLARAR** que la señora **LUZ HELENA MARIA MONTOYA,** tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez al lograr acreditar un Ingreso Base de Liquidación superior al que fue reconocido por **COLPENSIONES**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO. CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez a favor de la demandante LUZ HELENA MARIA MONTOYA a partir del 04 de noviembre de 2020 y hasta cuando se efectúe el pago de las diferencias pensionales, calculado hasta el mes de marzo de 2023, con una tasa de reemplazo del 65.08%, con un valor de la mesada pensional para el año 2020 de $9.058.657, 2021 $9.204.501, para el año 2022 de $9.721.794 y para el año 2023 de $10.110.836, lo cual arroja un valor de retroactivo en la suma de $24.682.559, autorizándose a COLPENSIONES a efectuar los descuentos por aportes a salud que equivalen a la suma de $3.085.320, arrojando un valor de retroactivo pensional a favor de la actora de $21.597.239, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO. CONDENAR** a la demandada a reconocer y pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas.*

> ***CUARTO. CONDENAR*** *en costas de esta instancia a la demandada COLPENSIONES, fijándose como agencias en Derecho la suma de DOS MILLONES DE PESOS ($2'000.000).*
>
> ***QUINTO. ABSOLVER*** *a la encartada de las demás pretensiones incoadas en su contra y declarar no probadas las excepciones propuestas.*
> *La anterior decisión queda notificada en estrados y contra la misma procede los recursos de Ley".*

Inconforme con la decisión la apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación[1], señalando frente al anhelo de la reliquidación de la mesada pensional, de conformidad con la Resolución del 15 de diciembre del año 2020, se reliquidó la prestación a la señora Luz Helena María Montoya, de conformidad con los parámetros exigidos en la Ley 797 del 2003, siendo calculada de conformidad con un ingreso base de liquidación de $12'658.246, aplicándosele una tasa de reemplazo del 65,79%, arrojando una mesada inicial de $8'327.860, efectiva a partir del 4 de noviembre del 2020, de conformidad las 1.592 semanas cotizadas.

Sostuvo la recurrente, la liquidación efectuada se ajustó a los parámetros del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, al igual que el artículo 10 de la Ley 797 del 2013, modificada por el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

De otro lado y en caso de no prosperar el recurso, solicitó, revocar el numeral frente a las costas en cuantía de $2'000.000 de pesos, teniendo en cuenta que,

---

[1] ***"Recurso Colpensiones (récord, 26:02):*** *"Gracias su Señoría, en este momento de la diligencia, me dispongo a sustentar, el recurso de apelación, solicitándole al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, a que revoque la sentencia proferida el día de hoy frente al caso de la señora LUZ ELENA MARÍA MONTOYA, solicitándole al Tribunal pues nuevamente que frente al tema de las reliquidación, realizada dentro del presente caso, pues se tenga en cuenta que de conformidad con la Resolución SV 271040, el 15 de diciembre del año 2020, en donde mi representada pues reliquidó la prestación a la señora Luz Helena, de conformidad con los parámetros exigidos dentro de la Ley 797 del 2003, la cual, pues fue calculada de conformidad con un ingreso base de liquidación de $12'658.246, al cual pues se le aplicó una tasa de reemplazo del 65,79%, dando una cuantía inicial de $8'327.860 de efectividad a partir del 4 de noviembre del 2020, esto pues, de conformidad con las semanas efectivamente cotizadas a mi representada y de conformidad, con las 1592 semanas cotizadas que acreditó dentro de la historia laboral, expedida por mi representada en este orden de ideas, pues dicha liquidación debe ajustarse de conformidad con los parámetros del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, al igual que el artículo 10 de la Ley 797 del 2013, el cual pues modificó el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, estando pues, dicha liquidación ajustada.*

De otro lado y de conformidad pues con las costas condenadas en esta instancia, le solicitó al Honorable Tribunal Superior y en caso de que pues se condene a mi representada de conformidad con la sentencia de primera instancia, le solicitó, revocar el parágrafo, el numeral frente a las costas condenadas a mi representada por valor de $2'000.000 de pesos, teniendo en cuenta que pues de conformidad con las actuaciones surtidas por parte de mi representada, de conformidad con todas las reclamación administrativa presentada por la señora Luz Helena, pues se entiende la buena fe ejercida por parte de mi representada, pues pidiéndole al Honorable Tribunal revocar esta condena en costas, así, dejo sustentado el recurso su señoría, muchas gracias.".

con las actuaciones surtidas por parte de la entidad, se entiende la buena fe de Colpensiones.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora LUZ HELENA MARIA MONTOYA las pretensiones consignadas en las páginas 5 y 6 del archivo 04, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en las páginas 6 y 7, ibidem, pretendiendo de manera principal:

PRIMERA: Que se **DECLARE** la reliquidación de la pensión de la Señora **LUZ HELENA MARIA MONTOYA**.

SEGUNDA: Que se **DECLARE** que a la pensión de la Señora **LUZ HELENA MARIA MONTOYA**, deben aplicarse los factores salariales, en su condición de servidor público.

TERCERA: Que se **DECLARE** que a la pensión de la Señora **LUZ HELENA MARIA MONTOYA**, deben aplicarse los aportes totales, en su condición de trabajador independiente.

CUARTA: Consecuencialmente, que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES),** pague a la Señora **LUZ HELENA MARIA MONTOYA,** la reliquidación de la Pensión de Vejez.

QUINTA: Consecuencialmente, que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES),** pague a la Señora **LUZ HELENA MARIA MONTOYA,** la reliquidación de la Pensión de Vejez, aplicando los factores salariales, en su condición de servidor público.

SEXTA: Consecuencialmente, que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES),** pague a la Señora **LUZ HELENA MARIA MONTOYA,** la reliquidación de la Pensión de Vejez, aplicando los aportes totales, en su condición de trabajador independiente.

SÉPTIMA: Consecuencialmente, que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES),** pague a la Señora **LUZ HELENA MARIA MONTOYA,** el retroactivo de las mesadas pensionales.

OCTAVA: Consecuencialmente, que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES),** pague a la Señora **LUZ HELENA MARIA MONTOYA,** las sumas adeudadas con su respectiva indexación.

NOVENA: Consecuencialmente, que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES),** pague a la Señora **LUZ HELENA MARIA MONTOYA,** todos los demás derechos laborales distintos de los pedidos, que hayan sido discutidos en el juicio y resulten debidamente probados ULTRA o EXTRA PETITA.

DÉCIMA: Consecuencialmente, que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES),** pague a la Señora **LUZ HELENA MARIA MONTOYA**, las agencias y costas en derecho.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, por cuanto se declaró que la señora LUZ HELENA MARIA MONTOYA, tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez al lograr acreditar un Ingreso Base de Liquidación superior al que fue reconocido por COLPENSIONES, se condenó al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión a partir del 04 de noviembre de 2020 y hasta cuando se efectúe el pago de las diferencias pensionales, calculado hasta el mes de marzo de 2023, con una tasa de reemplazo del 65.08%, con un valor de la mesada pensional para el año 2020 de $9.058.657, 2021 $9.204.501, 2022 $9.721.794 y para el año 2023 $10.110.836, arrojando un valor de retroactivo de $24.682.559, autorizándose a COLPENSIONES a efectuar los descuentos por aportes a salud en cuantía de $3.085.320, se condenó al pago indexado de las sumas y se condenó en costas a la demandada COLPENSIONES. **Lo anterior tras considerar**, la demandante tiene derecho a la reliquidación pensional al acreditarse que existieron periodos cotizados de forma simultánea y Colpensiones no los imputó en la liquidación al momento de reconocer la prestación económica desde el 4 de noviembre de 2020, exceptuando aquellos periodos donde la cotización se hizo sobre el límite de los 25 smmlv, caso que se dio para los años 2018 y 2019.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia, la calidad de pensionada de la actora, conforme se acreditó con las Resoluciones SUB 167940

del 5 de agosto de 2020, SUB 184056 del 28 de agosto de 2020, SUB 184056 del 15 de diciembre de 2020, SUB 60859 del 8 de marzo de 2021 y DPE 3168 del 28 de abril de 2021 (07.1Expediente Administrativo), de las cuales se desprende como última actuación que a la señora LUZ HELENA MARIA MONTOYA se le reconoció una pensión de vejez a partir del 4 de noviembre de 2020 a la luz de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones, teniendo en cuenta un total de 1.592 semanas de cotización, y un monto de IBL de $12.659.172, al que se le aplicó una tasa de reemplazo equivalente al 65,79%, resultado como primera mesada pensional la suma de $8.328.469, esto, producto de la reliquidación que efectuó Colpensiones accediendo a lo peticionado por la demandante mediante Resolución SUB 60859 del 8 de marzo de 2021[2].

Así las cosas, se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la apoderada que representa los intereses de Colpensiones, 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 de forma simultanea en calidad de dependiente e independiente.

Nótese que no existe controversia en cuanto al número de semanas cotizadas, pues de acuerdo al reporte de historia laboral actualizado al 25 de agosto 2020 (archivo 008), se acreditan 1.579,57 semanas de cotización, lo cual coincide con los actos administrativos emitidos por COLPENSIONES, al resolver las solicitudes de reliquidación de la pensión de vejez, existiendo discrepancia en cuanto al Ingreso Base de Liquidación calculado.

Conforme a lo anterior, procede la Sala a verificar el reporte de semanas cotizadas por la actora, allegado por COLPENSIONES en medio magnético (07.1Expediente Administrativo y archivo 01, páginas 52 a 74), el cual se encuentra actualizado al 31 de enero de 2021 y del cual se puede extraer del DETALLE DE PAGOS

[2] *Colpensiones resolvió el recurso de reposición interpuesto por la demandante el 1º de febrero de 2021 contra la Resolución SUB No. 271040 del 15 de diciembre de 2020.*

EFECTUADOS A PARTIR DEL 18 DE AGOSTO DE 1989, concretamente, se constata que la señora LUZ HELENA MARIA MONTOYA en calidad de DEPENDIENTE e INDEPENDIENTE tiene cotizaciones con CICLOS DOBLES entre el 1º de junio de 2013 al 3 de noviembre de 2020, **precisándose** dichas cotizaciones fueron efectuadas por el empleador "**HOSPITAL ISAIAS DUARTE**" y por la señora **LUZ HELENA MARIA MONTOYA**, indicándose por la propia accionada en cada uno de los meses del periodo atrás señalado dos (2) IBC reportados por dicho patronal y la demandante y en consecuencia registrando el pago de dos (2) cotizaciones –una por cada IBC reportado-, por ejemplo para el último año de cotización registró (2020):

[34] Identificación Aportante	[35] Nombre o Razón Social	[36] RA	[37] Período	[38]Fecha De Pago	[39] Referencia de Pago	[40]IBC Reportado	[41]Cotización Pagada	[42]Cotización Mora Sin Intereses	[43] Nov.	[44] Días Rep.	[45] Días Cot.	[46]Observación
66675447	MONTOYA LUZ HELENA MARIA	SI	202001	05/02/2020	84C20073295955	$ 21.945.075	$ 3.511.400	$ 0		30	30	Pagó como Trabajador Independiente
805028530	HOSPITAL ISAIAS DUARTE CANCINO ESE	SI	202001	12/02/2020	84C20073617252	$ 4.543.683	$ 728.200	$ 0		30	30	Pago aplicado al periodo declarado
66675447	MONTOYA LUZ HELENA MARIA	SI	202002	04/03/2020	84C20074199674	$ 21.945.075	$ 3.511.400	$ 0		30	30	Pagó como Trabajador Independiente
805028530	HOSPITAL ISAIAS DUARTE CANCINO ESE	SI	202002	09/03/2020	84C20074465583	$ 4.543.683	$ 727.100	$ 0		30	30	Pago aplicado al periodo declarado
66675447	MONTOYA LUZ HELENA MARIA	SI	202003	02/04/2020	84C20075077045	$ 21.945.075	$ 3.950.300	$ 0		30	30	Pagó como Trabajador Independiente
805028530	HOSPITAL ISAIAS DUARTE CANCINO ESE	SI	202003	13/04/2020	84C20075397755	$ 4.543.683	$ 729.800	$ 0		30	30	Pago aplicado al periodo declarado
66675447	MONTOYA LUZ HELENA MARIA	SI	202004	08/05/2020	84C20076202445	$ 14.044.848	$ 2.247.400	$ 0		30	30	Pagó como Trabajador Independiente
805028530	HOSPITAL ISAIAS DUARTE CANCINO ESE	SI	202004	05/05/2020	84C20076026819	$ 4.543.683	$ 727.100	$ 0		30	30	Pago aplicado al periodo declarado
66675447	MONTOYA LUZ HELENA MARIA	SI	202005	01/06/2020	84C20076870481	$ 17.556.060	$ 2.809.100	$ 0		30	30	Pagó como Trabajador Independiente
805028530	HOSPITAL ISAIAS DUARTE CANCINO ESE	SI	202005	05/06/2020	84C20077135692	$ 4.543.683	$ 727.100	$ 0		30	30	Pago aplicado al periodo declarado
66675447	MONTOYA LUZ HELENA MARIA	SI	202006	06/07/2020	84C20078026869	$ 21.945.075	$ 3.511.400	$ 0		30	30	Pagó como Trabajador Independiente
805028530	HOSPITAL ISAIAS DUARTE CANCINO ESE	SI	202006	07/07/2020	84C20078107428	$ 4.543.683	$ 727.100	$ 0		30	30	Pago aplicado al periodo declarado
805028530	HOSPITAL ISAIAS DUARTE CANCINO ESE	SI	202007	04/08/2020	84C20078839108	$ 4.543.683	$ 727.100	$ 0		30	30	Pago aplicado al periodo declarado
805028530	HOSPITAL ISAIAS DUARTE CANCINO ESE	SI	202008	07/09/2020	84C20079982817	$ 4.543.683	$ 727.100	$ 0		30	30	Pago aplicado al periodo declarado
805028530	HOSPITAL ISAIAS DUARTE CANCINO ESE	SI	202009	07/10/2020	84C20080924323	$ 4.829.844	$ 772.900	$ 0		30	30	Pago aplicado al periodo declarado
805028530	HOSPITAL ISAIAS DUARTE CANCINO ESE	SI	202010	06/11/2020	84C20081880671	$ 4.776.320	$ 764.400	$ 0		30	30	Pago aplicado al periodo declarado
805028530	HOSPITAL ISAIAS DUARTE CANCINO ESE	SI	202011	07/12/2020	84C20082844901	$ 3.712.085	$ 594.100	$ 0	R	3	3	Pago aplicado al periodo declarado

Nótese, que la propia accionada registra en las casillas de cada periodo ciclos dobles en la citada Historia Laboral, así como la fecha de pago y la referencia de pago de tales cotizaciones, por ende se encuentran recibidas a satisfacción por la pasiva y sin asomo de duda es claro que la ex empleadora de la demandante y ésta en calidad de independiente, efectuaron cotizaciones para el mismo mes a partir junio de 2013, siendo claro que las semanas correspondientes a los ciclos simultáneamente cotizados, deben adicionarse al ingreso base de liquidación de la pensión en aras de incrementar el valor de la pensión, como se solicita en la demanda.

Sobre este punto la Máxima Corporación en sentencia SL 4237 del 30 de septiembre del 2019, señaló:

> *"Entonces, la intelección otorgada por el fallador de segundo grado a la norma, o por mejor decir, su aplicación al caso concreto, no es la que se le ha dado por esta corporación a la preceptiva que regula lo concerniente a los períodos dobles de cotización; al respecto, en la sentencia CSJ SL 8717-2014, se expresó:*
>
> > *Aclarado lo anterior se encuentra que no aparece ninguna equivocación en el conteo de las semanas cotizadas por el actor en el período comprendido entre el 2 de diciembre de 1968 y el 30 de junio de 1994, por cuanto que en las relaciones de semanas visibles a folios 30 y 56 se descuentan 17 días por licencia y, también, 116 días de semanas simultáneas, lo que no es equivocado conforme a los artículo 81 del Acuerdo 044 de 1989, aprobado por el Decreto 3063 del mismo año y 18, parágrafo 1, de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003.*
> >
> > Por su parte, en la sentencia CSJ SL7885-2015, se dijo:
> >
> > *En este contexto, importante es recordar que de conformidad con los arts. 18 de la L.100/93, 20 del D. 692/94 y posteriormente con el art. 30 del D. 1406/99, no es posible sumar semanas de cotización que se hubiesen hecho de manera simultánea en la doble calidad de afiliado dependiente e independiente,* ***toda vez que dichas disposiciones consagran, la sumatoria de salarios para efectos de incrementar el monto de la pensión, no para acumular semanas.***
> >
> > *Se hace énfasis en lo anterior en razón a que el demandante, como se vio en precedencia, durante los ciclos correspondientes a los meses de marzo a noviembre de 1996 (fl. 234), enero a diciembre de 1997; enero a diciembre de 1998; enero a diciembre de 1999; y febrero a mayo de 2000 (fls. 234 a 236), cotizó como trabajador independiente, razón por la que no es posible sumarlas a las que ya se calcularon teniendo en cuenta su condición de servidor del I.S.S., pues, se itera,* ***lo que se puede sumar son los ingresos bases de cotización para efectos de incrementar el monto de la pensión, no para completar el número de semanas exigidas.*** (Negrillas fuera de texto)

Y en la SL 21409-2017 Radicación N° 64093 del 5 de diciembre del 2017 expresó: *"(…) los posibles pagos dobles que se efectúen durante la relación de afiliación al sistema, solo pueden incrementar o mejorar el IBL, más no cargarse al tiempo de cotización (…)"*.

En esa medida, al ser procedente la sumatoria del IBC de los ciclos dobles cotizados por quien fuere el empleador de la demandante y ésta, procede la Sala a verificar si Colpensiones en la última Resolución SUB 60859 del 8 de marzo de 2021, reliquidó la mesada pensional aplicando el total del IBC reportado en periodos dobles, esto, **siempre y cuando** el IBC de cada anualidad no supere el tope de los 25 smmlv[3].

---

[3] *Artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003:*

«El límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado. Cuando se devenguen mensualmente más de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes la base de cotización será reglamentada por el gobierno

En esta dirección y a efectos de establecer si la liquidación de la pensión de la promotora del litigio presenta inconsistencias, procede esta Sala de decisión con apoyo del Grupo Liquidador de la Rama Judicial creado por el Consejo Superior de la Judicatura a realizar las operaciones aritméticas correspondientes, **advirtiendo** como quiera que la demandante muestra inconformidad en los valores tomados para la reliquidación se tomarán los IBC reportados tanto en la Historia Laboral expedida por COLPENSIONES como las sumas registradas en las planillas de aportes – Operador Aportes en Línea- que obran a páginas 115 a 212 del archivo 01, estableciéndose como Ingreso Base de Liquidación la suma de **$12.514.048,20**, discriminado así:

Ciclos dobles a partir del mes de junio a diciembre de 2013

[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario
MONTOYA LUZ HELENA M	01/06/2013	30/06/2013	$2.582.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/06/2013	30/06/2013	$3.508.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/07/2013	31/07/2013	$1.422.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/07/2013	31/07/2013	$3.508.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/08/2013	31/08/2013	$1.980.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/08/2013	31/08/2013	$3.508.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/09/2013	30/09/2013	$2.000.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/09/2013	30/09/2013	$3.508.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/10/2013	31/10/2013	$2.000.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/10/2013	31/10/2013	$3.508.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/11/2013	30/11/2013	$2.000.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/11/2013	30/11/2013	$3.508.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/12/2013	31/12/2013	$2.000.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/12/2013	31/12/2013	$3.508.000

Ciclos dobles a partir del mes de febrero a diciembre de 2014

[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/01/2014	31/01/2014	$3.508.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/02/2014	28/02/2014	$2.495.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/02/2014	28/02/2014	$3.508.000

nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales.»

MONTOYA LUZ HELENA M	01/03/2014	31/03/2014	$2.532.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/03/2014	31/03/2014	$3.508.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/04/2014	30/04/2014	$3.154.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/04/2014	30/04/2014	$3.508.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/05/2014	31/05/2014	$1.521.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/05/2014	31/05/2014	$3.508.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/06/2014	30/06/2014	$1.603.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/06/2014	30/06/2014	$3.508.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/07/2014	31/07/2014	$2.086.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/07/2014	31/07/2014	$3.508.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/08/2014	31/08/2014	$1.776.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/08/2014	31/08/2014	$3.508.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/09/2014	30/09/2014	$2.142.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/09/2014	30/09/2014	$3.508.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/10/2014	31/10/2014	$2.146.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/10/2014	31/10/2014	$3.508.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/11/2014	30/11/2014	$1.080.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/11/2014	30/11/2014	$3.508.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/12/2014	31/12/2014	$2.118.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/12/2014	31/12/2014	$4.275.000

Ciclos dobles a partir del mes de enero a diciembre de 2015

[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario
MONTOYA LUZ HELENA M	01/01/2015	31/01/2015	$11.891.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/01/2015	31/01/2015	$3.508.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/02/2015	28/02/2015	$12.531.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/02/2015	28/02/2015	$3.578.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/03/2015	31/03/2015	$16.108.750
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/03/2015	31/03/2015	$3.578.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/04/2015	30/04/2015	$12.530.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/04/2015	30/04/2015	$3.578.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/05/2015	31/05/2015	$12.530.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/05/2015	31/05/2015	$3.578.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/06/2015	30/06/2015	$12.531.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/06/2015	30/06/2015	$3.578.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/07/2015	31/07/2015	$12.531.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/07/2015	31/07/2015	$3.578.000

MONTOYA LUZ HELENA M	01/08/2015	31/08/2015	$12.531.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/08/2015	31/08/2015	$3.578.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/09/2015	30/09/2015	$12.531.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/09/2015	30/09/2015	$3.578.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/10/2015	31/10/2015	$12.531.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/10/2015	31/10/2015	$3.578.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/11/2015	30/11/2015	$12.531.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/11/2015	30/11/2015	$3.578.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/12/2015	31/12/2015	$11.110.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/12/2015	31/12/2015	$4.999.000

Ciclos dobles a partir del mes de enero a diciembre de 2016

[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario
MONTOYA LUZ HELENA M	01/01/2016	31/01/2016	$9.898.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/01/2016	31/01/2016	$3.578.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/02/2016	29/02/2016	$6.610.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/02/2016	29/02/2016	$3.578.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/03/2016	31/03/2016	$6.610.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/03/2016	31/03/2016	$3.578.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/04/2016	30/04/2016	$6.610.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/04/2016	30/04/2016	$3.578.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/05/2016	31/05/2016	$9.815.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/05/2016	31/05/2016	$3.661.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/06/2016	30/06/2016	$9.898.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/06/2016	30/06/2016	$3.578.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/07/2016	31/07/2016	$9.898.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/07/2016	31/07/2016	$3.578.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/08/2016	31/08/2016	$9.686.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/08/2016	31/08/2016	$3.709.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/09/2016	30/09/2016	$6.610.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/09/2016	30/09/2016	$3.709.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/10/2016	31/10/2016	$9.686.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/10/2016	31/10/2016	$3.709.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/11/2016	30/11/2016	$6.610.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/11/2016	30/11/2016	$3.709.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/12/2016	31/12/2016	$6.610.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/12/2016	31/12/2016	$3.839.000

Ciclos dobles a partir del mes de enero a diciembre de 2017

[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario
MONTOYA LUZ HELENA M	01/01/2017	31/01/2017	$10.844.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/01/2017	31/01/2017	$3.839.000
MONTOYA LUZ HELENA M	01/02/2017	28/02/2017	$4.768.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/02/2017	28/02/2017	$3.838.721
MONTOYA LUZ HELENA M	01/03/2017	31/03/2017	$9.904.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/03/2017	31/03/2017	$3.838.721
MONTOYA LUZ HELENA M	01/04/2017	30/04/2017	$9.904.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/04/2017	30/04/2017	$3.838.723
MONTOYA LUZ HELENA M	01/05/2017	31/05/2017	$7.904.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/05/2017	31/05/2017	$3.838.723
MONTOYA LUZ HELENA M	01/06/2017	30/06/2017	$7.904.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/06/2017	30/06/2017	$3.838.722
MONTOYA LUZ HELENA M	01/07/2017	31/07/2017	$7.904.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/07/2017	31/07/2017	$3.838.722
MONTOYA LUZ HELENA M	01/08/2017	31/08/2017	$7.904.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/08/2017	31/08/2017	$3.838.722
MONTOYA LUZ HELENA M	01/09/2017	30/09/2017	$7.904.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/09/2017	30/09/2017	$3.838.722
MONTOYA LUZ HELENA M	01/10/2017	31/10/2017	$14.841.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/10/2017	31/10/2017	$3.838.721
MONTOYA LUZ HELENA M	01/11/2017	30/11/2017	$15.329.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/11/2017	30/11/2017	$3.113.630
MONTOYA LUZ HELENA M	01/12/2017	31/12/2017	$14.841.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/12/2017	31/12/2017	$5.848.353

Ciclos dobles a partir del mes de enero a diciembre de 2018

[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario
MONTOYA LUZ HELENA M	01/01/2018	31/01/2018	$15.434.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/01/2018	31/01/2018	$4.097.835
MONTOYA LUZ HELENA M	01/02/2018	28/02/2018	$15.434.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/02/2018	28/02/2018	$4.097.835
MONTOYA LUZ HELENA M	01/03/2018	31/03/2018	$15.434.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/03/2018	31/03/2018	$4.097.835
MONTOYA LUZ HELENA M	01/04/2018	30/04/2018	$15.433.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/04/2018	30/04/2018	$4.097.835

MONTOYA LUZ HELENA M	01/05/2018	31/05/2018	$15.433.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/05/2018	31/05/2018	$4.097.835
MONTOYA LUZ HELENA M	01/06/2018	30/06/2018	$15.433.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/06/2018	30/06/2018	$4.097.835
MONTOYA LUZ HELENA M	01/07/2018	31/07/2018	$15.433.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/07/2018	31/07/2018	$4.097.835
MONTOYA LUZ HELENA M	01/08/2018	31/08/2018	$15.433.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/08/2018	31/08/2018	$4.097.835
MONTOYA LUZ HELENA M	01/09/2018	30/09/2018	$15.431.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/09/2018	30/09/2018	$6.109.964
MONTOYA LUZ HELENA M	01/10/2018	31/10/2018	$15.431.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/10/2018	31/10/2018	$4.348.022
MONTOYA LUZ HELENA M	01/11/2018	30/11/2018	$15.431.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/11/2018	30/11/2018	$4.348.022
MONTOYA LUZ HELENA M	01/12/2018	31/12/2018	$15.431.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/12/2018	31/12/2018	$5.869.830

Ciclos dobles a partir del mes de enero a diciembre de 2019

[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario
MONTOYA LUZ HELENA	01/01/2019	31/01/2019	$16.355.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/01/2019	31/01/2019	$4.348.022
MONTOYA LUZ HELENA M	01/02/2019	28/02/2019	$16.354.900
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/02/2019	28/02/2019	$4.348.022
MONTOYA LUZ HELENA	01/03/2019	31/03/2019	$16.355.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/03/2019	31/03/2019	$4.348.022
MONTOYA LUZ HELENA M	01/04/2019	30/04/2019	$16.355.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/04/2019	30/04/2019	$4.348.022
MONTOYA LUZ HELENA M	01/05/2019	31/05/2019	$16.355.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/05/2019	31/05/2019	$6.736.712
MONTOYA LUZ HELENA	01/06/2019	30/06/2019	$20.702.900
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/06/2019	30/06/2019	$4.348.022
MONTOYA LUZ HELENA M	01/07/2019	31/07/2019	$20.702.900
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/07/2019	31/07/2019	$4.543.683

MONTOYA LUZ HELENA M	01/08/2019	31/08/2019	$20.702.900
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/08/2019	31/08/2019	$4.543.683
MONTOYA LUZ HELENA M	01/09/2019	30/09/2019	$20.702.900
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/09/2019	30/09/2019	$4.543.683
MONTOYA LUZ HELENA M	01/10/2019	31/10/2019	$20.702.900
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/10/2019	31/10/2019	$4.543.683
MONTOYA LUZ HELENA M	01/11/2019	30/11/2019	$20.702.900
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/11/2019	30/11/2019	$4.543.683
MONTOYA LUZ HELENA M	01/12/2019	31/12/2019	$20.702.900
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/12/2019	31/12/2019	$6.133.972

Ciclos dobles a partir del mes de enero a l 3 de noviembre de 2020

[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario
MONTOYA LUZ HELENA	01/01/2020	31/01/2020	$21.945.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/01/2020	31/01/2020	$4.543.683
MONTOYA LUZ HELENA	01/02/2020	29/02/2020	$21.945.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/02/2020	29/02/2020	$4.543.683
MONTOYA LUZ HELENA	01/03/2020	31/03/2020	$21.945.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/03/2020	31/03/2020	$4.543.683
MONTOYA LUZ HELENA	01/04/2020	30/04/2020	$14.045.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/04/2020	30/04/2020	$4.543.683
MONTOYA LUZ HELENA	01/05/2020	31/05/2020	$17.556.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/05/2020	31/05/2020	$4.543.683
MONTOYA LUZ HELENA	01/06/2020	30/06/2020	$21.945.000
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/06/2020	31/08/2020	$4.543.683
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/09/2020	30/09/2020	$4.829.844
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/10/2020	31/10/2020	$4.776.320
HOSPITAL ISAIAS DUAR	01/11/2020	30/11/2020	$3.712.085

Puntualmente, se procedió a sumar los ciclos dobles hasta el limite de los 25 smmlv, como ya se indicó, con el fin de establecer el IBL de los últimos 10 años, contados entre el 4 de noviembre de 2010 al 3 de noviembre de 2020 (ciclos dobles a partir del mes de junio de 2013), siendo verificable de forma detallada en

la liquidación adjunta los valores aportados. Igualmente, se estableció una tasa de reemplazo equivalente a 65,87%[4].

Resumen Liquidación tomando los últimos 10 años

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
2010	*57*	*71,200*	*103,80*	*1,458*	*$ 3.143.947,37*	*$ 4.583.451*	*$ 8.708.558*
2011	*360*	*73,450*	*103,80*	*1,413*	*$ 3.317.916,67*	*$ 4.688.901*	*$ 56.266.807*
2012	*360*	*76,190*	*103,80*	*1,362*	*$ 3.428.583,33*	*$ 4.671.045*	*$ 56.052.545*
2013	*360*	*78,050*	*103,80*	*1,330*	*$ 4.434.500,00*	*$ 5.897.516*	*$ 70.770.188*
2014	*360*	*79,560*	*103,80*	*1,305*	*$ 5.636.750,00*	*$ 7.354.131*	*$ 88.249.570*
2015	*360*	*82,470*	*103,80*	*1,259*	*$ 16.035.718,06*	*$ 20.183.188*	*$ 242.198.259*
2016	*360*	*88,050*	*103,80*	*1,179*	*$ 11.832.841,67*	*$ 13.949.449*	*$ 167.393.385*
2017	*360*	*93,110*	*103,80*	*1,115*	*$ 12.945.689,84*	*$ 14.431.990*	*$ 173.183.882*
2018	*360*	*96,920*	*103,80*	*1,071*	*$ 19.531.050,00*	*$ 20.917.489*	*$ 251.009.863*
2019	*360*	*100,000*	*103,80*	*1,038*	*$ 20.702.900,00*	*$ 21.489.610*	*$ 257.875.322*
2020	*303*	*103,800*	*103,80*	*1,000*	*$ 12.869.049,95*	*$ 12.869.050*	*$ 129.977.405*
Total días	***3600***			***Total devengado actualizado a:***		***2020***	***$ 1.501.685.784***
Total semanas	***514,29***				***Ingreso Base Liquidación***		***$ 12.514.048,20***
Total Años	***10,00***				***Porcentaje aplicado***		***65,87%***
					Primera mesada		***$ 8.243.247,51***
				Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año		***2020***	***$ 877.803,00***

Conforme a lo anterior, se extrae como mesada pensional a reconocer a la señora LUZ HELENA MARIA MONTOYA para la anualidad 2020 la suma de **$8.243.247,51**, **suma que resulta inferior a la otorgada por Colpensiones** en la Resolución SUB 60859 del 8 de marzo de 2021, que lo fue equivalente a **$8.328.469**. Nótese en este aspecto, que la Sala procedió a sumar los ciclos dobles para obtener el valor total del IBC, a saber:

- Para el periodo abril de 2020 existe doble cotización, aportándose sobre un IBC de $14.045.000 y $4.543.683 para un total de **$18.588.683**, monto que fue aplicado, y así sucesivamente en todos los periodos que refleja doble pago, reiterando, en los meses en que se aportó más del tope de los 25 smmlv se imputó solo el máximo permitido.

Calculo Tasa de Reemplazo 2020				
IBL / SMMLV	$ 12.514.048,2	$ 877.803,0	14,2561	
No. SMMLV*0,5	14.256100 * 0,5		7,128050486	
65,50%	-	7,1281	**58,3719**	
Semanas adicionales a 1300-155		250		
250 / 50 * 1,5		7,5		
58,3719%	+	7,50%	**T. R.**	**65,87%**

[4]

Imputación de IBC hasta el límite

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***
01/01/20	***31/01/20***	***30***	***21.945.075,00***	***731.502,50***	***$ 21.945.075,0***
01/02/20	***28/02/20***	***30***	***21.945.075,00***	***731.502,50***	***$ 21.945.075,0***
01/03/20	***31/03/20***	***30***	***21.945.075,00***	***731.502,50***	***$ 21.945.075,0***
01/04/20	***30/04/20***	***30***	***18.588.683,00***	***619.622,77***	***$ 18.588.683,0***

En tal sentido, una vez revisada la liquidación que fue aportada por la a quo, debe advertirse, no se puede verificar el número de días que imputó en cada mes, así como no es posible determinar cuáles fueron los porcentajes o reajustes aplicados por la juzgadora en cada periodo ya que solo se relaciona una suma en cada casilla, pudiendo corroborar la mesada para el 2020 ($9.058.657) sin la operación aritmética efectuada.

Igualmente, analizada la sentencia de la Juez *a quo,* se colige, aplicó más de los 25 salarios mínimos permitidos en la ley, contrario a lo expuesto en la sentencia ya que informó que para los años 2018, 2019 y 2020 aplicaría el monto máximo permitido, circunstancia que no aconteció *(ver imagen inserta a continuación de este párrafo*), nótese, a manera de ilustración, para los periodos enero a marzo de 2020 que como IBC registró la suma total de **$26.488.683,** suma que, si bien coincide con los aportes efectuados por la aquí demandante en calidad de ***dependiente e independiente***, lo cierto es que NO esta permitido tomar un monto superior para liquidar una prestación económica (tope de los 25 smmlv), por lo que estas sumas, llevaron indudablemente a aumentar la mesada pensional, de ahí que surja la diferencia de la liquidación efectuada por al *a quo* y la aquí realizada. Para mayor comprensión se pone de presente la liquidación que fue aportada por la *a quo:*

Liquidación primera instancia

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
enero	$ -	$ 3.188.000	$ 7.000.000	$ 3.283.000	$ 5.633.000	$ 15.399.000	$ 13.476.000	$ 14.683.000	$ 19.531.835	$ 20.703.022	$ 26.488.683
febrero	$ -	$ 3.188.000	$ 3.283.000	$ 3.508.000	$ 6.003.000	$ 16.109.000	$ 10.188.000	$ 8.606.721	$ 19.531.835	$ 20.702.922	$ 26.488.683
marzo	$ -	$ 3.188.000	$ 1.313.000	$ 3.508.000	$ 6.040.000	$ 19.686.750	$ 10.188.000	$ 13.742.721	$ 19.531.835	$ 20.703.022	$ 26.488.683
abril	$ -	$ 3.188.000	$ 3.283.000	$ 3.508.000	$ 6.662.000	$ 16.108.000	$ 10.188.000	$ 13.742.723	$ 19.530.835	$ 20.703.022	$ 18.588.683
mayo	$ -	$ 6.915.000	$ 3.283.000	$ 3.449.000	$ 5.029.000	$ 16.108.000	$ 13.476.000	$ 11.742.723	$ 19.530.835	$ 23.091.712	$ 22.099.683
junio	$ -	$ 850.000	$ 3.283.000	$ 6.090.000	$ 3.509.603	$ 16.109.000	$ 13.476.000	$ 11.742.722	$ 19.530.835	$ 25.050.922	$ 24.216.841
julio	$ -	$ 3.168.000	$ 3.283.000	$ 4.930.000	$ 5.594.000	$ 16.109.000	$ 13.476.000	$ 11.742.722	$ 19.530.835	$ 25.246.583	$ 2.543.683
agosto	$ 3.095.000	$ 3.188.000	$ 3.283.000	$ 5.488.000	$ 5.284.000	$ 16.109.000	$ 13.395.000	$ 11.742.722	$ 19.530.835	$ 25.246.583	
septiembre	$ 3.095.000	$ 3.188.000	$ 3.283.000	$ 5.508.000	$ 5.650.000	$ 16.109.000	$ 10.319.000	$ 11.742.722	$ 21.540.964	$ 25.246.583	
octubre	$ 3.095.000	$ 3.188.000	$ 3.283.000	$ 5.508.000	$ 5.654.000	$ 16.109.000	$ 13.395.000	$ 18.676.721	$ 19.779.022	$ 25.246.583	
noviembre	$ 3.095.000	$ 3.283.000	$ 3.283.000	$ 5.508.000	$ 4.588.000	$ 16.109.000	$ 10.319.000	$ 18.442.630	$ 19.779.022	$ 25.246.583	
diciembre	$ 3.188.000	$ 3.283.000	$ 3.283.000	$ 5.508.000	$ 6.393.000	$ 1.110.000	$ 10.449.000	$ 20.689.353	$ 21.300.830	$ 26.836.872	$ -
sume periodos	$ 15.568.000	$ 39.815.000	$ 41.143.000	$ 55.796.000	$ 66.039.603	$ 181.174.750	$ 142.345.000	$ 167.297.480	$ 238.649.518	$ 284.024.409	$ 146.914.939
promedio	$ 3.113.600	$ 3.317.917	$ 3.428.583	$ 4.649.667	$ 5.503.300	$ 15.097.896	$ 11.862.083	$ 13.941.457	$ 19.887.460	$ 23.668.701	$ 20.987.848
indexado	$ 4.540.226	$ 4.689.502	$ 4.671.663	$ 6.184.565	$ 7.180.685	$ 19.004.127	$ 13.984.380	$ 15.542.112	$ 20.917.918	$ 21.489.610	$ 20.987.848
							Suma promedios indexados	$ 139.192.636	Promedio últimos 10 años	$ 13.919.264	2020 IBC
									Mesada 2022	$ 9.721.794	**65.08%**
									Mesada 2020	$ 9.058.657	

Del referido cuadro resulta palmario concluir que en más de un periodo se inaplicó un valor que la ley no permite, pues si la pensión le fue reconocida a la demandante a partir del 4 de noviembre de 2020, en cada casilla no podría existir una suma superior a los 25 salarios mínimos de dicha calenda[5], siendo la suma de $21.945.075[6] para el 2020. Igualmente, llama la atención de la Sala que la liquidación se efectuó entre el 31 de julio de 2010 al 31 de julio de 2020 cuando la demandante realizó su última cotización hasta el 3 de noviembre de 2020.

Al punto, se insiste, si bien fueron dineros que en efecto aportó en su momento la demandante al Subsistema de Pensiones, los mismos no debieron aportarse si superaban el tope de los 25 smmlv ya que lo viable era sumar las dos calidades (dependiente e independiente).

AÑO	SMMLV	TOPE 25 SMMLV
2013	$ 589.500,00	$ 14.737.500,00
2014	$ 616.000,00	$ 15.400.000,00
2015	$ 644.350,00	$ 16.108.750,00
2016	$ 689.455,00	$ 17.236.375,00
2017	$ 737.717,00	$ 18.442.925,00
2018	$ 781.242,00	$ 19.531.050,00
2019	$ 828.116,00	$ 20.702.900,00
2020	$ 877.803,00	$ 21.945.075,00

[5]

[6] ***$877.802*25= $21.945.075.***

De esta suerte, contrario a lo considerado por la Juez de primera instancia resulta la improcedencia de la reliquidación de la pensión, pues como quedó visto, realizando el cálculo de I.B.L. con lo aportado por la accionante en los últimos 10 años anteriores al reconocimiento pensional, resulta un valor inferior al otorgado por la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, por ende, se puede concluir la entidad actúo en legal forma al expedir la última **Resolución-SUB 60859 del 8 de marzo de 2021[7].**

De esta manera se agota la competencia de la Sala y conforme a las anteriores consideraciones, atendiendo además el grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de la accionada y el recurso de apelación de la entidad, deberá revocarse la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** - de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar, **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora LUZ HELENA MARIA MONTOYA.

7

	Tabla Retroactivo Diferencia Pensional				
Fecha inicial	***Fecha final***	***Incremento %***	***Valor mesada calculada Tribunal***	***Mesada otorgada Colpensiones***	***Diferencia***
04/11/20	*31/12/20*	*3,80%*	*$ 8.243.248,0*	***$ 8.328.469,0***	*$ 0,0*
01/01/21	*31/12/21*	*1,61%*	*$ 8.375.964,3*	***$ 8.462.557,4***	*$ 0,0*
01/01/22	*31/12/22*	*5,62%*	*$ 8.846.693,5*	***$ 8.938.153,1***	*$ 0,0*
01/01/23	***30/06/23***	*13,12%*	*$ 10.007.379,7*	***$ 10.110.838,8***	*$ 0,0*
		total retroactivo			

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARLOS ARTURO RUBIANO VIVAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 26 2022 00317 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

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

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 demandante contra la sentencia proferida por la Juez Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 2 de mayo del 2023 (Exp. Digital: *audio archivo 13* récord: 10:50), en la que se resolvió:

> *«**PRIMERO. ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO. CONDENAR** en costas de esta instancia la parte demandante CARLOS ARTURO RUBIANO VIVAS, fijándose como agencias en Derecho la suma de QUINIENTOS MIL PESOS ($500.000).*
>
> ***TERCERO. CONSULTESE** con el Superior la presente decisión en caso de no ser debidamente apelada.».*

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación, para que sea revocada la decisión en todas sus partes y se conceda al señor Carlos Arturo Rubiano Vivas la pensión de vejez bajo el Acuerdo 049 de 1990, aduciendo contar el actor con 1025.86 semanas al 31

de agosto del 2009, precisando las semanas que se encuentran en cero en la historia laboral corresponden a una mora que no puede recaer en el demandante, por lo que en su sentir cumple con todos los requisitos para estar en el régimen de transición y acceder al derecho pensional (Exp. Digital: *audio archivo 13* récord: 11:15[1])

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor CARLOS ARTURO RUBIANO VIVAS las pretensiones elevadas en la página 4 del Archivo *«001ExpedienteDigitalizado.pdf»*, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 3 y 4 ibídem, pretendiendo se declare le asiste el derecho a que se le reconozca, liquide y pague la pensión de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 14 de agosto del 2004, junto con los respectivos aumentos legales, 14 mesadas al año, la indexación de las sumas adeudadas, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, costas procesales y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia adversa a sus aspiraciones** por cuanto absolvió a la demandada de todas las pretensiones, tras considerar que si bien el demandante es beneficiario del régimen de transición cumplió con los requisitos para ser acreedor de la prestación pensional, esto es, 1000

[1] **APODERADA DEMANDANTE:** Gracias su señoría, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación ante el honorable tribunal superior de distrito judicial sala laboral para que en efecto revoque la decisión proferida por el despacho en los siguientes términos:

Mi mandante el Señor Carlos Arturo Rubiano Vivas tiene derecho a que se reconozca la pensión establecida tal y como se está solicitando en el escrito de demanda, lo anterior por haber reunido todos los requisitos establecidos en el Decreto 049 de 1990 tal y como se expuso en los fundamentos de derecho de está escrito a demanda el Señor Carlos Arturo Rubiano Vivas laboró un total de 1025,86 semanas, lo anterior corresponde a 7181 días laborados hasta el 31 de agosto del 2019 (sic) que corresponde a la suma de 1025,86 semanas.

Ahora bien respecto a las semanas de cotización que se encuentran en cero o que corresponden en cero en la historia laboral, la Mora en el pago de los aportes y las cotizaciones pensionales tal y como lo establecido la Corte Suprema sala de casación laboral, la entidad administradora de pensiones debe hacer el trámite respectivo para pues surtir aquel trámite de mora que exista referente del empleador al trabajador en el pago de aporte o cotizaciones pensionales, es así que no debe porque recaer en nombre o a cargo del Señor Carlos Arturo Rubiano Vivas, si es el caso y si así lo fuere cotizaciones que existieran en Mora relacionadas en la historia laboral que pues se encuentra o reposa en la entidad administradora colombiana de pensiones Colpensiones, siendo así honorables magistrados ruego nuevamente se estudien las pretensiones de la demanda, así mismo se estudie la historia laboral en tanto pues el Señor Carlos Arturo Rubiano Vivas completa las 1025,86 semanas al 31 de agosto 2019 (sic) cumpliendo con todos los requisitos establecidos para estar en el régimen de transición, bajo estas consideraciones ruego respetuosamente entonces se tenga en cuenta mi recurso de apelación y se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, Muchas gracias.

semanas en cualquier tiempo o 500 en los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años.

Establecidos los antecedentes procesales se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto 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, en atención a la controversia planteada se procederá a verificar si el actor tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición.

En ese orden, se verificará en primer lugar si el demandante es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, beneficio que de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005[2], tiene **dos límites** temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo -29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

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

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

De tal manera, en el expediente reposa copia de la cédula de ciudadanía del actor (Archivo 1 expediente digital pág. 10) que da cuenta de su fecha de nacimiento el 14 de agosto de 1944, ello permite concluir que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1° de abril de 1994 contaba con **49 años** de edad; y para el 29 de julio del 2005 contaba con **813.84 semanas** (102 del ejército nacional + 711,84 al ISS conforme historia laboral y CETIL obrantes en el expediente administrativo), por lo tanto resulta ser beneficiario del régimen de transición, beneficio que mantuvo su vigencia hasta diciembre del 2014 por contar con más de 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (29/07/2005), debiéndose proceder entonces a la verificación del régimen que le sería aplicable a efecto de establecer sus requisitos y la acreditación de los mismos en el plenario antes de los límites establecidos por el acto legislativo 01 de 2005.

En cuanto al régimen anterior, se observa que el accionante durante su vida laboral ha efectuado cotizaciones a COLPENSIONES, desde el 16 de junio de 1969, fecha que se consigna en el reporte de semanas cotizadas atrás citado, **por lo que el régimen anterior aplicable a la situación pensional del actor lo sería el contenido en el Acuerdo 049 de 1990**, que en su artículo 12 exige la edad de 60 años para el hombre y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, como se dijo, a más tardar al 31 de diciembre del 2014.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que el señor RUBIANO VIVAS alcanzó los 60 años el **14 de agosto del 2004**, es decir, en fecha anterior al primer límite establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, 31 de julio de 2010, por lo que el tiempo anterior a los 20 años anteriores al cumplimiento de la referida edad, son los comprendidos entre el **14 de agosto de 1984 y el 14 de agosto del 2004,** debiendo entonces verificarse el número de semanas cotizadas en dicho lapso.

En este punto se tiene que el actor presto sus servicios al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL del 1° de abril de 1965 al 30 de marzo de 1967 en el cargo de SOLDADO, conforme a la CERTIFICACIÓN

ELECTRONICA DE TIEMPOS LABORADOS -CETIL- obrante en el expediente administrativo, acreditando así **102 semanas** de servicios allí prestados.

Ahora bien, en la HISTORIA LABORAL aportada por COLPENSIONES (carpeta expediente administrativo) y actualizada al 23 de septiembre del 2022 se registran **711.71 semanas** de aportes desde el 16 de junio de 1969 al 31 de julio del 2003, advirtiéndose del 1° de noviembre del 2005 al 31 de agosto del 2009 sus cotizaciones aparecen en cero (0), sin embargo en el detalle de pagos para ese periodo se hace la anotación "*Valor del subsidio devuelto al Estado por Decreto 3771, Saldo a favor del afiliado"* registrando COLPENSIONES 30 días como reportados pero cotizados cero (0), situación que a todas luces no puede ser válida, pues se recibió el aporte y se registraron los correspondiente días aportados por el actor, y en esa medida deben tenerse en cuenta para el computo de las semanas del accionante, lapso que corresponde a **162.86** semanas que no se registran en esa historia laboral.

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	DIAS
1-nov-05	31-ene-06	90
1-feb-06	31-oct-06	270
1-dic-06	31-dic-06	30
1-feb-07	30-sep-07	240
1-nov-07	31-ene-08	90
1-feb-08	31-ene-09	360
1-jul-09	31-ago-09	60
TOTAL DIAS		1140
TOTAL SEMANAS		**162,86**

De modo que sumando todas las semanas aportadas por el actor, encuentra las Sala que éste cotizó un total de **976.57 en toda su vida laboral** (102+711,71+162.86) esto es, NO alcanza a reunir un total de 1000 semanas aportadas ante la administradora del régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo y para el periodo del **14 de agosto de 1984 al 14 de agosto del 2004** (últimos 20 años) tiene apenas **260.86 semanas** es decir, no acredita el requisito de 500 semanas ya mencionado.

Ahora bien, como lo solicitado por la parte actora en últimas es el reconocimiento de la pensión de vejez, advirtiendo que no es beneficiario del

régimen de transición, examinado su derecho a la luz de la Ley 797 de 2003, se advierte que tampoco reúne los requisitos establecidos en la misma, en atención a que para el 31 de agosto del 2006, fecha en la que alcanzó los 62 años no contaba con las 1075 semanas exigidas para quienes no eran beneficiarios del régimen de transición (Articulo 33 L. 100/93 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003), pues como ya se indicó en toda su vida laboral cuenta con apenas 976.57 semanas de aportes.

Dilucidado lo anterior, es claro que no puede tener éxito el reconocimiento de la pensión de vejez que se reclama en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, pues se repite, no cumplió con las semanas requeridas para aplicarle tal normativa, precisándose a la apelante los periodos que se encuentran en cero en la historia laboral ya fueron tenidos en cuenta por esta Sala de decisión como atrás se señaló, sin que los mismos logren sumar las 1000 semanas mínimas exigidas por dicha normativa.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ADRIANA DEL PILAR HIGUERA GONZALEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- Y PORVENIR S.A. (RAD. 27 2021 00051 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, representada legamente por CLAUDIA LILIANA VELA, como apoderada principal y a la abogada KAREN SILVANA MENDIVELSO CUELLAR, como sustituta, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, en los términos y para los efectos de los poderes conferidos.

Del mismo modo, 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, en su calidad de profesional adscrita a la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el

grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por la Juez 27 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 25 de mayo del 2023 (Exp. Digital: *«Audio Archivo 26»,* récord: 1:03:55), en la que se resolvió:

> *«**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de la señora ADRIANA DEL PILAR HIGUERA RODRÍGUEZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la señora ADRIANA DEL PILAR HIGUERA RODRÍGUEZ como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de la pensión mínima y primas de seguros previsionales, conforme lo explicado en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a afiliar nuevamente a la señora Adriana del Pilar Higuera Rodríguez, al régimen de prima media con prestación definida y recibir las cotizaciones provenientes de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías porvenir SA, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por Colpensiones y Porvenir, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** a PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de $2.000.000, como agencias en derecho».*

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia de primera instancia toda vez que en el transcurso del proceso no se logra demostrar el supuesto engaño sufrido por la accionante y recibido por la AFP, así como también la falta de información al momento de la asesoría, al ser este un asunto probatorio donde COLPENSIONES no tiene documentos o conoció en su momento de la referida asesoría recibida por la demandante, la cual queda sujeta aquello que la AFP del RAIS logre demostrar en relación con su gestión, esto acorde al Estatuto del Consumidor, leyes y Decretos que regulen la afiliación de los particulares al Sistema Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad.

Indica que, al revisar el formulario de afiliación y traslado firmado por la demandante, suscrito bajo la gravedad del juramento, en el mismo se encuentra la manifestación expresa que lo hizo libre de apremios y por su propia voluntad. Por tanto, en su sentir la afiliación de la parte actora al RAIS se realizó con el lleno de

los requisitos legales y en dichas oportunidades no manifestó su deseo retractarse de la misma, razón por la cual no puede tener un regreso automático del régimen de prima media con prestación definida, advirtiendo no obra prueba alguna de que efectivamente a la accionante se le hubiere hecho incurrir en error, falta al deber de la información por parte de la AFP o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, fuerza o dolo.

Finalmente señala que la parte actora nunca comunicó su deseo de retractarse de la afiliación al RAIS, por lo debe asumir las consecuencias legales de tales decisiones, de modo que no es procedente alegar después de tanto tiempo -más de 24 años-, que fue engañada. (récord: 1:05:47, ibidem[1]).

[1] **APODERADA PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES):** Muchas gracias, señora juez, de tener en cuenta la sentencia de carácter condenatorio me permite interponer y sustentar recurso de apelación contra la misma, al respecto, tenemos que el honorable juzgado 27 en la anterior providencia ordenó pues declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS que efectuó la parte actora para en su lugar tener a la accionante como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, junto con el traslado por parte de la AFP porvenir de todos los aportes, cotizaciones, frutos, rendimientos, entre otros conceptos causados en su cuenta de ahorro individual.

Al respecto me permito manifestar que Colpensiones no comparte tal decisión, toda vez que, como se indicó, tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión, nunca en el transcurso del proceso se logró demostrar el supuesto engaño sufrido por la accionante y recibido por las AFP, así como la falta de información al momento de la asesoría, al ser este un asunto probatorio Colpensiones, no tiene documentos o conoció en su momento de la referida asesoría recibida por la demandante, queda sujeto a aquello que la AFP logre demostrar en relación con su gestión, esto acorde al Estatuto del consumidor, a las leyes y decretos que regulan la afiliación de los particulares al sistema de régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante lo anterior si se llegan a revisar los formularios de afiliación y traslados firmados por la demandante suscritos bajo la gravedad de juramento, en los mismos se encuentra la manifestación expresa que lo hizo libre de apremios y por su propia voluntad, por tanto, pues las afiliaciones de la actora al RAIS se realizaron con el lleno de requisitos legales y en dichas oportunidades legales nunca manifestó su deseo de retractarse de las mismas, razón por la cual no podía ordenar su regreso automático al régimen de prima media con prestación definida.

Asimismo, dentro del expediente tenemos que no obra prueba alguna de que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error, falta al deber de información por parte de las AFP o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, fuerza o dolo, así mismo no se evidencia dentro del formulario de afiliación, nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos y presiones indebidas.

Visto los hechos de la demanda, es fácil concluir que en el presente asunto no se da el vicio el consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP porvenir y posteriormente con horizonte, por no tratarse de un error de (sic) o error de nulidad, que es aquel que por esencial afecta la validez del acto y lo condenó a su anulación o recisión judicial.

De lo anterior se deduce que sin esta decisión libre y voluntaria y sin presiones en las oportunidades legales, la parte actora nunca manifestó su deseo de retractarse de la afiliación a RAIS, eso trae a la postre que debe asumir las consecuencias legales de tales decisiones, que no fueron otras que regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual con solidaridad por más de 24 años, de modo que no es procedente alegar después de tanto tiempo que fue engañada solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas, lo que significa que la vinculación a la administradora del RAIS, se ajustó a la ley y goza de plena y total validez.

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 reforma de la demanda (Exp. Digital*: Archivo 09* página 16), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 10 a 16, ibidem), aspirando se declare de manera principal la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se ordene a PORVENIR a trasladarla junto con el saldo de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos al RPM, así mismo se ordene a COLPENSIONES recibir y afiliarla manteniendo las semanas allí cotizadas, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora y se condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la señora HIGUERA RODRÍGUEZ como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses, generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales. Lo anterior tras considerar que, con fundamento

---

Entonces al haber juntado pues la parte actora sus pretensiones en el hecho de haber sido engañada por los asesores de los fondos privados a los cuales ha estado afiliado de conformidad con el artículo 1516 del Código Civil y 167 del código general del proceso, le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia en el presente caso, esto centrándonos en los hechos y las pretensiones de la accionante, se tienen que no estaban llamados a prosperar, por cuanto carecían de la reunión total de las exigencias y rigurosidades que establece la ley para retornar del RAIS al RPM.

Finalmente se resalta que el actuar de Colpensiones siempre ha estado sujeto al lineamiento jurisprudencial plasmando en sentencias como la C-189 de 2002, SU 062 de 2010, 1024 del 2004, C-130 del 2011, 060 del 2011, SL 17595 de 2017, entre otras, que han tratado a fondo este asunto de la ineficacia y/o nulidad del traslado. Y por eso se puede afirmar que la accionante no tiene derecho a regresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones, así como tampoco, pues el consecuencial traslado de aportes, bonos, frutos, rendimientos, entre otros conceptos causados en la cuenta de ahorro individual.

Teniendo en cuenta lo anterior, se solicita muy respetuosamente al honorable Tribunal Superior de Bogotá, sala laboral que revoque la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las condenas.

en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias de su traslado, aunado a que el formulario no constituye prueba de la información proporcionada.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 20 de agosto de 1970 (Archivo 3 expediente digital página 7), por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2027, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 12 de julio del 2019 (páginas 64 a 67 ibidem), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional; de otra parte, se tiene, la actora no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994[3], pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 1.86 semanas cotizadas al sistema (Página 37, *«Archivo 7 expediente digital»*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la

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

[3] Era trabajadora de la DIAN –Sector público del orden Nacional- conforme lo indica el Formulario de Afiliación a Porvenir.

Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **1° de octubre de 1998** con fecha de efectividad a partir del **1° de diciembre de 1998** (págs. 35 y 68, Archivo 7 expediente digital), por afiliación que hiciera a la AFP PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.
Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la*

> *declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias»*.

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

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

Al punto sostuvo la Corte (CSJ SL2877 de 2020):

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

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

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

> «***1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la

pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"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".

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 al accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en

---

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

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

el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante[6] no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que ingresó a laboral por primera vez a la empresa SERVIREPUESTOS DEL OCCIDENTE en 1998 la oficina de talento humano le paso el formulario de afiliación a PORVENIR, por lo que lo firmo para continuar con el proceso de contratación. La actora indica que para ese momento no había un asesor de dicha AFP y que no le explicaron características del régimen, ni mucho menos los requisitos para pensionarse.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es que los argumentos de la accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad a la demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

Ahora en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (página 68 Archivo 7 expediente digital) señalado por Colpensiones en su apelación, 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 CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

[6] Audiencia 25 de mayo de 2023, récord 12:01

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 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 CSJ SL1688-2019 reiterada en la CSJ SL-3708-2021 y CSJ SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

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

y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

…

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(1° de octubre de 1998, efectivo el 1° de diciembre de ese año),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, con relación al hecho de permanecer la demandante en el RAIS por mucho tiempo -24 años-, a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar al impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar al demandante al momento de su traslado no fue acreditada por la AFP PORVENIR, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[7], los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades[8], como también la activación de su afiliación

[7] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[8] *Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021*

en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Lo anterior, teniendo en cuenta que así lo ha considerado el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

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

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, que se adicionará el ordinal segundo de la decisión, ordenándose disponer el pago debidamente **indexado**, como quiera que, para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

> *«****Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor*

> *del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real»* (Negrillas de la Sala).

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

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[9], a favor de quien se surte la consulta (páginas 41 a 43, *«Archivo 8 expediente digital»*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en el sentido disponer el pago debidamente **indexado**, de los valores objeto de devolución allí indicados, conforme lo considerado.

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

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

[9] Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 05 de septiembre de 2022 (*«10TienePorContestadaYFijaFecha2019771.pdf»*).

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR PATRICIA LONDOÑO AFANADOR CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. (RAD. 28 2021 00453 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 28 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 8 de mayo del 2023 *(Audiencia virtual, archivo 17 expediente digital, récord: 1:05:08),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora PATRICIA LONDOÑO AFANADOR al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de marzo de 1998, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy en día por COLPENSIONES, todo conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., para que traslade los aportes pensionales o cotizaciones, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora PATRICIA LONDOÑO AFANADOR quien se identifica con C.C. 51.826.485, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, y discriminados con sus respectivos valores*

con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante, con cargo a sus propios recursos y con destino a COLPENSIONES.

***TERCERO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES para que active la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y proceda a actualizar su historia laboral.*

***CUARTO: DECLARAR** no probadas los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado.*

***QUINTO: COSTAS** DE ESTA INSTANCIA a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A., Señalándose como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a cargo de cada una de estas y a favor de la parte actora.*

***SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES."*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES presenta recurso de apelación solicitando se se sirva revocar la condena impuesta en contra de la administradora colombiana de pensiones -Colpensiones-, pues en su sentir lo importante es que exista un reflejo entre voluntad y acción, es decir que la realidad sea una un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional, señalando con la decisión tomada se atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema, en el entendido que el objetivo perseguido con el periodo de señalamiento de carencia establecido en la Ley 797 del 2003, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida que se produce cuando se permite que las personas que no han contribuido al fondo común representen en un futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico, trasladándose de régimen cuando están próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuye a desfinanciar el sistema y por ende a poner en riesgo la garantía de irrenunciable del derecho a la pensión del resto de los cotizantes.

Por otro lado, solicita se absuelva del pago de las costas pues las actuaciones de la administradora colombiana de pensiones han estado bajo la egida de la buena fe y la aplicación al principio legal que le corresponde a este caso en concreto, solicitando se tenga en cuenta decisiones del Tribunal que han absuelto del pago de las mismas. *(Audiencia virtual, archivo 17 expediente digital, récord: 1:07:41[1])*

[1] **APODERADO COLPENSIONES: "**Muchas gracias su señoría. Siendo este momento procesal oportuno me permito presentar y sustentar recurso de apelación frente a la decisión proferida por su honorable despacho lo anterior tendiente a que el honorable Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá se sirva revocar la condena impuesta en contra de la administradora colombiana de pensiones- Colpensiones. En virtud a que lo importante es que exista un reflejo entre voluntad y acción, es decir que la realidad sea una un

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 3 y 4 del archivo 01 expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 1 a 3, ibídem),* aspirando de manera principal se declare la ineficacia del formulario de afiliación a Porvenir, con el cual se efectuó el traslado de régimen como también el de Colfondos, en consecuencia se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se condene a la AFP Porvenir a devolver las cotizaciones o aportes por pensión que fueron recibidas, con los rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, igualmente se ordene a esta entidad a recibirla en el RPM como si nunca se hubiera trasladado, se condene en costas procesales y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita.* **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, en consecuencia, ordenó a COLFONDOS a devolver a **COLPENSIONES** para que traslade los aportes pensionales o cotizaciones, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora PATRICIA

---

reflejo en lo que aparece firmado de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional, determinado.

Finalmente, con la sentencia de ineficacia del traslado del régimen pensional de esta afiliada que se encuentra dentro de la prohibición de que trata la ley 797 del 2003, conforme a lo indicado en la sentencia SU062 de 2010, atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema, en el entendido que el objetivo perseguido con el periodo de señalamiento de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización de fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida que se producen cuando se permite que las personas que no han contribuido al fondo común y que por lo mismo no fueran tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial, para determinar las sumas que, representada en un futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico, pudiesen trasladarse de régimen cuando están próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Lo que contribuye a desfinanciar el sistema y por ende a poner en riesgo la garantía de irrenunciable del derecho a la pensión del resto de los cotizantes.

Finalmente, con respecto a las cosas, solicito muy respetuosamente a la sala del honorable tribunal y a sus magistrados tener en cuenta lo manifestado por la honorable magistrada LUZ PATRICIA CALLE en su salvamento de voto en el proceso 00092021177 en donde manifiesta " Finalmente consideró que en asuntos como este teniendo en cuenta las circunstancias particulares que lo rodean, las costas deberían disponerse únicamente a cargo del o de los fondos privados de pensiones, que con su omisión dan lugar al resultado del proceso, en la medida que Colpensiones no tuvo injerencia alguna en el acto jurídico de traslado de régimen pensional que se declaró ineficaz, ni es en este, en consecuencia, directa o indirecta de la acción u omisión de la administradora del RPM. Así como tampoco le era dable resolver sobre la situación de ineficacia que se discutió y simplemente esa llamada soportar las consecuencias jurídicas de la omisión de la administradora del RAIS, siendo esa la única razón por la que se vincula de manera necesaria el proceso, sin que, por tanto, en estricto sentido puede ser tenida como vencida en juicio, en el mismo, aun cuando razonablemente se oponga lo pretendido, ajustándose su actuar al ordenamiento legal". Aunado lo anterior, las actuaciones de la administradora colombiana de pensiones han estado bajo la egida de la buena fe y nuestra aplicación al principio legal que le corresponde a este caso en concreto.

De este modo y dadas las anteriores consideraciones de orden jurídico legal solicito muy respetuosamente al honorable tribunal, se sirva revocar la condena impuesta en contra de la Administradora colombiana de pensiones, dejando así por sustentado el recurso de apelación. Muchas gracias, su señoría por el uso de la palabra."

LONDOÑO AFANADOR con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante, con cargo a sus propios recursos y con destino a COLPENSIONES, así mismo, ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y proceder a actualizar su historia laboral. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada Porvenir no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 4 de febrero de 1967 *(Página 10, Archivo 01 expediente digital)*, por lo que la edad de 57 años, los cumpliría en el año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 3 de junio del 2021 *(Página 345, Archivo 01 expediente digital)*, esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años de cumplir

[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".*

la edad para adquirir el derecho pensional, y, otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994- por cuanto para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado 219 semanas (*Historia Laboral expedida por Colpensiones pág. 419 Archivo 10 expediente digital)*, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como bien lo sostiene Colpensiones en su apelación.

No obstante, se tiene que es con fundamento en la ausencia del suministro de información que pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **28 de enero de 1998** con fecha de efectividad a partir del **1° de marzo de 1998** (*páginas 70 y 72, archivo 9 expediente digital)* por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y reporte SIAFF expedido por ASOFONDOS.

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[3], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

noviembre de 2011[4], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de

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*

---

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.

> *lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)"*

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[5], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 1998 cuando se encontraba trabajando en un hotel llego PORVENIR y su asesor le indico las bondades de esa AFP, concretamente que se podía pensionar en una edad inferior, y que en todo caso el ISS se iba acabar, de modo que por la forma en que le mencionaron esos beneficios, decidió firmar sin coacción alguna el formulario de afiliación.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR *(pág. 72 Archivo 9 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea

[5] Audiencia del 8 de mayo del 2023, récord 15:54

consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

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

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

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*

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

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

…

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(28 de enero de 1998, efectivo el 1º de marzo de la misma anualidad),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (Porvenir y Colfondos), en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual según se observa en el historial de vinculación, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio (página 70, archivo 9).

Frente al de traslado a diversas AFP memórense los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, aquel con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y más recientemente la sentencia CSJ SL1055-2022 radicación 87911 de 2 de marzo de 2022, última en la cual se indicó:

> *«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento*

que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias».

Así también se reiteró en la sentencia CSJ SL2379-2022:

*«De otra parte, hay que resaltar que **los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS**. De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión».*

*En este sentido, se indicó que «los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente **porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz**, el cual no puede sanearse como la nulidad»* (Negrillas y subrayas de la Sala).

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

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

Sin embargo, debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de COLPENSIONES, que se adicionará el ordinal segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR S.A. también debe devolver a COLPENSIONES, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, además COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. también deben retornar las **comisiones**, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades[6] y debidamente indexadas.

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

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

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

> *cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil.* ***En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones."***

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

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

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

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

cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, radicación No. 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

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

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene ahondar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema o equilibrio financiero, 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 del demandante.

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

Ahora, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta[7] (*Archivo 10 expediente digital, página 5*) 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

[7] Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 6 de febrero del 2023 (Archivo 12 expediente digital)

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

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

Es de advertir a COLPENSIONES, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, adicionará y modificará la decisión de primer grado conforme las motivaciones que preceden.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

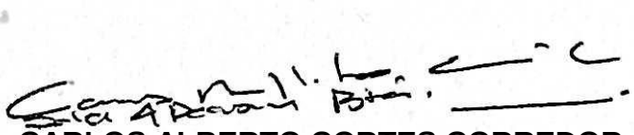
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en su numeral **SEGUNDO**, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a retornar igualmente los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, además COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. también deben retornar las **comisiones**, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial todo debidamente indexado, conforme lo considerado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

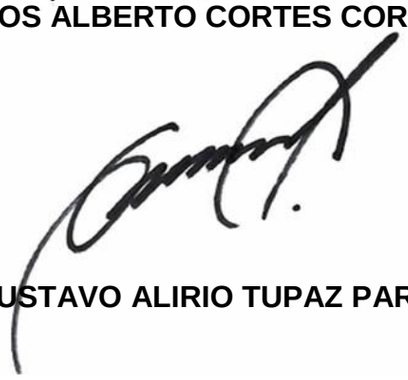
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA DEL CARMEN CASTELLANO GARCIA CONTRA PROTECCIÓN S.A. y los vinculados como litisconsortes necesarios HENYER DEIVIS RUEDA CASTELLANOS, ROMINGER JHAZLLERS RUEDA CASTELLANOS y EMERSON CRISTIAN RUEDA CASTELLANOS (RAD. 31 2022 00135 02).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandada PROTECCIÓN S.A., de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de abril del 2023 (Audio Archivo 24 expediente digital, récord: 31:07), en la que se resolvió:

> *"**CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a reconocer y pagar a la demandante, MARÍA DEL CARMEN CASTELLANO GARCÍA, pensión de sobrevivientes generada por el fallecimiento del causante LUIS ANGEL RUEDA DELGADO, a partir del 3 de junio del año 2021, con carácter vitalicio, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.*
>
> ***CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar a la demandante por concepto de retroactivo pensional, liquidado por el periodo comprendido entre el 3 de junio del año 2021 al 30 de abril del año 2023, la suma de VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS DIECISIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS ($24.817.355).*

> ***CONDENAR** a la demandada a reconocer y pagar a la demandante intereses moratorios a la tasa más alta vigente sobre el valor del retroactivo pensional, liquidado y no cancelado a partir del 4 de septiembre del año 2021.*
>
> ***CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. al pago de costas y agencias en derecho, en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente."*

Inconforme con la decisión la apoderada PROTECCIÓN S.A. apelo la decisión únicamente en cuanto a la condena por intereses moratorios, aduciendo dicha entidad no negó la prestación pensional por no cumplirse el requisito de calidad de compañera permanente sino porque cuando se recibió la solicitud de la demandante inicia la investigación encontrando que puede existir otra beneficiaria, lo cual generó dudas frente a quien podría tener el derecho, por lo que en su sentir si existía un conflicto de beneficiarios que la exime de esa condena, precisando que al haber requerido a la demandante para que aclarara ello sin obtener respuesta de su parte entendió que operó un desistimiento tácito de la solicitud y por ende no continuó con el trámite, señalando tan solo con este proceso tuvo conocimiento de la intención de la actora de acceder a la prestación económica, situaciones que por ende dan lugar según lo aduce a que sea exonerada del pago de los intereses moratorios. (*Audio Archivo 24 expediente digital, récord: 32:45*[1])

---

[1] **APODERADA PARTE DEMANDADA PROTECCIÓN**: Gracias señora juez, estando en este momento procesal interpongo el correspondiente recurso de apelación de manera parcial contra la condena impuesta a mi representada, pues de pagar intereses moratorios, a partir del 4 de septiembre del 2021, lo cual le solicito a los señores magistrados revocar, pues esta condena y pues que tenga en cuenta estos argumentos, debe tenerse presente señores magistrados que mi representada, pues no negó esta pensión de sobrevivencia o la prestación económica causada por no cumplirse los requisitos de calidad de compañera permanente, que pues solicitaba pues la demandante en ese momento en la administración.

Debe tenerse en cuenta, pues mejor lo acontecido en la sede administrativa, es decir que pues Protección recibe la solicitud de la demandante, inicia la investigación de verificar la convivencia que el cual se aportó, pues en este proceso, en la investigación se extrae, que puede existir pues otra beneficiaria, por lo tanto, pues hay un indicio que genera duda de quiénes pueden tener derecho, se solicita documental a la solicitante a la señora María Castellano y está guarda silencio, no allega respuesta alguna, pues primero no allega lo solicitado o pues alguna respuesta en cuanto pues era imposible o que no tenía conocimiento. además, sencillamente pues guarda silencio, por lo tanto, señores magistrados, pues se extrae de lo sucedido y protección, pues lo veo así en la sede administrativa que podía existir un conflicto de beneficiario y que la solicitante hoy demandante, pues no aclaró tal situación, por lo que PROTECCIÓN, pues no continuó con la solicitud, la demandante no hizo manifestación alguna y toda se tomó como un desistimiento tácito, toda vez que, pues no, completó en debida forma la solicitud de la prestación económica, es por esos señores magistrados que insiste esta apoderada en cabeza de esta administradora PROTECCIÓN S.A, que en el presente proceso, pues no hay lugar a intereses moratorios por parte de PROTECCIÓN S.A a la demandante. como lo condenó pues la señora juez en su fallo, pues no se cumple, pues con lo requerido en el artículo 141, la Ley 100, pues considera PROTECCIÓN, pues que no existió mora alguna en el reconocimiento, pues de acuerdo, pues al termino 1° de la Ley 717 de 2001, pues PROTECCIÓN nunca recibió, pues en su totalidad o en debida forma esta solicitud, pues no se considera que no ocurre el término para pronunciarse de 2 respuestas y toda vez que hubo un desistimiento tácito, u como sea fundamento, pues en la contestación de la demanda y por razón por la cual, pues no hay lugar a estos intereses moratorios, adicional se insiste señores magistrados, y en esto pues quiero ser reiterativa que pues teniendo en cuenta esta investigación, pues PROTECCIÓN consideró en su momento, que pues al poderse existir otra beneficiaria de las prestaciones económicas, pues se puede suscitarse, pues el conflicto entre beneficiarias y, como bien lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, pues cuando existe este conflicto pues debe resolverse ante la jurisdicción y por lo tanto, pues no hay lugar, pues a estos intereses moratorios téngase señores magistrados

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARÍA DEL CARMEN CASTELLANO GARCÍA, las pretensiones que relacionó en la demanda (Archivo 02 expediente digital, página 3), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados en las páginas 1 y 2 del mismo archivo, solicitando se declare el señor Luis Henyer Rueda Delgado (q.e.p.d) cumplía con las semanas exigidas en la Ley 797 de 2003 para dejar causada la pensión de sobrevivientes, así mismo se declare su condición de beneficiaria en calidad de compañera permanente supérstite y en consecuencia se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes desde el 3 de junio del 2021 junto con el retroactivo causado, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por el no pago de las mesadas pensionales, indexación de las mesadas adeudadas, condenas *ultra y extra petita,* gastos de agencias y costas procesales.

En sentencia de primera instancia la Juez accedió al pago de la pensión de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante en un 100% a partir 3 de junio del 2021 en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente, junto con los intereses moratorios a partir del 4 de septiembre del 2021 y costas del proceso. Frente a los vinculados como litisconsortes necesarios señaló que, si bien acreditaron la calidad de hijos del causante, 2 de ellos para esa data

---

de acuerdo, pues a la investigación realizada por PROTECCIÓN, en ningún momento en la conclusión de este documento se tiene que la demandante no haya acreditado su condición de beneficiario, no haya acreditado, pues esa calidad de compañera permanente, en ningún momento, ahí se negó por parte de ese tercero y el cual es objeto para que protesten, reconozca o no una prestación. Allí, lo que se dejó como conclusión, pues de que efectivamente pudiera suscitarse un conflicto y que pues debía pues realizarse, pues no las investigaciones pertinentes para verificar si existía o no existía y por lo tanto, pues se requirió a la demandante, si bien comparto lo que dice la señora juez en cuanto pues que no se puede solicitar lo imposible, lo cierto, pues es que la demandante entonces hubiera realizado pues alguna manifestación ante protección, S.A, es decir, que no tenía conocimiento que no contaba con el documento, alguna declaración extra juicio podía optar por otras respuestas y no necesariamente por lo solicitado por protección, por lo tanto, al no recibir respuesta, pues protección lo que significó para esa administradora es que pues efectivamente había un desistimiento tácito y solamente volvió a tener conocimiento de la intención de la demandante, pues de acceder a la prestación económica causada por el señor Luis, pues ya fue con este proceso, con esta demanda, por lo tanto considero señores magistrados, que, así como sucedió en este caso y las respuestas y de acuerdo pues a los documentales allegaba con esta, con la contestación de la demanda y en los cuales pues fueron analizados con la señora juez, pues considero que no hay lugar, pues entonces a que se le pague a la demandante intereses moratorios y, pues de esta manera, pues dejaré sustentado mi recurso apelación de manera parcial muchas gracias.

superaban los 25 años de edad (Henyer y Rominger) y Emerson Cristian pese a tener 21 años para esa fecha no demostró la condición de estudiante para el momento de la muerte de su progenitor. En relación con la demandante consideró que la misma acreditó la calidad de compañera permanente y la convivencia con el de cujus en los 5 años anteriores a su deceso lo cual extrajo de los testimonios que se rindieron en el proceso.

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, en virtud del principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), se circunscribe en determinar únicamente la procedencia de los intereses moratorios reclamados por la demandante y a los que fue condenada Protección S.A., 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).

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

- El señor LUIS HENYER RUEDA DELGADO, falleció el **3 de junio del 2021**, conforme se señala en el registro civil de defunción visible en el Archivo 03, expediente digital página 4 y procreó 3 hijos con la señora María del Carmen Castellano García de nombres: Henyer Deivis, Rominger Jhazllers y Emerson Cristian Rueda Castellanos (ver registros civiles de nacimiento y copia de las cedulas de ciudadanía págs. 6 a 12 ibidem)

- Mediante comunicación S21N64450 del 23 de septiembre del 2021 Protección S.A. le informa a la demandante "*A la fecha no ha sido posible resolver de fondo la solicitud porque tenemos pendiente por parte de usted que aporte: El afiliado estuvo casado con la señora Elvia y se separó legalmente. Así las cosas, se requiere sentencia de divorcio".* Posteriormente mediante correo del 25 de febrero del 2022 la misma entidad le comunica que se "*decreta el DESISTIMIENTO y ARCHIVO DE LA SOLICITUD DE PRESTACIÓIN ECONOMICA fallecido (a) LUIS HENYER RUEDA DELGADO con número de identificación 10168824 y/o cumplimiento de gestión a su cargo para continuar el trámite Sobrevivencia"* (Archivo 10 expediente digital, págs. 57 y 58, 81 y 82)

Así las cosas y como quiera que el reconocimiento pensional no fue objeto de reproche por las partes ni el monto con el que le fue reconocida la pensión a la señora CASTELLANO GARCÍA, la Sala se releva del estudio del mismo. Razón por la cual se procede a resolver la apelación interpuesta relacionada con la condena a los INTERESES MORATORIOS, frente a los cuales resulta pertinente mencionar, los mismos se encuentran contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pero para su aplicación se debe tener en cuenta que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 787 de 2013, radicación 43602, morigeró la posición frente a la procedencia de los intereses moratorios, indicando se deben evaluar si existieron causas que justifiquen el desconocimiento del derecho por parte de la entidad.

En ese orden de entrada debe indicarse, que la decisión de no reconocer el derecho pensional a la demandante por parte de la AFP PROTECCIÓN, no se originó por un conflicto que existiera entre dos posibles beneficiarias (*cónyuge y compañera*) como se afirma en la apelación, sino porque existía incertidumbre respecto de los beneficiarios o titulares del derecho pensional, lo que le generó a la encartada serias dudas sobre quién era el titular del derecho pensional.

Advirtiéndose a la recurrente en casos como el presente donde lo discutido es el reconocimiento de una pensión de sobreviviente la misma Corporación en sentencia SL140-2023 Rad. 87346 del 30 de enero del 2023 frente a la procedencia de los intereses moratorios explicó:

> *"…la Corporación ha precisado que aquellos deben ser impuestos con independencia de la buena o mala fe en el comportamiento en que haya incurrido el deudor, siempre y cuando se demuestre el retardo* ***injustificado*** *en la cancelación de la prestación pensional (CSJ SL7893-2015), advirtiendo, además, que no en todos los casos es imperativo condenar por ese concepto, estableciendo algunas excepciones a dicho criterio, solo en eventos puntuales como cuando:*
>
> 1. *La negativa de las entidades para reconocer las prestaciones a su cargo, tiene respaldo en las normas que en un comienzo regulaban la situación o su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces (CSJ SL704-2013).*
>
> 2. *Se otorga una prestación pensional en aplicación de un cambio de criterio jurisprudencial (CSJ SL787-2013, reiterada en la sentencia CSJ SL2941-2016).*
>
> 3. *Se inaplica el requisito de fidelidad al sistema (CSJ SL10637-2014, reiterada en CSJ SL6326-2016, CSJ SL070-2018).*
>
> 4. *La controversia se define bajo una interpretación normativa, como sucede en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL12018-2016).*

> *5. Existe «algún conflicto entre potenciales beneficiarios de la pensión, que solo puede ser dirimido por la justicia ordinaria», como se puntualizó en la sentencia CSJ SL454-2021, reiterada, entre otros, en los fallos CSJ 1476-2021 y CSJ SL2893-2021,* ***con la precisión de que, en esta última hipótesis, la controversia entre el derecho pensional debe implicar una disputa real y no supuesta ni eventual entre beneficiarios excluyentes de la prestación*** *(CSJ SL5654-2021)."*

De esta manera se tiene que Protección S.A., como ya se dijo basa su defensa en el hecho de que existían dudas sobre a quien le correspondía el reconocimiento del derecho pensional, afirmando que según la investigación realizada el causante tuvo un matrimonio con una señora denominada "*Elvia",* así (Archivo 10 expediente digital págs. 84 y 88):

6. NÚCLEO FAMILIAR

De acuerdo con las diferentes labores realizadas, se logró establecer que para fecha de siniestro el señor LUIS HENYER RUEDA DELGADO, era de estado civil unión marital de hecho, familiar esa informaron acerca de una presunta sociedad conyugal constituida con una pareja llamada ELVIA (sin citar datos de contacto demás información relevante), con quien convivió aproximadamente en 1987, sin embargo se separaron efectuando la respectiva disolución de la sociedad conyugal respectivamente y tampoco fueron concebidos hijos (verificada la información ante la Registraduría Nacional del Servicio Civil no se encontraron resultados positivos tanto por nombre como por número de identificación del causante). Más adelante convivió con la reclamante a partir del 15 marzo de 1991 hasta fecha de siniestro siendo un total de treinta (30) años y dieciséis (16) días, con quien procreó dos (02) hijos, estableciendo así que su núcleo familiar estaba conformado por:

(…)

DELGADO y ELSA FELICIA RUEDA DELGADO (entrevistada), informó que su padre falleció en octubre de 2020 y su progenitora falleció en abril de 2019. Con respecto al entorno familiar del causante dio a conocer que se independizó a la edad de Veinte (20) años después de haber prestado su servicio militar, informó que tuvo un primer matrimonio con la señora ELVIA (no reporta mayor información), con quien convivió por un periodo de aproximadamente Dos (02) años y con quien no procreó hijos, estuvieron radicados en el municipio de San Miguel-Antioquia, se divorciaron plenamente entre 1982 o 1983; más adelante se conoció con la señora MARÍA DEL

Conforme a lo anterior para esta Sala de decisión tal situación o afirmación que se dio por parte de una familiar del causante en la investigación efectuada por Protección no tiene la virtud de eclipsar la condena impuesta por intereses moratorios, dado que en modo alguno se puede entender que existe un conflicto entre beneficiarias, simplemente con la vaga manifestación de que el causante pudo haber tenido un vínculo conyugal con una persona denominada "*ELVIA"* , sin más datos de identificación, pues revisadas las actuaciones administrativas, se colige, no existe reclamo de otra persona diferente a la demandante ya sea en calidad de cónyuge supérstite o de compañera permanente del causante que pudiera haber generado un conflicto, de ahí que se itera, no sea dable inferir con esa sola declaración que podía haber una controversia del derecho pensional, recordándose la excepción para que no procedan los intereses moratorios es que el conflicto implique "***una disputa real y no supuesta ni eventual entre beneficiarios excluyentes de la prestación****",* lo cual en efecto se dio en este caso pues justamente Protección aduce la existencia de una **presunta** sociedad conyugal del de cujus con "Elvia", situación que en manera alguna se pudo corroborar y ello dio lugar a que ni siquiera tal persona fuera vinculada dentro de ese trámite.

De modo que, ante la ausencia de razones que justifiquen la omisión de la encartada, en el desconocimiento del derecho pensional que le asistía a la demandante, lo procedente es que sea condenada al pago de los intereses moratorios por el pago tardío de las mesadas pensionales a las que tenía derecho la accionante desde el 3 de junio del 2021, en los términos dispuestos por la *a quo* que no fueron objeto de reproche.

Razón por la cual se ha de confirmar en este aspecto la sentencia de primera instancia agotándose así ante esta instancia el estudio del recurso de apelación interpuesto por Protección S.A., de conformidad con las razones esbozadas por esta Sala de Decisión.

COSTAS en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**

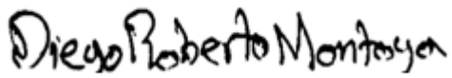
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

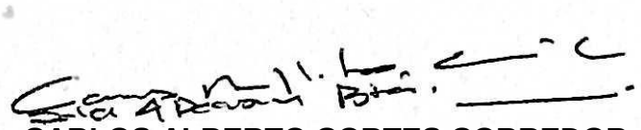
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada PROTECCIÓN S.A.

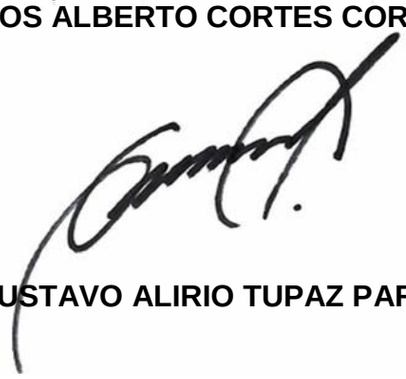
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

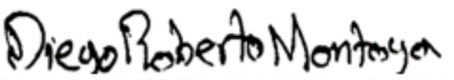


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.200.000 a favor de la demandante, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

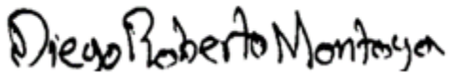
PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HERNANDO HERNÀN VALLEJO CUASTUMAL CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 37 2019 00592 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada NICOLE JULIANA LÓPEZ CASTAÑO como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA RIOS OLIVEROS, en calidad de representante legal suplente de la sociedad TABOR ASESORES LEGALES S.A.S.

Igualmente, 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 a la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 37 Laboral del Circuito de Bogotá

el pasado 5 de mayo del 2023 *(Audiencia virtual, archivo 15, 15ActaAudiencia05Mayo2023 del expediente digital, record: 01:17:01),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó el demandante señor HERNANDO HERNÁN VALLEJO CUASTUMAL del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., actuación que tuvo como fecha de suscripción el 5 de julio del 2000. En consecuencia, se declara válidamente la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, conforme lo expuesto.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR, a transferir a COLPENSIONES, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, comisiones y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el periodo que estuvo vinculado en dicho régimen, precisando que los rubros, los descuentos realizados por gastos de administración, comisiones, incluyendo primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, serán con cargo a los propios recursos de la entidad accionada PORVENIR y deberán ser pagados de manera indexada al momento en que se efectué ese retorno al Régimen de Prima Media, según se expuso.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, a reconocer y pagar al demandante HERNANDO HERNÁN VALLEJO CUASTUMAL, la pensión de vejez bajo la luz del artículo 10 de la Ley 797 de 2003, a partir del día siguiente al retiro del sistema; mesada que deberá se liquidada atendiendo los términos previstos en el artículo 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, retroactivo que además deberá ser indexado al momento en que se haga efectivo el pago de la obligación y se autoriza a la entidad demandada esto es a COLPENSIONES, para que de este retroactivo descuente lo correspondiente a los aportes destinados al sistema general en salud.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR** NO PROBADAS las excepciones propuestas.*
>
> ***QUINTO: COSTAS** a cargo de la parte demandada PORVENIR S.A., fíjense como agencia en derecho la suma de $1.500.000, por secretaría tásense en la etapa procesal correspondiente, y finalmente.*
>
> ***SEXTO**: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, conforme a lo ya enunciado.*
>
> *La anterior decisión la notifico en estrados y señores abogados tienen el uso de la palabra para que interpongan los recursos a que haya lugar.".*

Inconforme con la apelación PORVENIR, interpuso recurso de apelación manifestando[1], si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la

[1] ***Recurso PORVENIR, récord 01:21:15:** "Me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia solicitando al Honorable Tribunal en su Sala Laboral, se sirva revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaratoria ineficacia en la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual, así como las condenas que fueren impuestas en contra de PORVENIR, conforme a las siguientes consideraciones. En primer lugar, debe decirse que, si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la honorable Corte Suprema de Justicia, también la misma corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea todos los procesos en donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información. En efecto, debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para mí representada no se da en el presente asunto, pues el demandante realizó válidamente su traslado régimen pensional, el cual debe aclararse no exigía una*

honorable Corte Suprema de Justicia, también la misma corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos en donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información. En efecto, debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que no se da en el presente asunto, pues el demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional, el cual debe aclararse no exigía una información en los términos que fueron reclamados en la demanda. Ahora bien, con independencia de la información otorgada al momento del traslado de las condiciones, características, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual, se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por mi representado. De igual manera, como todo consumidor financiero el demandante debe actuar con mediana diligencia sobre el auto jurídico que estaba adoptando, con mayor razón si los datos relevantes que permitían precisar las consecuencias de esa vez estaban claramente determinados de normas legales de común conocimiento.

Por último, solicitó se revoque la decisión de instancia en lo relativo a la indexación de los valores objeto de condena impuesta, en la medida en que, como lo ha venido señalando, tanto el Tribunal Judicial de Cundinamarca y el Tribunal Superior de Cali, concretamente en la sentencia 0182 19473, se indica que ya se está compensando la depreciación de la moneda

Por su parte, la entidad Colpensiones, manifestó, respecto al deber de información en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones a la luz del Decreto 663 de 1993 y la Ley 100 de la misma anualidad, dicho deber de información, asesoría y buen consejo, requieren las mismas formalidades en la asesoría previa al traslado, aunado a ello, se convierte en un asunto de carácter imposible poder

---

información en los términos que fueron reclamados en la demanda. Ahora bien, con independencia de la información otorgada al momento del traslado de las condiciones, características, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual, se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por mi representado. De igual manera, como todo consumidor financiero el demandante debe actuar con mediana diligencia sobre el auto jurídico que estaba adoptando, con mayor razón si los datos relevantes que permitían precisar las consecuencias de esa vez estaban claramente determinados de normas legales de común conocimiento. Así mismo, debe decirse que mi representada aquí llamada juicio siempre ha actuado de buena fe objetiva, pues todas sus actuaciones ejecutaron en virtud de los supuestos legales vigentes para el momento del traslado. Por último, se solicita a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia en lo relativo a la indexación de los valores objeto de condena impuesta a mi representada, en la medida en que, como lo ha venido señalando, tanto el Tribunal Judicial de Cundinamarca y el Tribunal Superior de Cali, concretamente en la sentencia 0182 19473. se indica que ya se está compensando la depreciación de la moneda".

soportar información en el momento del traslado al no encontrarse vigente, aunado a lo anterior, existe una omisión del deber de información ya que no se explicaron ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales. Al respecto de precisarse que las condiciones características propias de ambos regímenes se encuentra en la Ley 100 de 1993 por ser de alcance nacional y poner su conocimiento a todos los ciudadanos, a partir de su promulgación, en consecuencia, no se puede atribuir exclusivamente a las AFP la omisión o de haber de información cuando esto se encuentra consignado en la ley y cuando el demandante una u otra manera tuvo una actitud pasiva o decir un poco de desidia frente a su futuro profesional, pues que nunca válido la información en primer lugar. Respecto de la posible ineficacia, resaltó, el actor no se acercó a una oficina en el Instituto de Seguros Sociales a corroborar la información, tampoco se detuvo a leer el contenido del formulario de afiliación de conformidad con su interrogatorio de parte, lo que demuestra que faltó a su deber como consumidor financiero del Decreto de 2241 de 2010, que anuncia, las obligaciones de los consumidores financieros. Por otro lado, adujo, la inconformidad del actor de su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad gira en torno a lo que sería la eventualmente mesada pensional, que recibiría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, situación que no puede dar lugar a la ineficacia o nulidad de la afiliación, puesto que los conceptos o las fórmulas establecidas en un otro régimen para el cálculo de la pensión, se encuentran contenidas en la Ley 100 de 1993. Luego entonces no obedece a un capricho o arbitrariedad de las administradoras de fondos de pensiones.

Finalmente, en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, tal como se expuso en los alegatos de conclusión, el demandante más del 80% de su construcción de su derecho de pensional lo realizó en el régimen de ahorro individual con solidaridad, entonces, debe ser esta administradora de fondos de pensiones, quien le ocupa reconocer la pensión de vejez y no la entidad como se efectuó en el presente proceso, en primer lugar, porque no cuenta con los emolumentos para para poder realizar o efectuar el cálculo y el reconocimiento de la prestación, puesto que se encuentra en cabeza de Porvenir y si bien el reconocimiento pensional se determinará a partir del retiro o de la novedad de retiro del demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad propiamente la AFP Porvenir, ya que, mientras se dirime el conflicto, y se realice o se efectúe las operaciones interadministrativas para darlo por válido, se va a generar un

retroactivo pensional que va a estar en cabeza de la entidad, afectando el principio de sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida.

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

CONSIDERACIONES

**Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*Páginas 6 a 7, archivo 01 Expediente Digitalizado),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 2 a 6, ibidem),* aspirando de manera principal se declare:

PRETENSIONES.

I. DECLARATIVAS.

PRIMERA. Que se declare la anulación de la afiliación-adhesión realizada por el señor HERNANDO HERMAN VALLEJO CUASTUMAL al fondo obligatorio de pensiones administrado por la AFP PORVENIR S.A. a partir del 1° de agosto de 2000, teniendo en cuenta que no hubo consentimiento informado al ciudadano sobre las consecuencias y efectos, tanto desfavorables como nocivos de trasladarse del régimen de prima media que administraba el ISS (hoy COLPENSIONES) hacia el régimen de ahorro individual que administra el fondo privado de Pensiones AFP PORVENIR S.A.

SEGUNDA. Que también se declare la anulación de la afiliación-adhesión realizada por el señor HERNANDO HERMAN VALLEJO CUASTUMAL, al fondo obligatorio de pensiones administrado por la AFP PORVENIR S.A., teniendo en cuenta que dicha afiliación se efectuó antes de la expedición de la ley 797 de 2003, en virtud de la cual se crearon condiciones jurídicas y económicas más desfavorables para el traslado entre regímenes pensiónales, contraviniendo con ello el principio de progresividad en materia de Seguridad Social.

TERCERA. Que también se declare que en aplicación y prevalencia del principio de *favorabilidad y condición más beneficiosa* en materia laboral, así como en el principio de *progresividad* en materia de seguridad social, se debe anular la afiliación realizada a partir del 1° de agosto de 2000 por el señor HERNANDO HERMAN VALLEJO CUASTUMAL al fondo obligatorio de pensiones administrado por la AFP PORVENIR S.A., por cuanto la mesada pensional que recibirá dentro del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA será de un valor ostensiblemente superior a la que en efecto recibirá, si permanece en el RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

CUARTA. Que se declare que COLPENSIONES deberá reconocer la pensión por vejez a favor del señor HERNANDO HERMAN VALLEJO CUASTUMAL, una vez acredite los requisitos de edad y semanas de cotización exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

II. DE CONDENA.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones de anulación del traslado al régimen de ahorro individual:

PRIMERA. Se CONDENE a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que el capital y los rendimientos financieros acumulados por el demandante en el fondo obligatorio de pensiones desde el 1° de agosto de 2000 y hasta la sentencia que ponga fin a esta controversia, sean TRASLADADOS hacia el Régimen de PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA que actualmente administra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-.

SEGUNDA. Que se ORDENE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a recibir dicho capital y rendimientos financieros en forma de semanas cotizadas y se contabilicen válidamente dentro de su historia laboral, como si aquella persona nunca se hubiera cambiado de régimen de pensión y siempre hubiera permanecido en el régimen de prima media, teniendo siempre como Ingreso Base de Cotización (IBC) para cada periodo, los salarios reportados por el FONDO DE PENSIONES PRIVADO.

TERCERA. Que se ORDENE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, para que luego del retorno del demandante al REGÍMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, le reconozca y pague una pensión de vejez en los términos de los artículos 9° y 10° de la Ley 797 de 2003 una vez acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicha normativa.

CUARTA. Se condene a las demandadas a los demás derechos que de acuerdo a las facultades que *extra y ultra petita* resulten demostrados dentro del presente trámite.

QUINTA. Se condene a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y COLPENSIONES al pago de las costas procesales.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó el demandante señor HERNANDO HERNÁN VALLEJO CUASTUMAL del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., actuación que tuvo como fecha de suscripción el 5 de julio del 2000, declarándose válidamente la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, se condenó a la demandada PORVENIR, a transferir a COLPENSIONES, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, comisiones y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el periodo que estuvo vinculado en dicho régimen, precisando que los rubros, los descuentos realizados por gastos de administración, comisiones, incluyendo primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, serán con cargo a los propios recursos de la

entidad accionada PORVENIR y deberán ser pagados de manera indexada al momento en que se efectué ese retorno al Régimen de Prima Media, condenar a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez bajo la luz del artículo 10 de la Ley 797 de 2003, a partir del día siguiente al retiro del sistema; mesada que deberá se liquidada atendiendo los términos previstos en el artículo 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, retroactivo que además deberá ser indexado al momento en que se haga efectivo el pago de la obligación y se autoriza a la entidad demandada, esto es, a COLPENSIONES, para que de este retroactivo descuente lo correspondiente a los aportes destinados al sistema general en salud, se declararon no probadas las excepciones propuestas y se condenó en costas a PORVENIR**. Lo anterior tras considerar**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias que conlleva el cambio de régimen.

De igual modo, encontró probado que el actor tenía derecho a la pensión de vejez, por reunir más de 1.300 semanas de cotización y haber cumplido 62 años de edad el 22 de octubre de 2017[2] sin embargo, la supeditó a que Colpensiones la liquidara en su momento, cuando se desafilie del sistema, dado que no está acreditado el retiro, siendo Colpensiones la que calcule la prestación teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada, en los términos de los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.

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].

---

[2] *Página 30, archivo 01 del expediente digital.*

[3] *En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de*

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 22 de octubre de 1955 *(Página 30, Archivo 1 Expediente Digitalizado),* por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante COLPENSIONES y PORVENIR el 09 de mayo de 2019 *(página 50 a 51 y 3 y 4, archivo 10)*, esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, el demandante no había realizado cotización alguna al Régimen de Pirma Media con Prestación Definida -RPM-, toda vez que se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales el 08 de marzo de 1995 (archivo 10, página 44), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.[4]

En este orden de ideas, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **05 de julio de 2000** con fecha de efectividad a partir del **1° de septiembre de 2000** *(página 82 y 83, página 29, archivo 07 y 10 expediente digital)* por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, certificación y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

---

un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 julio/2022
ACTUALIZADO A: 25 julio 2022

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**22/10/1955**
Número de Documento:	**19340583**	Fecha Afiliación:	**08/03/1995**
Nombre:	**HERNANDO HERMAN VALLEJO CUASTUMAL**	Correo Electrónico:	
Dirección:	**DG 22B NRO 52 01**	Ubicación:	
Estado Afiliación:	**Trasladado**		

4

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del

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

deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC).

Así, discurrió

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante[7] contrario a lo afirmado por PORVENIR en su apelación no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que se encontraba trabajado en la oficina y llegó una asesora de Porvenir, llenó el formato y dijo que luego iba por la firma, sin que le fuera suministrada información alguna, pues simplemente, le pidió el nombre y unos datos, no fue nada más, igualmente narró, al no suscribir el formulario, con posterioridad la asesora le advirtió que comunicaría dicha situación a Recursos Humanos, sintiéndose presionado para la firma del formulario. Asimismo, enfatizó, no le informaron ningún aspecto relevante de las implicaciones que conlleva el cambio de régimen pensional.

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*Página 83, Archivo 07 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

[7] ***Interrogatorio al demandante, récord 16:35:*** *"me encontraba trabajado en la oficina y llego una niña de Porvenir, ella lleno el formato y dijo que luego iba por la firma, eso fue lo que pasó, ella no me dio información, no me dijo nada, me pidió el nombre y unos datos, no fue nada más, yo salí a un curso y ella volvió a la oficina y no me encontraba, luego me la encontré y ella me dijo que le firmara el formulario que iba a decir a recurso humanos y que me sacaban, yo me sentí presionado, yo labore hasta el 1º de abril de 2023, no solicité el traslado, quiero retornar a Colpensiones porque varios compañeros han recibido un salario mínimo, por eso conseguí una asesoría y vi que se puede habar más, recibir como hasta el 2008 o 2010 extractos, no me informaron nada, la asesora solo estaba afiliado, tuve conocimiento que había una crisis por prensa, eso fue en 1999 o 2000, en esa época, no me acerqué a recursos humanos, no me afilie al Instituto de Seguros Sociales, no me explicaron cómo se pasaban los aportes, no me dijeron nada, no me acerque a ninguna oficina del Instituto de Seguros Sociales, yo no leí el formulario, tenía el tiempo limitado, la reunión fue individual, llego la niña de Porvenir y yo estaba ahí trabajado, fue personal, yo era investigador criminalístico I en esa época, yo pregunté varias veces por el Seguro Social y sé que es Colpensiones, por el trabajo me había descuidado de pasarme a Colpensiones, en esa época estaba descuidado, no sabía del límite del tiempo, no sé cómo adquirir la pensión".*

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

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

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

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

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***

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

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

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.
...
En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (**05 de julio de 2000** con fecha de efectividad a partir del **1° de septiembre de 2000),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Por otro lado, es menester precisar no tiene incidencia alguna que el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias

no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[8] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades[9], como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará en su integridad la decisión de primer grado en este aspecto, pero se adicionará en cuanto a que se debe disponer que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Lo anterior, teniendo en cuenta que así lo ha considerado el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

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

Ahora bien, en punto al recurso de apelación de PORVENIR, en cuanto a la orden del pago de los valores debidamente indexados, debe precisar la Sala frente a este aspecto como quiera que, para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor

[8] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[9] *Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021*

habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

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

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

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

Por otro lado, téngase en cuenta 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 no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.
Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera, objeto de apelación de Colpensiones, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan "*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas*." (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[10], a favor de quien se surte la consulta (página 14, archivo 10 expediente digital), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Por otra parte, se indica que no habrá pronunciamiento alguno frente a las costas, toda vez que Colpensiones fue absuelta en primera instancia, por tanto, no puede ser objeto de apelación.

En otro giro, dado que el actor solicitó el reconocimiento del derecho pensional y la Juez *a quo* acogió dicha pretensión en los términos del artículo 33 de la Ley

---

[10] Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 19 de diciembre de 2022 (Archivo 11 del expediente digital).

100 de 1993 a partir de la novedad de retiro, se procede a su estudio en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones, advirtiendo, en virtud de la ineficacia del traslado.

En primer lugar, es del caso indicar que el señor HERNANDO HERNÁN VALLEJO CUASTUMAL inició los aportes pensionales del 08 de marzo de 1995 al 31 de julio de 2000, tal como se analizó en precedencia, ante la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, aportando a dicho régimen de prima media con prestación definida -RPM- con el empleador la **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN**, y al efectuar el traslado de régimen a PORVENIR (efectivo el 1º de septiembre de 2000), se evidencia que continuó efectuando cotizaciones con la misma entidad pública, de modo que se acreditó en principio la calidad de servidor público del demandante al encontrarse vinculado con la **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN** y como quiera que lo pretendido en autos es la nulidad y/o ineficacia de un acto jurídico, como es el traslado de Régimen pensional al RAIS mediante la afiliación a una AFP de carácter privado, esta jurisdicción es competente para resolver la controversia como ya se analizó, advirtiéndose, la petición encaminada al reconocimiento y pago de una pensión, debería ser puesta en conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa; no obstante, esta Sala de Decisión con la documental aportada concretamente con la historia laboral reportada por la demandada PORVENIR y actualizada al 4 de diciembre de 2020 -página 35 del archivo digital (07contestacion.pdf)-, se evidencia como último aporte del promotor del litigio el periodo de **julio de 2020** indicando el actor al absolver interrogatorio de parte en audiencia del 05 de mayo de 2023, cuando fue indagado sobre su ocupación actual, que se encuentra desempleado y retirado del sistema (*récord 17:28, archivo 15*), razones por las cuales para la fecha de la sentencia de primer grado ya no ostentaba la calidad de empleado público – al estar sin empleo- y no acreditarse en el plenario cotizaciones posteriores a julio del 2020 con la **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN**, lo que otorga entonces competencia a esta jurisdicción para resolver la pretensión de reconocimiento pensional como a continuación se analizará.

Aclarado lo anterior, se tiene en primer lugar que el demandante NO es beneficiario del régimen de transición, conforme se expuso desde el inicio de esta providencia, se advierte la prestación pensional del accionante en efecto deber

ser estudiada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993[11], disposición que exige para el caso de los hombres debe haber alcanzado 62 años en tanto a partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementó, así como las cotizaciones mínimas ascendían a 1.000 semanas, las cuales aumentaron desde el 1° de enero del año 2005 en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas.

De esta manera, como ya se mencionó se encuentra a página 30 del archivo *«01Demanda.pdf»*, copia del documento de identidad del demandante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 22 de octubre de 1955, por lo que acreditó la edad exigida de 62 años, el mismo día y mes del año **2017**; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización, se encuentra a páginas 35 del archivo digital (07contestacion.pdf), la HISTORIA LABORAL generada por la AFP PORVENIR con corte al 4 de diciembre de 2020 en la que se desprende que el demandante contaba a dicha data con **1.175**[12] semanas cotizadas en el RAIS, asimismo, la entidad Colpensiones arrimó el reporte de semanas cotizadas actualizadas al 25 de julio de 2022 (archivo 10, página 44), en la que informa que

---

[11] *"**Artículo 33.** Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015".

[12]

el actor cotizó **275,71**[13] semanas, para un total de semanas en favor del actor de **1.316,71** (1.175+141,71), razón por la cual es claro que actualmente el promotor de este litigio reúne los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, respecto de la fecha desde la cual debe ser otorgada la prestación, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 4 de la Ley 797 del 2003 señala que «*La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínimo de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente*».

No obstante lo anterior, en autos no hay certeza frente a la última cotización efectuada por el demandante, por el contrario en dicho reporte, se precisa que el estado de la afiliación de del actor es activo, razón por la cual el reconocimiento pensional deberá supeditarse al día siguiente de la fecha de la última cotización o cuando se reporte la novedad de retiro, pues si bien el derecho pensional ya se encuentra causado por el cumplimiento de los requisitos exigidos para la pensión de vejez, no es posible disfrutarla ni exigirla sino hasta el momento en que se haya efectuado el retiro del sistema de del actor, precisando, en lo que respecta al monto de la mesada, este deberá ser calculado conforme lo previsto en el inciso 3º del artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es con lo devengado en toda la vida o durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento dependiendo lo que le

---

13

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
800152783	FISCALIA GENERAL DE	01/02/1995	28/02/1995	$535.000	4,29	0,00	0,00	4,29
800152783	FISCALIA GENERAL DE	01/03/1995	31/03/1995	$428.000	4,29	0,00	0,00	4,29
800152783	FISCALIA GENERAL DE	01/04/1995	31/01/1996	$535.000	42,86	0,00	0,00	42,86
800152783	FISCALIA GENERAL DE	01/02/1996	29/02/1996	$707.000	4,29	0,00	0,00	4,29
800152783	FISCALIA GRALDE LA N	01/03/1996	30/11/1996	$621.000	38,57	0,00	0,00	38,57
800152783	FISCALIA GENERAL DE	01/12/1996	31/12/1996	$622.000	4,29	0,00	0,00	4,29
800152783	FISCALIA GENERAL DE	01/01/1997	31/01/1997	$620.000	4,29	0,00	0,00	4,29
800152783	FISCALIA GENERAL DE	01/02/1997	28/02/1997	$720.000	4,29	0,00	0,00	4,29
800152783	FISCALIA GENERAL DE	01/03/1997	31/03/1997	$906.000	4,29	0,00	0,00	4,29
800152783	FISCALIA GENERAL DE	01/04/1997	30/11/1997	$671.000	34,29	0,00	0,00	34,29
800152783	FISCALIA GENERAL DE	01/12/1997	31/12/1997	$713.000	4,29	0,00	0,00	4,29
800152783	FISCALIA GENERAL DE	01/01/1998	31/01/1998	$988.000	4,29	0,00	0,00	4,29
800152783	FISCALIA GENERAL DE	01/02/1998	28/02/1998	$958.000	4,29	0,00	0,00	4,29
800152783	FISCALIA GENERAL DE	01/03/1998	31/12/1998	$827.000	42,86	0,00	0,00	42,86
800152783	FISCALIA GRAL DE LA	01/01/1999	31/01/1999	$1.167.000	4,29	0,00	0,00	4,29
800152783	FISCALIA GENERAL DE	01/02/1999	28/02/1999	$1.166.000	4,29	0,00	0,00	4,29
800152783	FISCALIA GENERAL DE	01/03/1999	30/09/1999	$968.000	27,14	0,00	0,00	27,14
800152783	FISCALIA GENERAL DE	01/11/1999	31/12/1999	$968.000	8,57	0,00	0,00	8,57
800152783	FISCALIA GENERAL DE	01/01/2000	31/01/2000	$1.307.000	4,29	0,00	0,00	4,29
800152783	FISCALIA GENERAL DE	01/02/2000	31/07/2000	$968.000	25,71	0,00	0,00	25,71
					[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 276,71			
					[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 " TOTAL SEMANAS COTIZADAS"): 262,85			

resulte más favorable, dado que como quedó visto el demandante cuenta con más de 1300 semanas de cotización y al cual se deberá aplicar la tasa de reemplazo que se obtenga de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, todo ello al momento del retiro del servicio. De modo que se confirmará lo decidido en primera instancia en este puntual aspecto.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BLANCA ESPERANZA MANCERA HERNANDEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 38 2022 00100 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR, COLFONDOS y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, contra la sentencia proferida por el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 24 de abril del 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 18, récord: 51:29),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación verificada por la señora BLANCA ESPERANZA MANCERA HERNANDEZ con destino a la AFP PORVENIR S.A. con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 19 de septiembre de 1995, lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y a las AFP COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A., que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES a la demandante, así como los recursos sufragados con destino al RAIS por cuenta de ella durante el tiempo en que permaneció vinculada irregularmente a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula índice final sobre índice inicial por valor histórico, que corresponde al valor de lo que mensualmente se giraba por cuenta de la demandante al RAIS igual al valor indexado debiéndose tomar como*

> *índice inicial el del mes en que se verificó el giro de recursos correspondiente mensualmente y como índice final el del momento en que se efectúe el traslado de los mismos con destino al régimen de prima media con prestación definida, siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días, contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finiquitar esos procedimientos, resaltándose que el pago correspondiente se puede hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagarán con cargo a los recursos propios de la AFP PORVENIR S.A. y de la AFP COLFONDOS S.A. en proporción al tiempo en el que la accionante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, siendo de anotar que los valores respectivos deberán ser sufragados sin lugar a descuento de naturaleza alguna en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia.*
>
> *Finalmente, en el evento que subsistan en la cuenta de ahorro individual de la demandante saldos luego de estas operaciones, los valores respectivos deberán ser puestos a disposición del Fondo de Solidaridad pensional, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*
>
> ***TERCERO: EXCEPCIONES,** dadas las resultas del juicio, el despacho declara no probadas las propuestas, respecto a las determinaciones adoptadas.*
>
> ***CUARTO: COSTAS** lo serán a cargo de PORVENIR S.A., en firme la presente providencia por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $1.000.000 de pesos en favor de la demandante.*
>
> ***QUINTO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, consúltese con el superior en la medida en que se han impuesto cargas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**”***

Inconforme con la decisión COLPENSIONES aduce que resulta inverosímil que la demandante hubiese evidenciado las irregularidades en sus traslados sin haber formulado duda o inquietud de la decisión tan importante que ello implicaba y no fue sino hasta este momento en que decide solicitar nuevamente el traslado de régimen, precisando no puede desconocerse que el régimen pensional genera obligaciones recíprocas, tal y como lo establece el artículo 1495 del Código Civil, por lo que la afiliada también tiene obligaciones para con la administradora de pensiones que elija tal y como lo determinó el Decreto 2241 del 2010 que en su artículo 4° enuncia los deberes de los consumidores financieros del sistema general de pensiones, por lo que en su sentir el deber de formación se integra por una parte con la obligación de asesoría y buen consejo que deben suministrar las administradoras de pensiones a los posibles afiliados, pero también con la información que deben adquirir de manera autónoma los consumidores financieros acerca de las condiciones, modalidades y sistemas que integran los regímenes pensionales que le permitan tomar decisiones con el debido cuidado y atención que merece, por ejemplo la decisión de afiliarse o trasladare a una modalidad particular acorde a las expectativas pensionales de cada afiliado.

Indicando que la permanencia en el RAIS por parte de la demandante evidencio con claridad que está aceptó y se acogió a las reglas, normas y procedimientos de dicho régimen, pues a partir de la firma del formulario y su posterior estadía dieron como consecuencia actuaciones regidas por las normas del RAIS, ello teniendo en cuenta que conformo un vínculo contractual con dicha entidad. *(Exp. Digital: audio archivo 18, récord: 54:18[1])*

PORVENIR apela la decisión solo frente a la condena de la devolución de las sumas obrantes en la cuenta individual del afiliado debidamente indexadas, solicitando se tenga en cuenta que resultaría en una doble sanción a cargo de su representada que se le ordenara además de reintegrar valores distintos a los expuestos en la normatividad, que estas sumas sean además indexadas, por cuanto los rendimientos financieros obtenidos por la gestión de la AFP supera la posible pérdida de poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en sus aportes pensionales, solicitando se absuelva de la misma, aduciendo se deben tener en cuenta las decisiones tomadas por el Tribunal Superior de

---

[1] **APODERADA COLPENSIONES:** Muchas gracias su Señoría, interpongo recurso de apelación contra la sentencia acabada de proferir, el cual procederé a sustentar, en primera medida solicito amablemente al Honorable Tribunal se revoque la sentencia de primera instancia conforme los siguientes fundamentos:

El artículo 83 de la Constitución Política de 1991 establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá de todas las actuaciones que aquellos adelanten ante estas, por lo que de alegarse por parte de la parte actora que la AFP a través de sus asesores la indujeron en error para realizar su afiliación al RAIS al no brindarle la información suficiente respecto de las consecuencias que podría acarrear el traslado de sus aportes a pensión del régimen de prima media al régimen de ahorro individual le impone como carga procesal desvirtuar la buena fe de los fondos privados.

Resulta inverosímil que la demandante hubiese evidenciado las irregularidades en sus traslados sin haber formulado duda o inquietud de la decisión tan importante que ello implicaba y no fue sino hasta este momento en que decide solicitar nuevamente el traslado de regímenes (…) por parte de la AFP.

De igual manera no debe desconocerse que el vínculo contractual generado a partir de la selección y afiliación a uno u otro régimen pensional genera obligaciones recíprocas, tal y como lo establece el artículo 1495 del Código Civil, en este entendido la afiliada también tiene obligaciones para con la administradora de pensiones que elija tal y como lo determinó el Decreto 2241 del 2010 que en su artículo 4° enuncia los deberes de los consumidores financieros del sistema general de pensiones, conforme a lo anterior es evidente que el deber de formación se integra por una parte con la obligación de asesoría y buen consejo que deben suministrar las administradoras de pensiones a los posibles afiliados, pero también con la información que deben adquirir de manera autónoma los consumidores financieros acerca de las condiciones, modalidades y sistemas que integran los regímenes pensionales que le permitan tomar decisiones con el debido cuidado y atención que merece, la decisión por ejemplo de afiliarse o trasladare a una modalidad particular acorde a las expectativas pensionales de cada afiliado.

Es de señalar que la permanencia en el RAIS por parte de la demandante evidencio con claridad que está aceptó y se acogió a las reglas, normas y procedimientos de dicho régimen, pues a partir de la firma del formulario y su posterior estadía dieron como consecuencia actuaciones regidas por las normas del RAIS, ello teniendo en cuenta que conformo un vínculo contractual con dicha entidad.

En mérito de lo expuesto solicito amablemente al Honorable Tribunal pues se revoque el fallo de primera instancia y en consecuencia se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, muchas gracias su señoría.

Cundinamarca y por el Tribunal Superior de Cali que absolvieron del pago de la referida indexación. *(Exp. Digital: audio archivo 18, récord: 56:22[2])*

COLFONDOS igualmente señala que la indexación no es procedente teniendo en cuenta que esos emolumentos son los aportes con los cuales está conformándose la cuenta de ahorro individual de la demandante para la construcción de la mesada pensional, luego entonces no podría devolverse unas sumas de dinero cuando su fin únicamente seria indexar al momento del reconocimiento y pago de dicha prestación económica, siendo que en el presente proceso se está frente a una ineficacia en la afiliación y la orden del despacho estaría acarreando hacia su representada un perjuicio como quiera que se le está ordenando devolver unos dineros a Colpensiones debidamente indexados, advirtiendo dicha condena no podría darse teniendo en cuenta que va en contravía de la línea jurisprudencia que ha venido decantando nuestro órgano de cierre en cuanto a las consecuencias puras y simples de la ineficacia de la afiliación, ya que cuando se habla de indexación del sistema pensional va dirigida directamente al reconocimiento y pago de una prestación económica y en estos procesos de ineficacia no opera la indexación porque se está devolviendo el 100% de los aportes que hubiera

---

[2] **APODERADO PORVENIR:** Gracias Señoría, de manera muy respetuosa presentó recurso de apelación de manera parcial en contra del numeral segundo de la sentencia emitida por el despacho en lo que respecta a la indexación a las sumas a retornar a Colpensiones en los siguientes términos:

Señores magistrados como se hace evidente, por parte de la AFP existe la obligación de cumplir y de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, por lo tanto es incompatible y excluyente el ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante pues no se han visto afectados por el fenómeno de la inflación, por el contrario han generado rendimientos muy superiores a los que garantiza el régimen de prima media, de manera ilustrativa señores magistrados quisiera mencionarles que el Tribunal Superior de Cundinamarca, en sentencia del 21 de julio del año 2022 dentro del proceso ordinario laboral promovido por Felicia León Poveda con radicación N° 2021 - 111 y en sentencia del 25 de julio del año 2022 proferida por el Tribunal Superior de Cali en proceso ordinario laboral promovido por Edison Ricardo González con radicado N° 2022 - 234, consideraron ambas corporaciones que la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse presentado en consideración a que se trasladaran los rendimientos financieros a Colpensiones compensan esa supuesta depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haber presentado respecto de los emolumentos que se ordenaron retornar, en igual sentido también el Tribunal Superior de Cali en sentencia del señor John Jairo Gaviria en contra de Colpensiones y otros con radicados 2022 - 562 del pasado 20 de enero del año en curso, indicó y abro comillas que "respecto de la indexación, la sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que se pudiera haber generado en los emolumentos a retornar, por tal razón se revoca dicha condena a Colpensiones y Porvenir; y en su lugar se les condena a dichos entes a que devuelvan todas las sumas junto con su rendimiento"

Luego Señores Magistrados ordenar que Porvenir indexe cualquier suma de dinero, es sin duda imponerle una doble sanción, por cuanto sin duda alguna y sin que resulte necesario hacer alguna operación matemática, los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó mi representada a partir de ese acto jurídico informado que celebró la demandante con plenos efectos jurídicos, con creces supera esa posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros de la afiliada, representados en los aportes pensionales.

Por lo anterior, de manera muy respetuosa, solicito a los Honorables Magistrados revocar la sentencia en cita y absolver en lo que respecta a mi representada, muchas gracias.

cotizado el afiliado al régimen de prima media con prestación definida, reiterando la indexación operaría en caso de que se le estuviera reconociendo una mesada pensional o una prestación económica a la que tuviera lugar dependiendo de los requisitos a que haya cumplido, solicitando se revoque dicha condena. *(Exp. Digital: audio archivo 18, récord: 59:05[3])*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 10, del archivo 01 expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 6 a 10, ibídem),* aspirando de manera principal se declare la ineficacia del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual efectuado el 19 de septiembre de 1995 o en subsidio la nulidad del mismo, en consecuencia se condene a COLFONDOS a entregar a COLPENSIONES el capital ahorrado más los frutos y beneficios que ha percibido, los gastos de administración y cuota de manejo que hubiese descontado la demandada, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra*

[3] **APODERADA COLFONDOS:** Gracias doctor, siendo esta la etapa procesal correspondiente, presentó recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida por su despacho para que el Honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá revoque la condena impuesta a mi representada tendiente a devolver los conceptos de la cuenta de ahorro individual y los aportes debidamente indexados.

Sustento el recurso de apelación indicando que la indexación no es procedente teniendo en cuenta que estos emolumentos como bien lo dice se trata de la ineficacia de la filiación, son los aportes con los cuales está constituyéndose la cuenta de ahorro individual de la demandante para la construcción de la mesada pensional, luego entonces no podría devolverse unas sumas de dinero cuando su fin únicamente seria indexar al momento del reconocimiento y pago de dicha prestación económica, siendo que en el presente proceso se está frente a una ineficacia en la afiliación y la orden del despacho estaría acarreando hacia mi representada un perjuicio como quiera que se le está ordenando devolver unos dineros a Colpensiones debidamente indexados, en este orden de ideas se debe indicar a los Honorables Magistrados que si bien es cierto, el señor juez manifiesta que se autoriza a la entidad que represento a que una vez se realicen las operaciones lo descuente de la cuenta de ahorro individual y si llega a haber sobrantes lo destine para el fondo de solidaridad pensional, no obstante lo anterior dicha condena no podría darse teniendo en cuenta que va en contravía de la línea jurisprudencia que ha venido decantando nuestro órgano de cierre en cuanto a las consecuencias puras y simples de la ineficacia de la afiliación, nótese claramente que cuando se habla de indexación del sistema pensional de determinada prestación económica va dirigida directamente al reconocimiento y pago de una prestación económica como bien se dijo, en estos procesos de ineficacia no opera la indexación porque se está devolviendo el 100% de los aportes que hubiera cotizado el afiliado al régimen de prima media con prestación definida, la indexación operaría en caso de que se le estuviera reconociendo una mesada pensional o una prestación económica a la que tuviera lugar dependiendo de los requisitos a que haya cumplido.

Por todo lo anterior le solicitó respetuosamente a los señores magistrados revocar la condena impuesta a mi representada de devolver los emolumentos por concepto de aportes de manera indexadas a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dejo así sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias doctor.

petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS, en consecuencia, ordenó a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A. que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES a la demandante, así como los recursos sufragados con destino al RAIS por cuenta de ella durante el tiempo en que permaneció vinculada irregularmente a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE

Lo anterior, tras considerar que en estricto acatamiento de lo señalado por la Sala de Casación Laboral, en este tipo de casos es obligatorio que la AFP en donde se dio la afiliación o el traslado el régimen pensional, acredite las condiciones en que se habría dado esa determinación acreditando el suministro de información suficiente para que de alguna manera el afiliado pudiera seleccionar dentro de un esquema de suministro adecuado de información o de consentimiento informado, relevándose del análisis de los vicios del consentimiento, precisando en el caso concreto, no obra en el informativo una prueba verdaderamente idóneo incontrastable que permita deducir lo acontecido el 19 de septiembre de 1995 y específicamente qué información habría recibido la demandante por parte de Porvenir para efectos de su afiliación al RAIS y en este escenario, había lugar a declarar la ineficacia del traslado.

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

[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*

Así las cosas, en el expediente obra copia de la cédula de ciudadanía de la actora donde se registra como fecha de nacimiento el 18 de septiembre de 1959 *(Archivo 01 expediente digital pág. 22)*, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLFONDOS, PORVENIR y COLPENSIONES el 26 de enero del 2022 *(Páginas 23 a 27 Archivo 01 expediente digital)*, esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -30 de junio de 1995[5], pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos apenas había prestado servicios por 2978 días o 425 semanas tanto a empresas privadas como al HOSPITAL DE ENGATIVA (*ver Historia Laboral válida para bono pensional pág. 28 Archivo 1 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como lo sostiene Colpensiones en su apelación.

Previo a continuar con el estudio correspondiente, debe advertirse en el presente caso para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -30 de junio de 1995- la carga pensional del actor se encontraba a cargo de la CAJA DE PREVISION DISTIRITAL, dado que el empleador de la actora para esa época era el HOSPITAL LA GRANJA, tal como ésta se lo expresó a PORVENIR en el formulario de afiliación a (*Archivo 5 expediente digital, página 91)*, por ende es claro que la actora para ese momento no se encontrara realizando realizó ninguna cotización al Instituto de Seguros Sociales, pero ello no significa que no se encontrara vinculado al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto, que con su afiliación a la AFP PORVENIR, no se haya producido un traslado de régimen.

---

pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

[5] *"ARTÍCULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de abril de 1.994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma.*

PARÁGRAFO. El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el ***30 de junio de 1.995****, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.".*

La demandante ocupada el cargo de SECRETARIA DEL HOSPITAL LA GRANJA conforme al formulario de afiliación a Porvenir (Archivo 5 pág. 91 expediente digital).

Lo anterior, en razón a que de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993, existen formas diferentes de ingresar al sistema general de pensiones: I) la afiliación y II) la incorporación colectiva, que ocurrió por ejemplo en el caso de los servidores públicos activos quienes, con algunas salvedades estipuladas en la Ley, quedaron automáticamente incorporados en virtud del artículo 1° del Decreto 691 de 1994[6], con efectos a partir de cuando entró a regir para ellos el sistema.[7]

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

> *"(…) Por tanto, a partir de la citada fecha* (entrada en vigencia de la ley 100 para los servidores públicos), *debía entenderse que el régimen previsional quedó incorporado al régimen de prima media con prestación definida, sin perjuicio del respeto de «los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de [la Ley 100 de 1993] hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general», según el artículo 11 de la citada Ley."*[8]

En consonancia con lo anterior, no queda duda que dada su calidad de servidora pública, una vez entró a regir la Ley 100 de 1993 para ella -30 de junio de 1995-, dada la ausencia de selección individual de régimen, la actora se entendió incorporada automáticamente al régimen de prima media con prestación definida, por ello, con su afiliación a PORVENIR el 19 de septiembre de 1995 (*Archivo 5 expediente digital, página 91*) -administradora de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad- se concretó su traslado de régimen de prima media al RAIS.

---

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

a) Los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o distrital, así como de sus entidades descentralizadas;
b) Los servidores públicos del Congreso de la República, de la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República.
Parágrafo. La incorporación de los servidores públicos de que trata el presente decreto se efectuará sin perjuicio de los establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, Decreto 314 de 1994 y Decreto 1359 de 1993 y las normas que los modifiquen y adicionen.

[7] Así lo adoctrinó la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Radicación 48031 de 31 de enero de 2012. M.P. JORGE MAURICIO BURGOS. En esa oportunidad dijo esa Corporación: "*(…) aunque en ese momento ellos estaban facultados para hacer una manifestación de voluntad en el sentido de seleccionar el régimen bien el de prima media o el de ahorro individual, y la administradora de pensiones, el hecho de que en ese entones no lo hubieran hecho en forma individual, no significaba que quedaran por fuera del sistema, pues se itera, su incorporación al mismo se produjo por disposición legal con efectos en las fechas límites establecidas para cada caso, o cuando se produjera el acto administrativo de la respectiva autoridad pública como lo previó el parágrafo del artículo 151 de la Ley 100".*
[8] Sentencia SL2817 de 2019.

En este orden de ideas, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **19 de septiembre de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1° de octubre de 1995** *(Páginas 89 y 91 Archivo 5 expediente digital)* por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal 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[9], 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*

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

> *recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».*

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

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

> *afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».*

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[10], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

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

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

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

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

claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante[11] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor le señaló que el Seguro Social se iba a acabar, por lo que no tenía mucha seguridad

[11] Audiencia 19 de mayo de 2022 récord: 28:30

con los recursos que tenía allí, precisando no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*Página 91, Archivo 5 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

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

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

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
> *…*
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado*

> *elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.*
>
> *Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

Como se ve, ya para el año 1995, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(19 de septiembre de 1995, efectivo el 1 octubre 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.

Ahora, con relación al hecho de permanecer en el RAIS por mucho tiempo, a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar a la recurrente, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar a la demandante al momento de su traslado no fue acreditada por dicha AFP, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora de los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual debidamente indexados, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

No obstante lo anterior, debe precisarse en este punto, ésta Sala de Decisión se adicionará el ordinal segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que tanto COLFONDOS como PORVENIR además de lo ordenado por el Juez *a quo*, **deberán también retornar sus respectivos rendimientos, las sumas descontadas por concepto de los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**[12] y **los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades**[13], por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

> *«(…)*
> *De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional* ***deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las***

[12] *Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.*
[13] *Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021*

> ***que estuvo vinculado el actor,*** *sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil.* ***En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones****».*

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

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

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

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

> *lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real»* (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[14], a favor de quien se surte la consulta (página 22, *Archivo 6*

[14] Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 27 de febrero del 2023 (Archivo 11 expediente digital).

expediente digital), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A., trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a dichas administradoras, conforme lo considerado.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SANDRA ROCIO ZUÑIGA LOPEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-y PORVENIR S.A. (RAD. 38 2022 00143 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada MAYRA ALEJANDRA BOHADA ROJAS, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA RIOS OLIVEROS, en calidad de representante legal suplente de la sociedad TABOR ASESORES LEGALES S.A.S.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 16 de mayo del 2023 (*Exp. Digital, archivo 14, récord: 48:28),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación verificada por la demandante SANDRA ROCÍO ZÚÑIGA LÓPEZ con destino a la A.F.P. COLPATRIA hoy A.F.P. PORVENIR S.A. con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación*

el 16 de junio de 1994. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

***SEGUNDO: ORDENAR** a la A.F.P. PORVENIR S.A., que conjunta y coordinadamente con COLPENSIONES, adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, junto con los recursos sufragados por cuenta de ella con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculada irregularmente a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:*

ÍNDICE FINAL
_____ x VALOR HISTÓRICO = VALOR INDEXADO
(Valor mensualmente recibido en el régimen de ahorro individual)

Que corresponde al valor de lo percibido mensualmente por cuenta de la demandante en el RAIS, igual a valor indexado, debiéndose tomar como índice inicial el del mes en que se verifico el giro de recursos correspondiente y como índice final el del momento que se efectué el traslado de los mismos con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar estos procedimientos, resaltando que el pago correspondiente, podrá hacerse tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagarán con cargo a los recursos propios de la A.F.P. PORVENIR S.A. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Cabe anotar que en el evento de que estos procedimientos, subsistan saldos en la cuenta de ahorro individual de la demandante los valores respectivos deberán ser puestos a la orden del fondo de solidaridad pensional, por lo indicado en la parte motiva.

***TERCERO: EXCEPCIONES,** dadas las resultas del juicio, el despacho declara no probadas las propuestas, respecto de las determinaciones adoptadas.*

***CUARTO: COSTAS** lo serán a cargo de PORVENIR S.A., en firme la presente providencia por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de un millón de pesos en favor del demandante. Sin costas a cargo de COLPENSIONES.*

***QUINTO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, consúltese con el superior."*

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de la demandada COLPENSIONES la apeló, argumentando, resulta inverosímil que el demandante hubiese evidenciado las irregularidades de su traslado sin haber formulado inquietud de la decisión y no fue sino hasta este momento que decide solicitar el traslado de regímenes aduciendo engaño por parte de la AFP. Arguyó, no debe desconocerse que el vínculo contractual generado a partir de la selección y afiliación a un régimen pensional genera obligaciones recíprocas tal y como lo establece el artículo 1495 del Código Civil, en este entendido el afiliado también tiene obligaciones para con la administradora de pensiones que elija tal y como exige el Decreto 2241 del 2010 que en su artículo 4º enuncia el deber de los consumidores

financieros del sistema general de pensiones, siendo evidente que el deber de información se integra por una parte con la obligación de asesoría y buen consejo en suministrar las administradoras de pensiones a los posibles afiliados, pero también con la información que debe adquirir de manera autónoma los consumidores financieros acerca de las condiciones, modalidades y sistemas que integran los regímenes pensionales que permitan tomar decisiones con el debido cuidado y atención que merece la decisión por ejemplo de afiliarse, trasladarse o en una modalidad particular acorde a las expectativas pensionales de cada afiliado.

Señaló que la permanencia en el RAIS por parte del actor evidencia con claridad que éste aceptó y se acogió a las reglas, normas y procedimientos de dicho régimen pues a partir de la firma del formulario y su posterior estadía dieron como consecuencia la aceptación, ello teniendo en cuenta que conforme el vínculo contractual con dicha entidad. Informó, no puede desconocerse la afectación que genera la ineficacia o nulidad de traslados indiscriminados de afiliados al régimen de prima media solamente al basarse en falencias en el otorgamiento de la información por parte de los fondos privados y que hoy sus afiliados pretenden el retorno al régimen de prima media cuando no ha generado una debida fidelidad al sistema. (*Exp. Digital, archivo 14, récord: 52:49*[1]*)*

[1] **APODERADO PARTE DEMANDADA COLPENSIONES:** Gracias su Señoría interpongo recurso de apelación amablemente interpongo, recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de emitir, el cual procedo a sustentar.

En primera medida, solicito amablemente al Tribunal, se revoque la sentencia de primera instancia conforme a los siguientes fundamentos. Que el artículo 83 de la Constitución Política de 1991, establece que (…) los particulares y las autoridades públicas (no se entiende) postulados de la buena fe, la cual se presumirá (inaudible) adelanten, ante esta. Por lo que de alegarse por la parte actora, (inaudible) realizar la afiliación en el RAIS (inaudible) la información suficiente respecto a las consecuencias que podría acarrear el traslado de aportes a pensiones, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, le impone como carga procesal desvirtuar la buena fe, de los fondos privados, resulta inverosímil que la demandante hubiese evidenciado las irregularidades en su traslado o haber formulado duda, inquietud de decisión tan importante que ello implicaba y no fue sino hasta este momento que decide nuevamente traslado de régimen (inaudibles) por parte de la AFP.

De igual manera no debe desconocerse que el vínculo contractual se generó a partir de la selección y afiliación a uno u otro régimen pensional, genera obligaciones recíprocas, tal y como lo establece el artículo 1495 del Código Civil en este entendido el afiliado también tiene obligaciones para con la Administradora de Pensiones, tal y como lo establece el Decreto 2241 de 2010 en su artículo 4° el deber de los consumidores financieros del sistema de pensiones, conforme (inaudible) el deber de información se integra, por una parte, con la obligación de asesoría y buen consejo, de suministrar las administradoras de fondos de pensiones a los posibles afiliados, pero también con la información que van a adquirir de manera autónoma a los consumidores financieros acerca de las condiciones modalidades y sistemas, que integran los regímenes pensionales, que permita tomar decisiones con el debido cuidado y atención que merece la decisión, por ejemplo, de afiliarse, trasladarse o escoger una modalidad particular, acordé las expectativas (inaudible) de cada afiliado, es de señalar con la permanencia en el RAIS por parte de la demandante, evidencia con claridad que esta acepto y escogió las reglas, normas y procedimientos de dicho régimen, pues a partir de la firma del formulario y su posterior estadía, (inaudible) regirse por las normas de ley, ello teniendo en cuenta que conforma al vínculo contractual con dicha entidad , no puede desconocer de la activación de la ineficacia o nulidad de traslado de afiliados (inaudible) al régimen de prima media, solamente (inaudible) información por parte de los fondos privados , y que hoy los afiliados (inaudible) al régimen de prima media, cuando no ha generado, debida fidelidad al sistema.

Por su parte, Porvenir S.A. argumentó en el recurso que ocupa a la Sala, que no se encuentra de acuerdo con la orden de devolver lo que sobre al fondo de solidaridad pensional pues no tiene ningún fundamento jurídico que se avale el traslado de esas sumas que puedan sobrar, atendiendo a que estas no serían otras que aquellos rendimientos que le fueron causados a la demandante en virtud de la gestión que realizó su representada, de acuerdo a lo establecido en la ley, por esa razón, solicita se revoque en la sentencia de primera instancia el numeral segundo frente a la orden relacionada con que si sobran recursos sean trasladados al Fondo de Solidaridad. (*Exp. Digital, archivo 14, récord: 50:52*[2]*)*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 10 y 11, *«01DemandaOrdinaria.pdf»*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Págs. 11 a 13 ibidem), aspirando de manera

---

En mérito de lo expuesto solicito amablemente al honorable Tribunal se revoque el fallo de primera instancia y en consecuencias se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, muchas gracias, su Señoría.

[2] **APODERADO PARTE DEMANDADA PORVENIR:** Gracias Señor Juez, de manera respetuosa, presento recurso de apelación parcial frente al numeral segundo en la sentencia y específicamente frente a la orden que se le da a mi representada, de que, si no existiesen o de que, si sobrasen algunos recursos en la cuenta de ahorro individual, una vez trasladado lo que se le ordenó trasladar, deban ser trasladados al Fondo de Solidaridad pensional.

Ella teniendo señores magistrados a que si bien concuerda esta apoderada con el juez de primera instancia que los efectos de la ineficacia, pues no son otros que volver las cosas al estado anterior y para ello, pues es claro que para dejar a la demandante en ese estado anterior, como si nunca se hubiese trasladado a régimen pensional, pues la orden que se tiene que dar a mi representada, es devolver a aquellas cotizaciones íntegras, que realizó la demandante, que son aquellos recursos que se entienden como del sistema de Seguridad Social.

Sin embargo, y atendiendo a que, si bien se le ordena mi representada, que eso lo tiene que trasladar de lo que conste o de lo que esté en la cuenta de ahorro individual de la demandante y que, si le hace falta, debería entonces cubrirlo con sus recursos propios, pero que, si sobra entonces lo que sobre se debe trasladar al Fondo de Solidaridad pensional, y esto es en lo que no está de acuerdo está apoderada con el juzgador de primera instancia, pues no tiene ningún fundamento jurídico que avale el traslado de esas sumas que sobraran al Fondo de Solidaridad pensional, atendiendo a que estas no serían otras que aquellos rendimientos que se le fueron causados a la demanda en virtud de la gestión que realizó mi representada, de acuerdo a lo establecido en la ley, por esa razón, entonces señores magistrados, le solicito de manera respetuosa que se revoque en la sentencia de primera instancia en el numeral segundo la orden que se le da mi representada, a que si sobrasen recursos de trasladarlos al Fondo de Solidaridad pensional y que le autoriza entonces, a trasladar simplemente lo pertinente, que se ordenó, de acuerdo a los efectos de ineficacia en esos términos, señor juez, dejó presentado un recurso de apelación. Muchas gracias

principal se declare la ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS, en consecuencia se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el valor total de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual, a COLPENSIONES aceptar dicho traslado procediendo a inscribirla en el RPM, condenas *ultra y extra petita.* **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto declaró la ineficacia de la afiliación efectuada a COLPATRIA hoy AFP PORVENIR S.A. con ocasión de la suscripción del formulario del 16 de junio de 1994, ordenando a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A. que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES los recursos recibidos en el RAIS por cuenta del demandante durante el tiempo en el que permaneció irregularmente vinculado a ese régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula transcrita, precisando que en caso de que subsistan saldos en la cuenta de ahorro individual deberán ser puestos a orden del fondo de solidaridad pensional.

Lo anterior, tras considerar que en estricto acatamiento de lo señalado por la Sala de Casación Laboral, en este tipo de casos es obligatorio que la AFP en donde se dio la afiliación o el traslado el régimen pensional, acredite las condiciones en que se habría dado esa determinación acreditando el suministro de información suficiente para que de alguna manera el afiliado pudiera seleccionar dentro de un esquema de suministro adecuado de información o de consentimiento informado, relevándose del análisis de los vicios del consentimiento, precisando en el caso concreto, no obra en el informativo una prueba verdaderamente idóneo incontrastable que permita deducir lo acontecido para el momento del traslado de régimen y específicamente qué información habría recibido el demandante al menos de Colpatria hoy Porvenir para efectos de su afiliación al RAIS y en este escenario, había lugar a declarar la ineficacia del traslado.

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

vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[3].

Así las cosas, en el expediente se encuentra acreditado que la fecha de nacimiento de la actora fue el 5 de junio de 1968 (pág. 43 archivo 01 expediente digital), por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2025, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 3 de marzo de 2022 (págs. 79 a 87 ibidem), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional -tenía 54 años; de otra parte, se tiene, la actora no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía apenas con **262.43** semanas (pág. 85 Archivo 6 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 **1° de marzo de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1º de abril de 1995** (página 75, archivo 06), específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS, advirtiéndose la Sala modificará el numeral 1º de la sentencia de primer grado para establecer que la fecha de efectividad del traslado lo fue el **1° de marzo de 1995** y no el 16 de junio de 1994 como erradamente se señaló.

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

---

[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".

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *«libre y voluntaria*» contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.
Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136-2016, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*[4], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

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

> *«**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso*

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

desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

la carga de la prueba de la actora al fondo accionado PORVENIR antes COLPATRIA.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> *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 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 accionante[6] no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que no recibió ninguna asesoría de Colpatria hoy Porvenir, que realizaron una reunión en la empresa con un asesor de esa AFP, quien le manifestó que lo mejor era trasladarse ya que ese fondo de pensiones hacia parte del mismo grupo donde ella laboraba que justamente era en la entidad financiera Colpatria, asegurando no le indicaron las implicaciones futuras que tenía ese cambio de régimen pensional; pues la información se limitó al cambio de régimen porque el Seguro Social se iba a acabar y tenían que pasarse a un fondo de pensión privado, además los fondos de pensión privados, eran fondos de inversión donde iban a tener una rentabilidad muy alta con

[6] *Audiencia 16 de mayo del 2023, récord: 4:32*

lo cual su vejez iba a mejorar su calidad en la vejez, porque iban a tener los suficientes recursos para vivir cómodamente.

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

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

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

Así, por ejemplo, en sentencia CSJ SL1688-2019 reiterada en la CSJ SL3708-2021 y CSJ SL3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
>
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del*

otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

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

…

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1995, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(1° de marzo de 1995, efectivo el 1 de abril de ese año)**, el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-201, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

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 78, archivo 6 expediente*

digital), de los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual debidamente indexados, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

No obstante lo anterior, debe precisarse en este punto, ésta Sala de Decisión se adicionará el ordinal segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR además de lo ordenado por el Juez *a quo*, esto es, los recursos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del actor, **deberá también retornar sus respectivos rendimientos, las sumas descontadas por concepto de los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**[7] y **los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades**[8], por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia CSJ SL2877-2020 en la cual sostuvo:

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

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

Advirtiéndose frente a la orden de girar al FONDO DE SOLIDARIDAD los valores que pudieran subsistir luego de retornar todos los saldos a COLPENSIONES la misma no resulta procedente como bien lo afirma PORVENIR en su apelación, en tanto al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que todos los conceptos que hubiesen surgido en el RAIS quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial, 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 al RPM sin que haya lugar a que queden saldos en dicha cuenta de ahorro individual. Se revoca dicha orden.

---

[7] *Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.*
[8] *Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021*

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

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

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de***

> ***esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor»* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Por otro lado, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que 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.

Con relación al hecho de permanecer en el RAIS por mucho tiempo, a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar a la recurrente, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar al demandante al momento de su traslado no fue acreditada por dicha AFP, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[9] *(Página 23 Archivo 5 expediente digital*), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

---

[9] *Se tuvo por contestada la demanda en auto del 2 de diciembre del 2022, Archivo 8 expediente digital.*

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A., trasladar a **COLPENSIONES** además de lo dispuesto por el Juez *a quo,* el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual del demandante con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a dicha administradora. Se **REVOCA** la orden de poner a disposición del Fondo de Solidaridad Pensional los saldos que subsistan en la cuenta de ahorro individual de la actora, conforme lo considerado.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

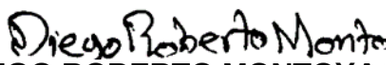
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LILIANA ROSERO LASPRILLA CASTRO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 39 2022 00106 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada PAOLA ALEJANDRA MORENO VASQUEZ como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 30 de marzo del 2023 *(Audiencia virtual, archivo 13 expediente digital Récord: 42:49),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** que el traslado que hizo la señora LILIANA ROSERO LASPRILLA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR y con efectividad a partir del 1° de septiembre del 2003, es ineficaz y por ende no produjo efecto alguno, por lo que se deberá entender que jamás se separó del régimen de prima media.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR a que transfiera todas las sumas de dinero que obra en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos, bono pensional de haberse redimido, así como los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima, desde gastos en adelante debidamente indexados al momento del pago, todo con destino a COLPENSIONES que es la entidad que administra el régimen de prima media.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES que reciba los dineros de los cuales se habla en el numeral anterior y reactive la afiliación de la actora al régimen de prima media sin solución de continuidad.*
> ***CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones presentadas por las demandadas.*
>
> ***QUINTO: INFORMAR** a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios en contra de PORVENIR.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR** en costas a PORVENIR, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de un $1.160.000. y se exonera a COLPENSIONES de las mismas, conforme se explicó en la parte motiva.*
>
> ***SÉPTIMO:** Consúltese la presente decisión por haber cargas para COLPENSIONES."*

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

Así, en primer lugar, PORVENIR, indica que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media, al régimen de ahorro individual con solidaridad se realizó de manera libre y voluntaria y consciente, tal como se expresa en el formulario de afiliación suscrito para el mes de julio del año 2003, cuya forma pre impresa se encontraba autorizada por la ley, siendo dicho documento, prueba de la libertad de afiliación que el juzgador de primera instancia no tuvo en cuenta o realizó una apreciación errónea del momento de deber de información en el cual se materializó este traslado, que se reputa como ineficaz. Recalcando, para este momento histórico estaba en cabeza de PORVENIR ese primer momento del deber de información en el cual no podía ir más allá de lo que hoy en día se conoce como un deber de un buen consejo o una doble asesoría.

Por otro lado, se aparta totalmente de la condena a la devolución de los rendimientos financieros junto con los gastos de administración y la suma por seguros previsionales debidamente indexados, pues considera que al tenor de la figura jurídica de la ineficacia también deben estudiarse la restituciones mutuas

que deban proceder dentro de los efectos de la misma, ya que dicho acto termina entregando unos rendimientos superiores a los que hubiesen podido generarse de haber permanecido la demandante en el régimen de prima media, a lo largo de su vida laboral si ello es así, pues esa agencia oficiosa involuntaria, daría lugar a un reembolso de esa utilidad efectiva obtenida, lo cual se traduce en que PORVENIR, solamente debería estar obligada a entregar a COLPENSIONES esos rendimientos que hubiese podido obtener el demandante de haber permanecido a lo largo de su vida laboral, en este régimen pensional.

Finalmente, frente a la indexación, considera dichas sumas ya cumplieron su destinación legal, es decir el amparo prestacional a través de seguros previsionales y unos gastos de administración descontados en virtud de la generación y mejora de ese capital ahorrado por la señora demandante que de igual manera permitieron a Porvenir mantener esa infraestructura que permite la correcta administración de los aportes a pensión de todos sus afiliados, solicitando se absuelva de esta condena en el entendido de que ya existen pronunciamientos de los tribunales superiores a lo largo del país, como lo es el de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali en proceso 018 2019 473, donde se tuvo por satisfecha cualquier actualización del poder adquisitivo de la cotización de los afiliados a través de rendimientos financieros, con los cuales Colpensiones puede cubrir eventuales contingencias al momento de un reconocimiento pensional. *(Audiencia virtual, archivo 13 expediente digital Récord: 44:04[1])*

---

[1] "Gracias su Señoría, siendo la oportunidad procesal correspondiente presento recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser notificada por su despacho, solicitando a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá revoque las condenas impuestas en contra de Porvenir fundamentándome en las siguientes consideraciones:

Honorables Magistrados es de señalar que el traslado de régimen pensional que efectuaba la señora demandante con la AFP Porvenir para julio del año 2003 se dio de manera libre, voluntaria y consciente, tal como consta en el formulario de afiliación obrante en el expediente digital, cuya forma preimpresa se encontraba autorizada por la ley y siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

No comparte esta defensa la valoración probatoria que hace la titular del despacho respecto a los elementos de prueba que obran en el expediente, pues quedó acreditado que la AFP Porvenir entregó a través del asesor comercial un formulario de vinculación el cual cumplía con los requisitos formales y de fondo para dicha época, si bien pues se considera que ese formulario por sí mismo pues no corresponde o no compadece las exigencias normativas para dicha anualidad, debe reiterarse que el desarrollo normativo y jurisprudencial que hoy en día hace mucho más exigente el deber de información pues viene a imponer cargas adicionales concretamente a partir del año 2010 y 2015, respecto de la AFP Porvenir no podría atribuírsele un deber de un buen consejo, una doble asesoría, incluso para haber desincentivado la afiliación de la señora demandante, todo lo contrario se garantizó el derecho a la libre escogencia de igual manera en virtud del artículo 112 de la Ley 100 de 1993, se le acogió como válidamente afiliada desde el año 2003, consecuencia de ello se ha administrado de manera diligente una cuenta ahorro individual frente a la cual se le puso de presente también a través de extractos de su cuenta de ahorro individual.

De lo tocante a estas cuestiones en relación con el deber de información, también debe precisarse que la AFP Porvenir pues actuó bajo la buena fe objetiva y entregó los elementos de juicio necesarios a la señora demandante en el momento de su traslado de régimen pensional.

A su turno, COLPENSIONES expresa que el demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional, de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales, sumado a que no acreditó que ha existido algún tipo de engaño por parte de la AFP que diera paso a declarar la eficacia del traslado, teniendo en cuenta que en las oportunidades legales nunca manifestó deseo alguno de retractarse de la afiliación efectuada al RAIS, en un término de más de 19 años, por lo que en su sentir debe asumir las consecuencias legales de tal decisión, que no son otras que las de regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos por el régimen de ahorro individual con solidaridad desde el día que realizó su traslado. *(Audiencia virtual, archivo 13 expediente digital Récord: 48:12[2])*

Por otra parte, pues debe de igual manera apartarse esta defensa de la condena que hiciera pues la titular del despacho respecto de devolver conjuntamente rendimientos financieros, junto con gastos de administración, sumas por seguros previsionales debidamente indexados, teniendo en cuenta que en estos asuntos pues también debe estudiarse las restituciones mutuas que haya a lugar y es que bajo los efectos de la ineficacia Porvenir está actuando respecto de Colpensiones como un agente oficioso involuntario en los términos establecidos en el artículo 2304 y 2310 del Código Civil en cuanto creyendo administrar su propia actividad pues termina administrando los negocios de otro y luego de declarar esta ineficacia pues ese acto termina reintegrando unos rendimientos superiores a los que hubiesen podido tener dichos aportes de haber sido gestionados por el régimen de prima media, esta situación daría lugar a un reembolso de esa utilidad efectiva obtenida, lo cual se traduce en que Porvenir solamente debería reintegrar a Colpensiones aquellos rendimientos que hubiesen sido generados de haber sido administrados por ese régimen de prima media.

Esta teoría tiene plena aplicabilidad, en tanto mi representada obro bajo la absoluta convicción de que la señora demandante se encontraba debidamente vinculada con mi representada y al tenor del artículo 112 de la Ley 100 de 1993 estaba obligada a administrar los aportes de manera diligente y garantizándole una rentabilidad mínima de sus aportes a pensión.

En lo tocante con gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados, pues también se aparta esta defensa en el entendido de que estas sumas pues ya cumplieron su destinación legal, es decir el amparo prestacional a través de seguros previsionales y unos gastos de administración descontados en virtud de la generación y mejora de ese capital ahorrado por la señora demandante y de igual manera permiten a Porvenir pues mantener esa infraestructura que pues permite la correcta administración de los aportes a pensión de todos sus afiliados.

Respecto de indexaciones, pues de igual manera se debe reiterar esta defensa en lo manifestado en los alegatos de conclusión al solicitar pues se absuelva a la indexación de estos rubros en el entendido de que ya existen pronunciamientos de los tribunales superiores a lo largo del país, como lo es el de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali en proceso 018 2019 473, donde se tuvo por satisfecha cualquier actualización del poder adquisitivo de la cotización de los afiliados a través de rendimientos financieros, frente a los cuales Colpensiones pues puede echar mano de estos y cubrir eventuales contingencias al momento de un reconocimiento pensional.

De estas argumentaciones me reservo el derecho de ampliar las mismas en el momento procesal oportuno y así presento mi recurso de apelación, muchas gracias su Señoría."

[2] "Gracias su Señoría, de manera respetuosa me permito presentar recurso de apelación, teniendo en cuenta que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales, asimismo no se acredito que hubiese existido algún tipo de engaño por parte de la AFP que diera paso a declarar la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que en las oportunidades legales nunca manifestó deseo alguno retractarse de la afiliación efectuada al RAIS en un término de más de 19 años, resultando así el asumir las consecuencias legales de tal decisión que no son otras que las de regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual con solidaridad desde el día en que efectuó su traslado.

Así las cosas, solicito respetuosamente a la Honorable Sala del Tribunal Laboral revoque la presente sentencia, de conformidad con lo expresado, en estos términos dejo sustentado mi recurso su Señoría."

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 1 y 2, archivo 1 expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 2 y 3, ibidem),* aspirando de manera principal se declare la ineficacia del traslado de régimen efectuado a Porvenir, en consecuencia se condene a dicha AFP a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, derechos *ultra y extra petita* y costas incluyendo agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaro la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora, condenando a PORVENIR, devolver a COLPENSIONES los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, el bono pensional si ya fue redimido, gastos por administración, comisiones, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, no se logro acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía a la AFP con el demandante al momento del traslado.

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

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

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 6 de enero de 1961 *(Página 73, Archivo 1 expediente digitalizado)*, 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 PORVENIR el 17 de diciembre del 2021 y ante COLPENSIONES el 17 de enero del 2022 *(Páginas 59 a 62 y 67 a 70)*, esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 143 semanas cotizadas al sistema *(Pagina 141, archivo 5 expediente digital Historia Laboral válida para bono pensional),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la 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 **31 de julio del 2003** con fecha de efectividad a partir del **1° de septiembre de ese año** *(páginas 110 y 143*, *archivo 5 expediente digital*), por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

---

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".

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 SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

noviembre de 2011[5], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"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

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

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

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

---

ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

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

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

el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante[6] no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que cuando ingresó a laboral a la Universidad ellos le pasaron el formulario para que lo llenara y lo firmara pues era un requisito para su ingreso. La actora indica que para ese momento no había un asesor de la AFP PORVENIR y que no le explicaron características del régimen, ni mucho menos los requisitos para pensionarse.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es que los argumentos de la accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad a la demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

Valga anotar, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. (Pág. 110, archivo 5) 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 esa demandada (sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara 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

[6] Audiencia 30 de marzo del 2023, récord 12:18

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

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

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

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

afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

…

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 2003, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(31 de julio del 2003, efectivo el 1° de septiembre de ese año),** el deber de información para con el promotor de este juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.
Con relación al hecho de permanecer la demandante en el RAIS por mucho tiempo (19 años), a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar a la impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar al demandante al momento de su traslado no fue acreditada por dicha AFP, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado la actora del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima todo debidamente indexado, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmara la decisión de primer grado en este aspecto.

No obstante, se adicionará tal decisión, en cuanto a que se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle

pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Ahora, en relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A., relacionados con la devolución de los rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos conceptos 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, rendimientos y seguros previsionales. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

> *cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."*

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

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

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

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

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

> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real»* (Negrillas de la Sala).

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

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

Es de advertir a PORVENIR en punto a su apelación, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de diferentes Tribunales no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

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

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan "*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones,*

puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas." (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[7], *(páginas 29 a 31, archivo 7 expediente digital),* entidad esta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que se **DISPONE** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

[7] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 10 de noviembre del 2022, archivo 8 expediente digital

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primera instancia de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

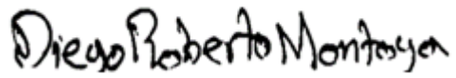
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR PABLO EMILIO GUTIÈRREZ GALINDO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 41 2021 00433 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la sociedad VENCE SALAMANCA LAWYERS GROUP S.A.S, representada legamente por KARINA VENCE PELAEZ, como apoderada principal y a la abogada LUZ STHEPHANIE DIAZ TRUJILLO, como sustituta, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, en los términos y para los efectos de los poderes conferidos.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 41 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 29 de marzo del 2023 *(Audiencia virtual, archivo 22. Grabación Audiencia del expediente digital, récord: 15:34),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por PABLO EMILIO GUTIÉRREZ GALINDO del régimen de prima media con prestación*

definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

***SEGUNDO: ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., para que, dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, transfiera a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos, comisiones y gastos por administración indexados. Así mismo, la citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.*

Al momento de cumplir esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

***TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.*

***CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES, una vez hecha la reactivación del actor al Régimen de Prima Media con prestación definida, y se haya cumplido con el requisito de desafiliarse del sistema general de pensiones, a reconocer y pagar la pensión de vejez bajo los presupuestos de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, por 13 mesadas pensionales, con la tasa de reemplazo establecida en el artículo 34 de la citada ley, liquidado el IBL conforme el artículo 21 ibídem, esto es, con el promedio de lo devengado en los 10 últimos años cotizados o toda la vida laboral, tomando el más favorable, y teniendo en cuenta la densidad de semanas cotizadas por el demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.*

***QUINTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar el valor del retroactivo pensional causado, de manera indexada desde la fecha de desafiliación del sistema y hasta la fecha en que se haga el pago del mismo, si a ello hubiere lugar.*

***SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de la providencia.*

***SÉPTIMO: CONDENAR** en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a favor del demandante, en la suma de $1.160.000.*

***OCTAVO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones elevadas en la demanda.*

***NOVENO: 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.*
***DÉCIMO**: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.".*

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES solicitó se revoque la sentencia de primera instancia[1], teniendo en cuenta su mayoría los argumentos expuestos en

[1] ***Recurso Colpensiones, récord: 23:52: "**Dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito exponer en recursos de apelación en contra de la sentencia aquí emitida, teniendo en cuenta su mayoría de los argumentos expuestos dentro de alegatos de conclusión, también haciendo mención como tal al Decreto 720*

los alegatos de conclusión, también haciendo mención al Decreto 720 de 1994, el cual en su artículo 12 menciona lo siguiente: "*Artículo 12. Obligación de los promotores. Los promotores que emplea la sociedad administradora del sistema general de pensiones deberán suministrar la suficiente amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho, el afiliado".*

Agregó, se evidenció dentro del interrogatorio de parte y en los hechos de la demanda que el aquí demandante aceptó que para el 14 de julio del año 2010, ingresaba a la prohibición legal, esto es, al momento de cumplir 52 años de edad, pues Porvenir no le informó en debida forma sobre la misma, para que pudiera tomar una decisión más acertada sobre a qué fondo deseaba seguir cotizando los últimos años. Narrò, teniendo en cuenta estas consideraciones y que nada tuvo que ver la entidad en los negocios jurídicos que realizó el aquí demandante al realizar el traslado hacia el RAIS en el año 1994 no tiene responsabilidad alguna Además, arguyó, el demandante permaneció durante 20 años, aproximadamente, porque pretende una mejor mesada pensional y es válido de haber tenido en cuenta la legislación pertinente para la época en los términos del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

---

de 1994, el cual en su artículo 12 menciona lo siguiente, "Artículo 12. Obligación de los promotores. Los promotores que emplea la sociedad administradora del sistema general de pensiones deberán suministrar la suficiente amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho, el afiliado".

En este orden de ideas, se evidencia como tal y como se expuso a lo largo de este proceso y dentro del interrogatorio de parte y así mismo entre los hechos de la demanda. El aquí demandante acepta que el 14 de julio 1958 se le debía haber informado como tal, que para el 14 de julio del año 2010, ingresaba a la prohibición legal, al momento de cumplir 52 años de edad, lo cual, como manifestó el mismo demandante, pues brilla por su ausencia, dado que el aquí, parte demandada Porvenir, pues no le informó en debida forma sobre esta prohibición, legal en la cual ingresaría para que el aquí demandante pudiera tomar una decisión más acertada sobre a qué fondo deseaba seguir cotizando los últimos años, los últimos 10 años que indicaba la ley para acceder a la pensión de vejez, teniendo en cuenta estas consideraciones y que nada tuvo que ver mi representada dentro de los negocios jurídicos que realizó el aquí demandante dentro de todo su historial laboral, pues si se evidencia que realiza un traslado hacia el fondo de RAIS hacia el año 1994 y permanecen durante aproximadamente un poco menos de 20 años y solicita se devuelva como tal al RPM y teniendo en cuenta que, como él lo explica, desea una mejor mesada pensional y es válido de haber como tal tenido en cuenta la legislación pertinente para la época que lo que indicaba era que como indica el artículo 2° de la ley 797 de 2003, que modifica el artículo 13 de la ley 100 de 1993, pues no podía realizar un traslado luego o posterior a los 10 años que le hicieron falta para cumplir la edad de pensión de vejez, esto es, a los 52 años de edad significa que era para el año 2010, en estas consideraciones solicito respetuosamente al Tribunal Superior en la sala laboral de Bogotá, revocar el presente fallo en contra de mi representada. Muchas gracias.".

Por su parte, la demandada PORVENIR manifestó[2], si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la Corte Suprema de Justicia, también la misma

[2] ***Recurso Porvenir (récord, 19:06): "****Muchas gracias su señoría, de manera muy respetuosa me permitió interponer recurso de apelación, en contra la sentencia de instancia solicitándole al honorable Tribunal Superior de la Sala Laboral, se sirva revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante ante el RAIS, así como las condenas interpuestas en contra de la AFP PORVENIR S.A., conforme a las siguientes consideraciones, en primer lugar, debe decirse que si bien existe un precedente jurisprudencial planteada por la honorable Corte Suprema de Justicia, también la misma corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de la manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información. En efecto, debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para mí representada no se da en el presente asunto, pues el demandante realizó válidamente el traslado de régimen pensional de manera voluntaria, sin presiones, informado y todo esto, de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado en el caso del demandante en el año 1994, asimismo, la cual debe de aclararse no exigía una información en los términos que fueron reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia. Ahora bien, con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS, se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993. Por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento, el contenido de la información otorgada por mi representada.*

De igual manera, como todo consumidor financiero, el demandante debía actuar con mediana diligencia, lo cual suponía por lo menos obtener información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, con mayor razón si los datos relevantes que le permitían precisar las consecuencias de esas decisiones estaban claramente determinados en normas de legal conocimiento y de fácil acceso.

Asimismo, debe decirse que el actor de mi representada aquí llamado a juicio, siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejercieron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del realizar el traslado del aquí demandante en relación con los rendimientos, debe señalarse que ser decretado la ineficacia del traslado, el efecto natural de dicha declaratoria implicaría que los recursos que se trasladen como rendimientos deben corresponder a los que hubiera generado las reservas del ISS y no los que generó el régimen de ahorro individual con solidaridad, pues no tiene sentido que si el traslado al RAIS no surtió ningún efecto legal, se obliga a trasladar a los rendimientos propios de este régimen y en caso de contrario, por efecto de las restituciones mutuas, el traslado de frutos generados por el régimen del cual se predica nunca existió la afiliación, deberá reconocerse en consecuencia los gastos que se incurrió para poder administrar los pagos, de dichos aportes, que se entenderían realizados en el régimen de prima media, gastos que se sintetizan en la Comisión de Administración y las primas de seguros provisionales. En ese mismo orden de ideas, tampoco es procedente que la administradora deba restituir las sumas que pagó por concepto de primas de seguros provisionales en cuanto ya no están en su poder, sino en las manos de las aseguradoras que contrató para cumplir los requisitos legales que se exigen en el momento de tener la afiliación del aquí demandante. En línea de lo señalado anteriormente, debe indicarse que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, conformidad con lo conceptuado por la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad encargada de vigilar, entre otras, a las sociedades administradoras de fondos de pensiones y que cuenta dentro de sus facultades con la de emitir conceptos doctrinales respecto a los temas de su competencia, al señalar dicho ente que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales debe efectuarse de conformidad con las normas específicamente previstas para ello, que es el artículo 7º del Decreto 3995 del año 2008, disposición normativa que debe aplicarse en todos los casos, que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que desde luego incluye las restituciones mutuas. Asimismo, su señoría le solicito a los honorables magistrados revocar la decisión de distancia relativa a la indexación de los valores objeto de la condena impuesta a mi representada, en la medida que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encontraba en la cuenta individual del demandante. Ello es así,

corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de la manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información. En efecto, debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación no se da en el presente asunto, pues el demandante realizó válidamente el traslado de régimen pensional de manera voluntaria, sin presiones, informado y todo esto, de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado en el año 1994, asimismo, no se exigía una información en los términos que fueron reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia.

Relató, con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS, se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento, el contenido de la información otorgada. De igual manera, como todo consumidor financiero, el actor debía actuar con mediana diligencia, lo cual suponía por lo menos obtener información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, con mayor razón si los datos relevantes que le permitían precisar las consecuencias de esas decisiones estaban claramente determinados en normas de legal conocimiento y de fácil acceso.

También adujo, la AFP ha actuado de buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejercieron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento de realizar el traslado del aquí demandante. En relación con los rendimientos, expuso, el efecto natural de dicha declaratoria implicaría que los recursos que se trasladen como rendimientos deben corresponder a los que hubiera generado las reservas del ISS y no los que generó el régimen de ahorro individual con solidaridad, pues no tiene sentido que si el traslado al RAIS no surtió ningún efecto legal, se obligue a trasladar los rendimientos propios de este régimen y en caso de contrario, por efecto de las restituciones mutuas, el traslado de frutos generados

---

pues como bien lo han venido señalando, tanto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca como el Tribunal Superior de Cali, esta última concretamente en la sentencia con número de radicado 0182019473, se ha determinado que no es viable ordenar la indexación, toda vez que se trasladaban los rendimientos financieros que compensan, ampliamente la depreciación del poder adquisitivo de la moneda. Por último, en lo que corresponde a las agencias en derecho, debe aclararse que se estimaba ineficacia, el traslado de régimen y la consecuente devolución de los valores que se fue condenado a mi representada, por consiguiente, deberá desestimarse las condenas en costas. Es por todo lo anterior, su señoría que le solicitó respetuosamente el honorable Tribunal Superior, revocar la sentencia de instancia, respecto a las condenas interpuestas en contra de mi representada Porvenir. Muchas gracias.".

por el régimen del cual se predica nunca existió la afiliación, entonces, deberá reconocerse los gastos en que se incurrió para poder administrar los pagos de dichos aportes, los cuales, se entenderían realizados en el régimen de prima media, gastos que se sintetizan en la Comisión de Administración y las primas de seguros provisionales.

Añadió, tampoco es procedente que la administradora deba restituir las sumas que pagó por concepto de primas de seguros provisionales ya que no están en su poder, sino en las manos de las aseguradoras que contrató para cumplir los requisitos legales que se exigen en el momento de tener la afiliación del aquí demandante. En línea de lo señalado anteriormente, indicó, 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 sociedades administradoras de fondos de pensiones y que tiene dentro de sus facultades la de emitir conceptos doctrinales respecto a los temas de su competencia, al señalar dicho ente que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales debe efectuarse de conformidad con las normas específicamente previstas para ello, que es el artículo 7º del Decreto 3995 del año 2008, disposición normativa que debe aplicarse en todos los casos.

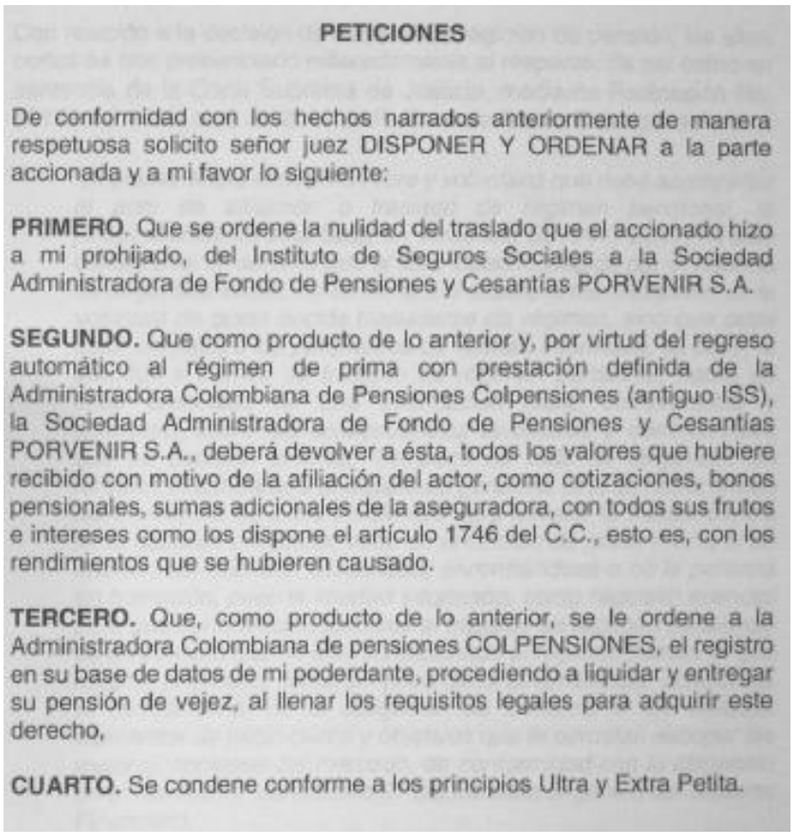
En igual sentido, solicitó, revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objeto de la condena, en la medida que se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encontraba en la cuenta individual del demandante, ello, en atención a que, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca como el Tribunal Superior de Cali en la sentencia con No. radicado 0182019473, ha determinado que no es viable ordenar la indexación, toda vez que se trasladaban los rendimientos financieros que compensan, ampliamente la depreciación del poder adquisitivo de la moneda. Por último, en lo que corresponde a las costas y agencias en derecho, solicitó se desestime la misma.

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 5, archivo 01*

Expediente Digitalizado), **las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 3 a 5, ibidem),*** aspirando:



PETICIONES

De conformidad con los hechos narrados anteriormente de manera respetuosa solicito señor juez DISPONER Y ORDENAR a la parte accionada y a mi favor lo siguiente:

PRIMERO. Que se ordene la nulidad del traslado que el accionado hizo a mi prohijado, del Instituto de Seguros Sociales a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

SEGUNDO. Que como producto de lo anterior y, por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones (antiguo ISS), la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., 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.

TERCERO. Que, como producto de lo anterior, se le ordene a la Administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES, el registro en su base de datos de mi poderdante, procediendo a liquidar y entregar su pensión de vejez, al llenar los requisitos legales para adquirir este derecho,

CUARTO. Se condene conforme a los principios Ultra y Extra Petita.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado por PABLO EMILIO GUTIÉRREZ GALINDO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, ordenando a la AFP PORVENIR S.A. que, dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual, junto a las sumas correspondientes a **rendimientos, comisiones y gastos por administración indexados**. Así mismo, la citada AFP deberá devolver a COLPENSIONES el **porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima**, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos. Igualmente, ordenó, **al momento de cumplir esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.** Agregó el a quo, COLPENSIONES deberá recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor, por lo que, una vez

hecha la reactivación al Régimen de Prima Media con prestación Definida, y se haya cumplido con el requisito de desafiliación del sistema general de pensiones, reconocerá y pagará la pensión de vejez bajo los presupuestos de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, por 13 mesadas pensionales, aplicando la tasa de reemplazo establecida en el artículo 34 de la citada ley, liquidado el IBL conforme el artículo 21 ibídem, esto es, con el promedio de lo devengado en los 10 últimos años cotizados o toda la vida laboral, tomando el más favorable, y teniendo en cuenta la densidad de semanas cotizadas por el demandante, esto, junto con el retroactivo pensional causado, de manera indexada desde la fecha de desafiliación del sistema y hasta la fecha en que se haga el pago del mismo, si a ello hubiere lugar. Por último, se condenó en costas a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

El *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, señalando dentro de autos ello no se demostró. De igual modo, encontró probado que el actor tenía derecho a la pensión de vejez, por reunir más de 1.300 semanas de cotización y haber cumplido 62 años de edad el 14 de junio de 2020, sin embargo, la supeditó a que Colpensiones la liquidara en su momento, cuando se desafilie del sistema, dado que no está acreditado el retiro, siendo Colpensiones la que calcule la prestación teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada, en los términos de los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.

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

[3] *En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de*

Así las cosas, se tiene como fecha de nacimiento del actor el 14 de junio de 1958 *(Conforme se registra en la cédula de ciudadanía Página 12, Archivo 01 Expediente Digitalizado),* por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 12 de enero de 2021 *(expediente administrativo, archivo 16.2, GRN.PDF)*, esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 700 semanas cotizadas al sistema que *(Historia Laboral aportada por Porvenir Archivo 14 expediente digital páginas 104),* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como bien lo señala Colpensiones en su apelación.

Ver Imagen:

SUBTOTALES

HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
4924	703.43	0	0.00	24	3.43	5016	716.57	0	0.00	24	3.43

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS				TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS			
DIAS:	4900	SEMANAS:	700.00	DIAS:	4992	SEMANAS:	713.14

El número de semanas se calculó con días calendario

No obstante lo anterior, 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, tuvo como fecha de solicitud el **14 de junio de 1994**, efectivo el **1º de julio de 1994** (*Ver Páginas 29 y 97, archivo 14 del expediente digital)* por afiliación que hiciera a AFP PORVENIR, según se

---

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".

desprende del formulario de afiliación y reporte SIAFP, imponiéndosele entonces a la AFP la obligación de 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 el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia."*

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

Frente a este 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.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante[6], no acreditan de manera a alguna que conociera las

[6] ***Interrogatorio del demandante. Récord 07:10: "****Para el año 1994 estaba laborando en Servientrega y cuando eso levaba la correspondencia al Banco Ganadero y allá me abordó un funcionario de Horizonte que era Porvenir y estaban haciendo afiliaciones y él fue el que me dijo que la AFP era buena y tendría muchas gracias, que podría salir pensionad fácil y con mejores logros, el formulario, lo que me dijeron los 2 empleados en el ascensor porque yo iba todos los días al Banco no leí, ellos me dijeron que estaba todo bien*

implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que las asesoras le informaron que el fondo Porvenir tenía mayor liquidez, además, que podría pensionarse a una edad menor a la establecida en la ley, y que sus aportes tendrían mayor estabilidad dada la liquidación en su momento del ISS, sumado a los rendimientos que se generaría, pero de manera alguna le indicaron sobre las modalidades pensionales en el RAIS, requisitos para pensionarse anticipadamente, entre otros aspectos, situación que en manera alguna da a entender que el actor conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado.

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que PORVENIR 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.

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

---

y firmé y ya, listo, los datos los diligencié yo, los requisitos para pensionarme en el ISS no me dijeron, solo me dijeron que salía la pensión más antes pero no me explicó a detalle, las modalidades de ahorro individual no me dijo, me indicó que el sistema de ellos era mucho más favorable, renta vitalicia o retiro programado no, cuenta de ahorro individual no, me decía que iba a tener mejor rentabilidad, pérdida económica no, aportes voluntarios no. no he realizado aportes de este tipo, en caso de fallecimiento no indicaron nada, me prometieron que pasarían una carpeta peor no pasaron nada, me dijeron que el traslado de aportes era contable y que cuadrarían la historia laboral y lo tuve que hacer por mi propia cuenta porque había 7 años perdidos, laboro actualmente y hago aportes a través del empleador, no recuerdo los traslados a otras AFP, lo que le mandan a uno al correo son los extractos pero no entiendo, me quiero regresar a Colpensiones porque tengo familiares que están pensionados en Colpensiones y es más favorable la rentabilidad y los pagos y lo que se rumora es que Porvenir tiene plata y luego se forma un problema para que siga pagando a las personas, no sé qué pasa con los beneficiarios, lo que presenté en Porvenir es tratando de llevar los apeles y me salen con el cuento que necesito más papeles y no solucionan nada, no me dijeron nada de la prohibición legal".

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(solicitud efectuada el 14 de junio de 1994, efectiva el 1º de julio de 1994),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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 la AFP PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, siendo un punto apelación por parte de PORVENIR, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción

del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, rendimientos y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***"7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de*

> *administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor."* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Es de advertir a PORVENIR en punto a la apelación, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de diferentes Tribunales no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

Asimismo, advierte la Sala, frente a los argumentos de apelación de PORVENIR, relacionados con la procedencia de los rendimientos financieros, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a COLPENSIONES (actual administradora del RPM). 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. <u>En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones."</u>*
> *En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES, a favor de quien se surte la consulta (páginas 114, archivo "01. ExpedienteFísico.pdf", expediente digital), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.".*

Respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de PORVENIR, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral °1 del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual "*se condenara en costas a la parte vencida en el proceso (…)",* sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite

procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a esta demandada, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, son las resultas del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de esta demandada.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[7] *(Página 36 y 37, archivo 15 expediente digital),* entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

En otro giro, dado que el actor solicitó el reconocimiento del derecho pensional y el Juez a quo acogió dicha pretensión en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 a partir de la novedad de retiro, se procede a su estudio en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones, advirtiendo, en virtud de la ineficacia del traslado e iterando que el demandante NO es beneficiario del régimen de transición, conforme se expuso desde el inicio de esta providencia, la prestación pensional del accionante en efecto deber ser estudiada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993[8], disposición que exige para el caso de los hombres debe haber alcanzado 62 años en tanto a partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementó, así como las cotizaciones mínimas ascendían a 1.000 semanas , las cuales aumentaron desde el 1° de

---

[7] *Se tuvo por contestada la reforma a la demanda en auto del 20 de octubre de 2021, archivo 19 expediente digital.*

[8] *"**Artículo 33.** Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*

1. *Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*

2. *Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015".*

enero del año 2005 en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas.

De esta manera, como ya se mencionó se encuentra a página 12 del archivo 01, copia del documento de identidad del demandante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 14 de junio de 1958, por lo que acreditó la edad exigida de 62 años, el mismo día y mes del año **2020**; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización, se encuentra a páginas 33 a 67 del archivo digital (14contestacionPorvenir.pdf), la HISTORIA LABORAL generada por la AFP PORVENIR con corte a febrero de 2021 en la que se desprende que el demandante contaba a dicha data con 2.124[9] semanas, discriminadas en 713 válidas para bono (Colpensiones) y 1.411,1 semanas cotizadas en el RAIS, razón por la cual es claro que actualmente el promotor de este litigio reúne los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, respecto de la fecha desde la cual debe ser otorgada la prestación, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 4 de la Ley 797 del 2003 señala que «*La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínimo de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente*».

9

No obstante lo anterior, en autos no hay certeza frente a la última cotización efectuada por el demandante, por el contrario en dicho reporte, se precisa que el estado de la afiliación del actor es activo, aunado a que el promotor de este litigio al absolver interrogatorio de parte manifestó que aun continuaba cotizando por medio de la empresa "Servientrega" (*récord 15:20, audiencia 29 de marzo de 2023*), razón por la cual el reconocimiento pensional deberá supeditarse al día siguiente de la fecha de la última cotización o cuando se reporte la novedad de retiro, pues si bien el derecho pensional ya se encuentra causado por el cumplimiento de los requisitos exigidos para la pensión de vejez, no es posible disfrutarla ni exigirla sino hasta el momento en que se haya efectuado el retiro del sistema del actor, precisando, en lo que respecta al monto de la mesada, este deberá ser calculado conforme lo previsto en el inciso 3º del artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es con lo devengado en toda la vida o durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento dependiendo lo que le resulte más favorable, dado que como quedó visto el demandante cuenta con más de 1300 semanas de cotización y al cual se deberá aplicar la tasa de reemplazo que se obtenga de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, todo ello al momento del retiro del servicio. De modo que se confirmará lo decidido en primera instancia en este puntual aspecto.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARGARITA ROSA TRIVIÑO RODRIGUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 04 2022 00158 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 4 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 31 de marzo del 2023 *(Audiencia virtual, archivo 19 expediente digital, récord: 1:26:01),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de **MARGARITA ROSA TRIVIÑO RODRIGUEZ** a la **AFP PROTECCIÓN**, suscrita en el año 2012. 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 PROTECCIÓN** a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

> ***TERCERO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR** en costas a la demandada **PROTECCIÓN**. Fíjense como agencias en derecho la suma de $1/2 smlmv.*
>
> ***SEXTO: CONCEDER** el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral".*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES presenta recurso de apelación indicando no le asiste derecho alguno a la demandante Triviño Rodríguez en sus pedimentos, pues los diversos relatos no lograron demostrar con suficiencia lo ocurrido como base fáctica de lo reclamado, pues con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando una persona se traslada de régimen a portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucionales y legales de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad, precisando el demandante tuvo la decisión de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad desde el año 1999 y hasta la actualidad.

Señala que la actora presentó su solicitud de traslado el 24 de febrero del 2022, situación que generó que para dicha data se encontraba inmersa la prohibición legal. Asimismo, aduce la demandante al 1° de abril de 1994 no contaba con el requisito de edad y tampoco con el tiempo de cotización exigido.

Expresa que las normas no tienen efecto retroactivo y como no se encontraba en vigor la Ley 1328 en 2009, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras, obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado del régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que al principio de legalidad y el debido proceso no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además, como lo expresa el artículo 29 de nuestra Constitución Política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzgan, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016, no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, solicitando por ende se modifique la condena y se

absuelva a Colpensiones. *(Audiencia virtual, archivo 19 expediente digital, récord: 37:18[1])*

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Página 6 del archivo 01 expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 4 y 5, ibídem),* aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado efectuado a Protección o en subsidio la ineficacia del mismo, en consecuencia se condene a dicha AFP a restituir a Colpensiones los aportes, rendimientos, bonos pensionales y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual, debidamente indexados

[1] Me permito presentar recurso de apelación frente a la decisión preferida por su despacho por directriz expresa de Colpensiones, entidad pensional que estima que no le asiste derecho alguno a la demandante Triviño Rodríguez en sus pedimentos, pues los diversos relatos no lograron demostrar con suficiencia lo ocurrido como base fáctica de lo reclamado. En el caso que nos atañe de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando una persona se traslada de régimen a portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucionales y legales de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad. Igualmente, véase como la de ponencia de la señora demandante se puede dirigir que no se tuvo mayor interés en indagar sobre la información recibida, tampoco se acercó al otro ahora Instituto de Seguros Sociales para solicitar una configuración de información, el estado actual de su afiliación y ver qué régimen y/o fondo era más benigno para su futuro pensional, pues lo que estaba en juego era su vejez, un riesgo que no es menospreciable por el común de la sociedad, sino que, por el contrario, vio satisfecho su derecho a la información por parte del fondo privado, codemandado y tomando así la libremente la decisión de no solo a trasladarse, sino de permanecer en el régimen de ahorro individual, con solidaridad desde el año 1999 y hasta la actualidad.

Con base en los preceptos Jurisprudenciales, se concluye que hacer el régimen de prima media de ahorro individual, excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es distinto. Por ello, la financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se corrige, el artículo 36 de la Ley 100 del 93, que solo permite el retorno al régimen de Prima media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 años o más al sistema pensional antes del 01/04/1994.

Ahora bien, se evidenció que la ciudadana Margarita Rosa presentó su solicitud de traslado el 24/02/2022, situación que generó que para dicha data se encontraba inmersa la prohibición legal. Asimismo, la demandante al 01/04/1994 no contaba con el requisito de edad y tampoco con el tiempo de cotización exigido.

Por lo anteriormente expuesto y adicional a la construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, se asignó la carga de la prueba la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador, teniendo en cuenta el momento histórico, del traslado, lo cual es concordante con las normas laborales, si te si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del Código sustantivo del trabajo, las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba en vigor la Ley 1328 en 2009, por lo que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras, obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado del régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que al principio de legalidad y el debido proceso no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además, como lo expresa el artículo 29 de nuestra Constitución Política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzgan, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016, no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad. Por ende, mi representada, anhela que las pretensiones de la demandante sean desestimadas por el Honorable Tribunal y, por lo tanto, se absuelva a Colpensiones y se modifique la condena impuesta. Muchas gracias su Señoría. En esos términos, dejó expuesto el recurso de apelación.

sin descontar valor alguno por concepto de cuotas de administración y comisiones, igualmente se ordene a Colpensiones a recibirla como afiliada así como todos los valores obtenidos mientras estuvo vinculada al RAIS, derechos *ultra y extra petita,* costas y gastos del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, en consecuencia, ordenó a Protección a devolver a **COLPENSIONES** las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, debidamente indexados por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora, disponiendo que al momento de cumplirse esa orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifique, así mismo, ordenó a COLPENSIONES que una vez se efectué el trámite anterior, acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada Protección no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

---

[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*

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 30 de octubre de 1960 *(Página 27, Archivo 01 expediente digital)*, por lo que la edad de 57 años, los cumplió en el año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 24 de febrero del 2022 *(Página 28, Archivo 01 expediente digital)*, esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional, y, otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994- por cuanto para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado 107 semanas (*pág. 63 Archivo 11 expediente digital)*, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, se tiene que es con fundamento en la ausencia del suministro de información que pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **26 de junio del 2003** con fecha de efectividad a partir del **1° de agosto del 2003** (*páginas 25 y 65, archivo 11 expediente digital)* por afiliación que hiciera a SANTANDER hoy PROTECCIÓN*,* específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y reporte SIAFF expedido por ASOFONDOS, advirtiéndose la Sala modificará el numeral 1º de la sentencia de primer grado para establecer que la fecha de efectividad del traslado lo fue el **26 de junio del 2003** y no el año 2012 como erradamente se señaló el Juez *a quo.*

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.

---

quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

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

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

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

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

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

jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[3], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

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

> *«**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso*

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

desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

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

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

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

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba

quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el

profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PROTECCIÓN antes SANTANDER.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[4], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

[4] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.*

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a

lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años,

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este*

---

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.

> *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 la accionante[5] no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que la empresa donde laboraba en el año 2003, les paso el formulario del fondo de pensiones privado y le dijo que firmara, a lo cual ella accedió. La actora indica que para ese momento no había un asesor de la AFP y que no le explicaron características del régimen, ni mucho menos los requisitos para pensionarse.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PROTECCION antes SANTANDER haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es que los argumentos de la accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad a la demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

[5] Audiencia 31 de marzo del 2023, récord 9:07

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a SANTANDER hoy PROTECCIÓN *(pág. 25 Archivo 11 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones SANTANDER hoy PROTECCIÓN proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
> *…*
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.*
>
> *Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 2003, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP SANTANDER 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 PROTECCION antes SANTANDER, omitió en el momento del traslado de régimen **(26 de Junio del 2003, efectivo el 1º de agosto de la misma anualidad),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, es menester precisar a COLPENSIONES, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la

sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones PROTECCIÓN a la que se encuentra actualmente afiliada la actora, del saldo o aportes existentes en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, como también resulta acertado, la decisión impuesta por el a quo en cuanto a que para el momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de COLPENSIONES, que se adicionará el ordinal segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PROTECCIÓN S.A. debe devolver a COLPENSIONES, además de lo ordenado por el *a quo* las **comisiones**, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

Pues así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

> *"(…) De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional* ***deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor,*** *sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil.* ***En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones."***

Con relación a la indexación ordenada, es menester señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del

patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> *"**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, radicación No. 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***"7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,** junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor."* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene ahondar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema o equilibrio financiero, 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 del demandante.

Sobre este aspecto, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan «*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas»* (Sentencia CSJ SL2877-2020).

Ahora, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta[6] (*Archivo 08 expediente digital, página 9 y 10*) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, adicionará y modificará la decisión de primer grado conforme las motivaciones que preceden.

---

[6] Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 20 de septiembre del 2022 (Archivo 12 expediente digital)

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C**., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

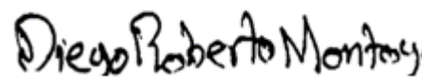
PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada y consultada en cuanto a que la fecha del traslado de la actora lo fue el **26 de junio del 2003 con efectividad a partir del 1° de agosto de ese año.**

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en su numeral **SEGUNDO**, en el sentido de **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a retornar las **comisiones** debidamente **indexadas** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

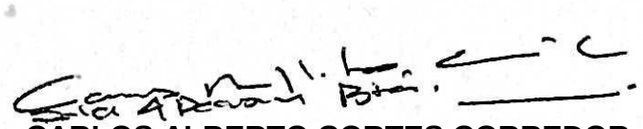
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

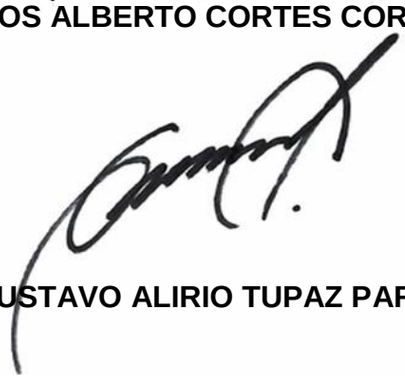
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FERNEY GUERRERO FAJARDO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 05 2019 00405 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado NICOLAS RAMIREZ MUÑOZ como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juez 5º Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 16 de marzo del 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 28 Grabación Audiencia, Récord: 1:20:30),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual realizado por el señor FERNEY GUERRERO FAJARDO a través de COLMENA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A.*

> ***SEGUNDO: ORDENAR** a SKANDIA S.A. que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con sus rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.*
>
> ***TERCERO: SIN COSTAS** en este proceso.*
>
> ***CUARTO:** En caso de que no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de Colpensiones*
>
> ***QUINTO: ABSOLVER** a PORVENIR de todas y cada una de las pretensiones de la demanda."*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, a lo cual procede previa la constatación de inexistencia de causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme a las siguientes:

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*Páginas 3 y 4, archivo 1 Expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 4 y 5 ibidem),* aspirando de manera principal se declare la nulidad o invalidez del traslado y afiliación realizada a Colmena hoy Protección, en consecuencia se ordene a OLD MUTUAL S.A. a realizar las devolución de los aportes efectuados al RAIS, y a Colpensiones a recibir dichos valores, como también se condene en costas a las demandadas. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen, ordenando a Skandia S.A. trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas juntos con los rendimientos, frutos e intereses con destino a COLPENSIONES, y a esta última, recibir los aportes del demandante y proceder a actualizar su historia laboral. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN antes COLMENA no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado, sin que se acreditara haber explicado las

consecuencias de su traslado, aunado a que el formulario no constituye prueba de la información proporcionada.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 5 de mayo de 1957 *(Página 14, Archivo 01 expediente digital)*, por lo que la edad de 62 años, los cumplió en el año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones, Old Mutual, Protección y Porvenir el 23 de enero del 2018 *(Páginas 30 a 34, 41 a 45, 46 a 50 y 55 a 59, Archivo 01 expediente digital)*, esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y, otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994- por cuanto para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado 55.43 semanas (*pág. 15 Archivo 9 expediente digital)*, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el

[1] *En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".*

proceso, acaeció el **29 de mayo de 1998** con fecha de efectividad a partir del **1° de julio de 1998** *(Página 36 archivo 14 expediente digital y pág. 69 Archivo 17 expediente digital)* por afiliación que hiciera a COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama*

> *que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

En tal sentido, *"es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez"* (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[2], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(…)*
> *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."*

[2] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC).

Así, discurrió

> *"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las*

> *nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".*

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe,

como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado PROTECCIÓN S.A. antes COLMENA S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[3], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

[3] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.*

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen 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[4], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 1998 cuando se afilió a COLMENA un asesor le indico las bondades de esa AFP,

[4] Audiencia del 16 de marzo del 2023, récord 11:55

y que en todo caso el ISS se iba acabar, de modo que la única opción que tenía era afiliarse a un fondo privado por lo que decidió firmar sin coacción alguna el formulario de afiliación.

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora -PROTECCIÓN antes COLMENA- no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características.

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. (*Página 36 Archivo 14 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 esa AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones COLMENA hoy 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 no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que

proporcionó la adecuada y completa ilustración a la actora al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
>
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
>
> *…*
>
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de*

suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1998, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP COLMENA hoy 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 COLMENA hoy PROTECCIÓN omitió en el momento del traslado de régimen **(29 de mayo de 1998, efectivo el 1 de julio de ese año),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa

medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, es menester precisar no tiene incidencia alguna que el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Página 69, Archivo 17 expediente digital),* en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual.

Frente al de traslado a diversas AFP memórense los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, aquel con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y más recientemente la sentencia CSJ SL1055-2022 radicación 87911 de 2 de marzo de 2022, última en la cual se indicó:

> *«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*
>
> *De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.*

> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*
>
> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias».*

Así también se reiteró en la sentencia CSJ SL2379-2022:

> *«De otra parte, hay que resaltar que* ***los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS****. De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión».*
> *En este sentido, se indicó que «los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente* ***porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz****, el cual no puede sanearse como la nulidad»* (Negrillas y subrayas de la Sala).

Bajo tal orientación, en tratándose de la ineficacia del traslado, como ya se anotó, no resulta relevante los traslados efectuados por 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 SKANDIA antes OLD MUTUAL, 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, frutos e intereses, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

No obstante lo anterior, debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que SKANDIA S.A. -además de lo ordenado por el Juez *a quo*- y también PROTECCIÓN y PORVENIR S.A. deberán retornar los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[5]

[5] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[6].

Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

> *"(…)*
>
> *De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional* ***deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor,*** *sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil.* ***En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones."***

Igualmente se dispondrá por parte de esta Sala que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Con relación a la orden del pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> *"****Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones,*

[6] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

> *en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***"7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor."* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Por otro lado, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que el convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan "*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones,*

puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas." (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[7] *(Páginas 12 y 13, archivo 9 expediente digital),* entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará en los puntos anteriormente expuestos y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que SKANDIA -además de lo ordenado por el Juez *a quo*- como también PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deberán retornar a COLPENSIONES los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima todo debidamente indexado

[7] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 8 de marzo del 2021, archivo 15 expediente digital.

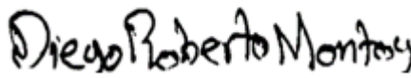
con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, conforme lo considerado.

SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

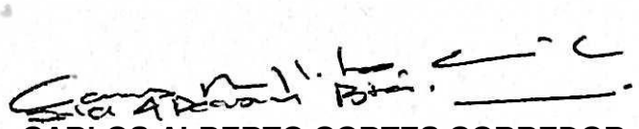
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

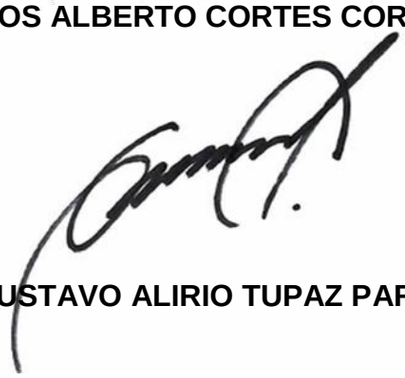
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HERNANDO CIFUENTES WILCHES CONTRA ASEQUIMICOS S.A.S. (RAD. 06 2019 00403 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado 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 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado 2º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C.[1], el pasado 29 de septiembre de 2022 *(19Parte2Audiencia29Septiembre2022Arts77y80.mp4, récord: 1:34:34)*, en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** probadas las excepciones denominadas, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe propuestas por la demanda, de acuerdo con lo considerado.*
>
> ***SEGUNDO**: Como consecuencia del anterior se absuelve a la demandada. Si tiene costas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por HERNANDO CIFUENTES WILCHES. Conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***TERCERO**: **CONDENAR** a la parte actora en costas para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 pesos.*
>
> ***CUARTO**: De no ser apelada, decisión se remitirá al superior en consulta en favor del demandante.".*

[1] *En cumplimiento a lo ordenado en los Acuerdos PCSJA22-11918 de 2022, PCSJA20-11686 de 2022 y CSJBTA22-15 de 2022, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura.*

Inconforme con la decisión la apoderada del demandante recurrió la sentencia proferida[2], argumentando, en primer lugar, existió una indebida valoración de pruebas, de conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional el defecto fáctico ocurre cuando el funcionario judicial, al momento de valorar la prueba, niega o valora la prueba de manera arbitraria e irracional y caprichosa u omite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados y sin razón valedera da por no probado el hecho de las circunstancias que la misma emerge clara y objetivamente según la sentencia de la Corte Constitucional T - 117 de 2013 con Magistrado ponente, Alexei Julio Estrada.

Agregó, se debe tener en cuenta que por mandato del artículo 228 de la Constitución Política, el derecho sustancial prevalece sobre las formas, por lo que, la carga de la prueba en este caso está en cabeza del empleador ya que debe demostrar que el despido se basó en las causas esgrimidas en el documento con el que comunicó la terminación, citando al efecto la sentencia CSL SL 17728 del agosto de 2016.

---

[2] ***Recurso parte actora; récord 1:35:12: "****Me permito interponer recurso de apelación a la sentencia emitida por el despacho hoy, 29 de septiembre de 2022, dentro del presente proceso, de conformidad con los artículos 65 y 66 del Código de procedimiento del trabajo. Y lo fundamentó brevemente de la siguiente manera:*
primero indebida valoración de pruebas, De conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. El defecto fáctico ocurre cuando el funcionario judicial, al momento de valorar la prueba, niega o valorar la prueba de manera arbitraria irracional y caprichosa u omite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados y sin razón valedera da por no probado el hecho de las circunstancias que la misma emerge clara y objetivamente según la sentencia de la Corte Constitucional T 117 de 2013 con Magistrado ponente, Alexei Julio Estrada.

Además, debe tenerse en cuenta que por mandato del artículo 228 de la Constitución Política, el derecho sustancial prevalece sobre las formas. Segundo, la carga de la prueba al empleador le corresponde demostrar que el despido se basó en las causas esgrimidas en el documento con el que comunicó su decisión. Magistrado ponente, Fernando Castillo Cadena, sentencia de la Corte Laboral SL 17728 del agosto de 2016.

Es claro que la prueba o pruebas contundentes sobre la causa del despido esgrimida por la parte demandada como justa en el presente proceso brilla por su ausencia, siendo procedente, en consecuencia, que se despache favorablemente las súplicas de la demanda, que además se tenga en cuenta que el demandante nunca aceptó los cargos que, a pesar de lo que anuncia la honorable juez, la sociedad demandada nunca estableció el supuesto daño sufrido por las actividades comerciales adelantadas, el despacho endilga al demandante que la conducta se realizó mucho tiempo sin estar demostrado, segundo, que se resalte que el despido se realiza por el hecho de un tercero, que el objeto social de IMPOQUIM no es el mismo de ASEQUIMICOS e insiste cuarto. Tampoco se presentó imparcialidad en los testigos de la demanda, pues todos son familia, es una empresa familiar que a todos les interesaba el fallo absolutorio, quinto, no se le pagó, lo que se dijo en juicio y en alegatos es que no se pagó en tiempo, nunca se dijo que no se hubiera pagado. Lo que se dice es que se demoró 3 meses la reliquidación contraria a los 10 o 18 días de acuerdo con la demandada, demora en el pago de las comisiones. Sexto. Se habla de competencia desleal cuando los los presupuestos de la competencia son otros y con esto la juez está desconociendo el derecho fundamental a la libre empresa.

Con fundamento en lo dispuesto y demás argumentos que expondré, Que expondrá ante el juez de segunda instancia dentro de la oportunidad correspondiente, solicito respetuosamente a su despacho conceder el recurso de alzada a la parte actora.".

En su sentir, es claro que las pruebas contundentes sobre la causa del despido esgrimida por la parte demandada como justa en el presente proceso brilla por su ausencia, siendo procedente, en consecuencia, que se despache favorablemente las súplicas de la demanda y que además se tenga en cuenta que el demandante nunca aceptó los cargos y que la sociedad demandada nunca estableció el supuesto daño sufrido por las actividades comerciales adelantadas, Narró, la a quo endilga al demandante que la conducta se realizó mucho tiempo sin estar demostrado, además, el objeto social de IMPOQUIM no es el mismo de ASEQUIMICOS así como tampoco se presentó imparcialidad en los testigos de la demandada, pues todos son familia. Por último, adujo, la reliquidación de las comisiones se demoró 3 meses contrario a los 10 o 18 días que informa la demandada, asimismo, en esta litis no se puede hablar de competencia desleal cuando los presupuestos son otros, desconociéndose el derecho fundamental a la libre empresa.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*páginas 1 a 2, archivo 03 del expediente digital)*, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en el acápite respectivo (*páginas 2 a 7, ibidem*), encaminadas a que se declare:

> 1. Que se declare que, entre el demandante, señor HERNANDO CIFUENTES WILCHES y la empresa ASEQUÍMICOS S.A.S., existió una relación laboral mediante contrato indefinido de trabajo suscrito entre las partes, el cual se ejecutó entre el veintiséis (26) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1.997) y el dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2.017).
>
> 2. Que se declare que ASEQUÍMICOS S.A.S. terminó el contrato laboral con mi poderdante, de manera unilateral, sin justa causa.
>
> 3. Que como consecuencia de la declaración anterior se condene a ASEQUIMICOS S.A.S. al pago de la indemnización establecida en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, por haber despedido sin justa causa al señor HERNANDO CIFUENTES WILCHES después de veinte (20) años de trabajo.
>
> 4. Que se declare que la demandada desestimó la estabilidad laboral reforzada a que tenía derecho el demandante como consecuencia de las enfermedades que adquirió durante la vigencia del contrato.
>
> 5. Que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene a ASEQUÍMICOS S.A.S. al pago de la sanción establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por haber despedido al demandante, amparado con fuero de estabilidad laboral reforzada, en razón a la condición de salud diagnosticada al demandante y de pleno conocimiento de las directivas y compañeros de ASEQUÍMICOS S.A.S.
>
> 6. Se condene a la demandada a reconocer los perjuicios morales ocasionados a él y a su familia por el despido injusto, en un monto expresado en los salarios mínimos mensuales que considere el despacho, de conformidad con lo establecido en Sentencia SL 14618-2014.

conceptos, a saber: comisión por ventas realizadas entre octubre y diciembre de 2016, enero a febrero de 2017; comisión por recaudo de cartera en los mismos períodos; comisiones causadas tanto por ventas como por recaudo en los mismos períodos de tiempo.

8. Se condene a ASEQUÍMICOS S.A.S. a reliquidar y pagar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones teniendo en cuenta el salario real devengado por mi mandante con las comisiones causadas mensualmente.

9. Se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el no pago de la cuantía debida al trabajador por concepto de prestaciones sociales y salarios completos al término de la relación laboral, contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo de trabajo, calculados al momento en que efectivamente se liquiden las sumas dejadas de pagar.

10. En forma estrictamente subsidiaria a las pretensiones anteriores, solicito se condene a la demandada a indexar todas las sumas que resulten a favor del demandante de conformidad con la normatividad vigente.

11. Se condene a la demandada, al pago de cualquier otra pretensión extra y ultra que resulten procedentes.

12. Se condene a la demandada en costas y agencias en derecho.

Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones, en tanto, se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas tras considerar, con relación a la presunta condición que ostenta el aquí demandante, el señor HERNANDO CIFUENTES WILCHES en efecto fue diagnosticado con "diabetes" según las probanzas del plenario (historia clínica), no obstante, no existe prueba en el plenario que permita inferir que a la finalización del contrato de trabajo el actor tuviera dolencias, incapacidades, restricciones y/o tratamientos, no haciéndose acreedor de la protección derivada de la Ley 361 de 1997, en tanto, no acreditó que la terminación del contrato de trabajo se hubiese dado en virtud de la disminución de las capacidades laborales del actor derivadas de sus padecimientos de salud. (*archivo 19, récord 00:03:36*).

Frente al despido acaecido, indicó la *a quo*, la demandada logró acreditar la justa causa invocada en la carta de terminación del contrato de trabajo, pues evidenció que los hechos endilgados si acaecieron, esto, luego de valorar las pruebas documentales, testimonios e interrogatorio de parte recaudado al actor.

Así las cosas, en primer lugar, debe advertir esta Sala de decisión, no esta en discusión que el contrato de trabajo a término indefinido que existió entre las partes se desarrolló entre el **26 de febrero de 1977 y el 16 de febrero de 2017**, durante el cual el accionante ocupó como último cargo ASESOR COMERCIAL (hecho 2.1.4.), relación que terminó por decisión unilateral de la accionada. Esta situación no fue desconocida por la demandada ya que frente al hecho y pretensión uno, afirmó ser cierto y no oponerse, respectivamente (página 1 y 8, archivo 08). Igualmente, se corrobora con el contrato de trabajo, certificación

laboral y liquidación del contrato de trabajo. (páginas 22 a 25, 78 y 90 del archivo 08).

Ahora bien, seria del caso entrar a verificar si el demandante es un sujeto de especial protección por sus condiciones de salud, empero, debe resaltar la Sala el recurso se dirigió únicamente a controvertir la justeza del despido invocada por la demandada ASEQUIMICOS S.A.S., no atacando entonces, el estado de salud del actor y acogiéndose a lo decidido por la *a quo,* quién determinó que al promotor de este litigio no lo cobija la protección prevista en la Ley 361 de 1997 y por ende, se queda sin sustento la pretensión dirigida al reconocimiento y pago de la sanción contemplada en el artículo 26 de la ley ibidem. Igualmente, no se atacó lo concerniente a los perjuicios morales, diferencias dejadas de pagar al trabajador como consecuencia de la reliquidación percibida por comisiones en ventas y recaudo y el consecuente pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Establecido lo anterior, se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto 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).

En esa dirección, en lo que corresponde al despido, 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, al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa[3] (CSL SL 1240-2023, SL 1111-

[3] *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*

2023, entre otras). A la par, la sentencia CSJ SL976-2023, enseñó: "*El empleador tiene la carga de probar la ocurrencia de los motivos aducidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral, por lo que es necesario que se complemente con otros medios de convicción -la carta de despido es el mero acto formal mediante el cual el empleador comunica al trabajador la decisión de terminación, sus causas y fundamentos".*

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.

Así las cosas, en el caso de marras debe precisarse el actor en el hecho No. 2.1.19.1. *(página 10 Archivo 03 del expediente digital)* expuso:

2.1.19 La carta de despido entregada al demandante tiene varias imprecisiones, a saber:

2.1.19.1 No alude concretamente las normas violadas por el demandante, toda vez que ni el contrato de trabajo suscrito entre las partes, ni el reglamento interno de trabajo, exigen a los empleados de ASEQUIMICOS S.A.S. informar al empleador sobre las actividades comerciales de sus familiares.

2.1.19.2 Las zonas de comercialización de IMPOQUIN S.A.S., abarcan diferentes territorios, entre otros, la zona de Sumapaz.

2.1.19.3 El testigo presentado por el convocado a la audiencia de descargos aclaró que IMPOQUIM S.A.S., tiene su actividad en un domicilio de actividades diferente a la del demandante, aclaración desestimada por quienes convocaron tal audiencia.

2.1.19.4 No fue probada la desatención a clientes conseguidos (NO ASIGNADOS) por el señor CIFUENTES.

2.1.19.5 En una conclusión personal sin validar, el representante legal de ASEQUIMICOS S.A.S., supone que el señor CIFUENTES concedió a su hijo información privada de la empresa que representa.

2.1.20 Señalar al señor CIFUENTES de realizar conductas reprochables que van contra la empresa, no está probado, no tiene fundamento fáctico ni jurídico, toda vez que las conductas endilgadas a mi poderdante, no se enmarcan en lo preceptuado por el artículo 62 del Código Sustantivo de trabajo ni contravienen en modo alguno lo establecido en los artículos del 8° al 19° de la Ley 256 de 1.996.

Por su parte, la demandada al dar respuesta aceptó que el contrato terminó por una justa causa invocada por la Compañía y arrimó la misiva de finalización del contrato de trabajo del 16 de febrero de 2017, pieza procesal que fue aportada por

---

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…"

el demandante (archivo 04, páginas 39 a 41, y archivo 08, páginas 50 a 53), misiva en la que se señalaron como causas del despido las siguientes:

Bogotá, 16 de Febrero de 2017

Para: Hernando Cifuentes Wilches.

Referencia: Terminación de contrato con justa causa.

La presente tiene por objeto comunicarle la decisión adoptada por la empresa, de dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa, a partir de la fecha con fundamento en los siguientes graves hechos:

Entre sus responsabilidades y obligaciones en el cargo de Asesor Comercial - asignado a la zona Sumapaz en la empresa, se encuentra cumplir a cabalidad todas las funciones, actividades y procedimientos establecidos por la compañía.

El pasado 30 de enero de 2017 en la reunión sostenida entre usted, el Gerente General de la empresa Juan Carlos Duque Gómez y el Director de Talento Humano Richard Ortiz Rassa, frente a la pregunta que le realizo el Gerente General al final de la reunión sobre si deseaba manifestar algo adicional al tema de la misma, usted indico que debía ser acerca de lo sucedido con Eylin Barboza la nueva Directora de Producto de la empresa, indicando en ese momento que usted le había comentado que su hijo Nicolás Cifuentes y otra persona montaron una compañía que comercializa accesorios, comparadores y cepillos para piscina, que la compañía estaba establecida en la ciudad de Bogotá en el lugar donde usted reside, y que la empresa se llamaba IMPOQUIM.

En la mencionada reunión usted indico que todo el tema había surgido porque quería ser honesto con Eylin Barboza y que por eso le había comentado la situación en el viaje que ella realizó a la zona de Sumapaz.

Dada la información proporcionada por usted en la mencionada reunión la empresa dio inicio a las averiguaciones correspondientes, siendo posible establecer que la empresa IMPOQUIM S.A.S., fue legalmente constituida el pasado 26 de septiembre de 2016 – de conformidad como se encuentra determinado en la Cámara de Comercio fechada 01 de febrero de 2017 – y que usted solo informo de esta situación a la Directora de Producto

línea de equipamiento en el viaje realizado al Supamaz (zona asignada a usted por la empresa para la comercialización de los productos manejados por ASEQUIMICOS S.A.S.) y el 30 de enero de 2017 en la reunión anteriormente indicada.

Lo anterior resulta inaceptable ya que usted tenía pleno conocimiento que la empresa IMPOQUIM S.A.S., constituida por su hijo desde el 26 septiembre de 2016, se dedicaba a la comercialización de accesorios, comparadores y cepillos para piscina, que estaba realizando esta comercialización en la misma zona (Sumapaz) asignada a usted por Asequimicos S.A.S. y claro está que estaba vendiendo productos a un menor precio a los clientes a usted asignados por Asequimicos S.A.S.

Así mismo de las averiguaciones realizadas por la empresa fue posible establecer que usted no visita de manera constante a sus clientes de la zona del Sumapaz, que no atiende de manera oportuna sus requerimientos y que por esta misma razón estos se han visto en la necesidad de adquirir productos como nazas a la empresa de su hijo IMPOQUIM S.A.S., generando con esto una demanda mucho menor de nuestros productos en su zona, no solo de nazas sino también de los cepillos y reactivos, todos estos productos ofrecidos y vendidos por la empresa de su hijo IMPOQUIM S.A.S.

Aunado a lo anterior igualmente fue posible ratificar la información entregada por usted el día 30 de enero de 2017 respecto a que la empresa IMPOQUIM S.A.S., funciona desde el pasado 16 de septiembre de 2016, en la misma dirección de su lugar de residencia, por lo que es lógico que usted debió notificar a la empresa oportunamente de la constitución de la empresa de su hijo, ya que al funcionar en el mismo domicilio donde usted reside, resulta fácil acceder a la información exclusiva y confidencial que maneja usted respecto de la empresa ASEQUIMICOS, particularmente cuando IMPOQUIM S.A.S., es competencia directa de la empresa.

Teniendo en cuenta lo aquí señalado respecto de la falta de atención a los clientes asignados a usted por esta empresa, el hecho que sea precisamente su hijo en

representación de la empresa IMPOQUIM S.A.S., constituida por este, quien este vendiendo los mismos productos en la misma zona a los mismos clientes a precios inferiores a los manejados por la empresa que usted representa -ASEQUIMICOS S.A.S.-, que resulta válido afirmar que usted está utilizando los contactos, herramientas y conocimientos adquiridos en ASEQUIMICOS S.A.S., para impulsar una empresa de la competencia; agravando la situación que la mencionada compañía funciona en su lugar de residencia, que fue constituida desde el 16 de septiembre de 2016 y que usted tan solo notificó de esta situación a la compañía cuando la señora Eylin Barbosa debía visitar y estar en contacto con sus clientes de la zona de Sumapaz, es decir cuando usted evidenció que la misma iba darse cuenta de lo que estaba sucediendo en esta zona.

Para la Asequimicos S.A.S no existe razón atendible para que usted conociendo plenamente tanto la empresa, la zona y los clientes que estaba visitando su hijo, así como que el hecho que este estaba vendiéndoles los mismos productos comercializados por ASEQUIMICOS S.A.S., a nuestros clientes; quienes incluso indicaron que reconocían plenamente al señor Nicolás Cifuentes, no solo por ser quien les vende nazas, cepillos y reactivos para piscinas a través de la empresa IMPOQUIM S.A.S., sino por ser su hijo, no haya realizado mención alguna sobre la constitución de la sociedad de su hijo o siquiera de la situación que se estaba presentando con el mismo en la zona, lo que evidencia la mala fe con la que actúo frente a su empleador.

Así las cosas los hechos presentados evidencian que usted está utilizando para su provecho o el de su hijo, información que le ha sido suministrada por la empresa con carácter confidencial, para impulsar la empresa IMPOQUIM S.A.S., generando con esto serias consecuencias económicas a Asequimicos S.A.S, ya que IMPOQUIM S.A.S., viene explotando comercialmente nuestros clientes de la Zona Sumapaz asignada a usted, con los productos de la misma naturaleza de los comercializados por ASEQUIMICOS S.A.S., circunstancia de la cual usted tenía absoluto conocimiento.

Las anteriores circunstancias incluso crean en nuestros clientes una mala imagen de la compañía dado que los mismos relacionan de manera inmediata a IMPOQUIM S.A.S., con ASEQUIMICOS S.A.S.

Las anteriores conductas son inaceptables e injustificables dado que usted incumplió gravemente sus obligaciones contractuales y reglamentarias toda vez que usted no actuó con buena fe durante la ejecución del contrato de trabajo.

En este sentido, su proceder resulta reprochable desde todo punto de vista pues las obligaciones adquiridas con Asequimicos S.A.S debieron ser cumplidas por parte de usted, para que no se generaran ningún tipo de inconveniente para la compañía.

Dicha situación constituye una grave y clara violación de sus obligaciones contractuales y legales, razón por la cual la empresa ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa según lo establecido en el artículo 55 y 56 del C.S.T., el numeral sexto (6°) y octavo (8°) del artículo 62 de la misma codificación subrogado por el artículo 7° del D.L. 2351 de 1965, en concordancia con los numerales 1° Y 2° del artículo 58 ibídem.

Finalmente, se le informa que el pago de sus cotizaciones en seguridad social y parafiscalidad se encuentra al día. Se adjuntan copias de los comprobantes de pago de las cotizaciones de los últimos tres (3) meses.

Las cotizaciones correspondientes al mes en curso, que por disposición legal la empresa efectuará finalizado el mes respectivo, le serán remitidas a la última dirección registrada en su carpeta.

Su correspondiente liquidación final de prestaciones sociales se encuentra a su disposición.

Conforme lo anterior, lo que motivó el despido del convocante se originó por el incumplimiento a las funciones, actividades y procedimientos que le asistía como Asesor Comercial asignado a la zona Sumapaz 1 y 2 en la empresa ASEQUIMICOS S.A.S., todo ello derivado de la creación de la sociedad IMPOQUIM S.A.S., la cual fue constituida el día 26 de septiembre de 2016 por el hijo del demandante, sociedad que ejercía una actividad del objeto social de la aquí demandada, siendo endilgado al actor que no actuó de buena fe durante la ejecución del contrato de trabajo. En sentir de la empresa, el demandante utilizó indebidamente para si o para su hijo, información suministrada por la empresa, permitiendo que IMPOQUIM S.A.S. explotara comercialmente los clientes de ASEQUIMICOS S.A.S en la zona Sumapaz 1 y 2, guardando silencio sobre dicha situación desde la creación de la sociedad. Los hechos en mención fueron delimitados por la demandada en los numerales 1º y 2º del artículo 58 del C.S.T., generando la justa causa para terminar el contrato de trabajo prevista en los numerales 6º y 8º del artículo 62 de la misma codificación.

En ese orden, frente a los hechos invocados en la misiva de despido, se advierte, a páginas 65 a 66 del expediente digital (archivo 08), acta de reunión de fecha **30 de enero de 2017**, donde se relacionaron los temas a tratar con el demandante y

el señor Juan Carlos Duque, éste último en calidad de Gerente Comercial de la sociedad demandada, al siguiente tenor:

> Se establece una conversación formal de los aspectos generales y de la historia de la presupuestación de la compañía en donde se le manifiesta al señor Cifuentes que parte de los objetivos estratégicos de Asequimicos recaen en la correcta presupuestación, herramienta usada por varias de las áreas de la compañía para poder garantizar la sostenibilidad de la misma en el tiempo, se hace un recuento de los beneficios que le ha entregado la empresa a lo largo de este tiempo en la que el propio Gerente colaboro en la financiación de su vehículo a través de un Leasing entre otros, se hablo acerca de las oportunidades que se le venían ofreciendo para que atendiera otras regiones, de la importancia de contar con él en el proceso de expansión a nuevas zonas; a partir de estos comentarios se le pregunta por qué se origina esa situación de inconformidad con los presupuestos y lo que indica el señor Hernando es que todo viene desde el año 2007, fecha en la que el Gerente Administrativo de aquel entonces presento una propuesta para la flexibilización de los salarios del área comercial, situación que él reporta que generó malestar y desconfianza y desde ese momento el decidió que cualquier comunicación debería ser informada a su abogado, el Gerente le indica que esto es una situación lamentable pues él sabe el compromiso de la compañía con el recurso humano hasta el punto que se impidió que se retirara en el año 2012, fue el mismo Gerente señor Juan Carlos Duque Gómez quien siendo en ese entonces Gerente Administrativo y Financiero quien lo instó a no renunciar y siempre él ha obrado con claridad y respeto, se le comunica que cuantas veces requiera copias de su contrato de trabajo la compañía se las entregara y se le imparte la instrucción al Director de Talento Humano como en su momento se hizo anteriormente el mismo requerimiento en 2015, y de ser necesario, como se le informa, se intentara actualizar su contrato de conductor al de Asesor Comercial que es una de las situaciones que él siente, el Gerente, es lo que lo motiva a solicitar repetidamente copia del mismo y se deja sin embargo la posibilidad de hablar de una salida negociada si es que el señor Cifuentes lo considera pertinente.
>
> En la última parte de la reunión el Gerente le pregunto si tiene algún otro aspecto que quiera reportar a lo que el señor Cifuentes responde que "debe ser acerca de lo sucedido con Eilyn" la Directora de Equipamiento, a lo que el Gerente responde que no sabe de qué le está hablando, en este momento de la reunión el manifestó que su Hijo Nicolás Cifuentes y otra persona que dice ser su socio, montaron a partir de un emprendimiento con Casa Lucker y gracias a unos recursos que le asignaron, una compañía que comercializa accesorios, comparadores y cepillos para piscinas, a lo que el Gerente le pregunto que donde estaba establecida esta compañía y a lo que el respondió que en Bogotá en su residencia que es la misma del señor Cifuentes, por otro lado indico que la compañía se llama Impoquim y suministro el teléfono del señor Nicolás Cifuentes y dice que si es que tuviera preguntas que hacérsele el teléfono de Nicolás es 3102505137, reporto, el señor Cifuentes, que todo esto surgió porque quería ser sincero con Eilyn y que por esto le comento de la situación, continuo sin embargo presentándola ante todos los clientes de su ruta de manera normal, en este momento el Gerente le manifestó que "quedo frio" ante este relato y en ese momento el señor Cifuentes argumento que él nunca ha accedido a la venta de accesorios con el precio que se le da en Asequimicos y manifestó que no tiene nada que ver en esto, que solo cumplió con darle educación a su hijo y ya, el Gerente le manifestó que esta situación debería ser analizada en detalle y hasta tanto era mejor dejar este tema en espera.

Con posterioridad a este evento la empresa enjuiciada a través del Gerente de Mercadeo y Desarrollo de Negocios y el Gerente Técnico, suscribieron el acta de reunión del **13 de febrero de 2017** (páginas 67 y 68, archivo 08), plasmando en la misma:

Las directrices de mayor valor para toma de decisiones y mapeo del mercado y situación actual de la visita de toda la zona del Sumapaz, equivalente a nuestras rutas Logísticas Zona Sumapaz 1 Mesa y Zona Sumapaz 2 Melgar son las siguientes:

1. Se visitaron un total de 12 clientes en las ciudades de La Mesa, Anapoima, Girardot, Melgar, Carmen de Apicala y Chinauta.
2. En las visitas se realizó una búsqueda de información de la empresa Impoquim por reporte de la Directora de Línea de Equipamiento.
3. Visita Químicos y Accesorios La Mesa/Yaneth Valdés Sanabria (La Mesa): Nos reporta que fue muy difícil poder conseguir a Hernando Cifuentes para lograr una compra ya que "había el chisme" que los exclusivos eran Piscinas y Motores del Agro. Evidencia que conoce la compañía Impoquim, que es del Hijo de Hernando Cifuentes y que la han visitado de forma semanal. Ella nunca les ha comprado ya que es una ex empleada de Industrias Flir el cual es un fabricante de accesorios para piscina y tiene muy buenos precios. No evidencia tener ni tarjeta, ni listas de precios, ni información comercial de los productos. Que pasan en una van y tienen producto para entrega inmediata.
4. Visita Agropunto Anapoima/Marcela Arteaga (Anapoima): Se evidencia que conoce de primera mano la empresa Impoquim como la empresa del hijo de Hernando Cifuentes y confirma que le ha comprado nasas, cepillos y le acababa de dejar una manguera de muestra ya que ella no maneja mucho más. Que desde Octubre la visitan de forma quincenal o semanal. Nos prometió enviarnos una factura de venta de la compañía Impoquim en las horas del almuerzo, pero hoy lunes 13 de Febrero telefónicamente nos indica que no quiere involucrarse en el caso con esta información después de haber consultado con sus asesores jurídicos "No quiero ser la mala ni la buena en las situaciones internas de ustedes".
5. Visita Químicos Piscitodo/Rosa Ardila (Girardot): Nos reporta que ha comprado ciertas cosas y nos muestra las nasas que les compro. Que no ha aumentado su compra ya que no le dan crédito y ella también le compra a Industrias Flir que si les da cupo de crédito. Ella conoce a Hernando Cifuentes hace más de 20 años entonces reconoce perfectamente al hijo, nos comenta que los visita con otro señor que no sabe el nombre. No tiene tarjeta de presentación de ellos ni tampoco información comercial. Que pasan cada mes y ofrecen la entrega de una de lo que van vendiendo, pero ella solo ha comprado unas nasas en todo este tiempo por la situación del crédito.
6. Aguas Good Quality de Colombia/ Esperanza de Rico (Melgar): Solicita que la visiten constantemente ya que ella sabe que es un cliente pequeño pero que puede impulsarse mas con algún apoyo ya que Hernando Cifuentes solo la visita temporalmente, solicita pendón de toda la línea y que los pedidos no se le demoren tanto ya que es de contado y le están entregando a los 8 días de consignación. Comenta que si conoce Impoquim, que entiende que es algo que ver con Hernando y que ella no mueve tanto accesorio entonces le ha comprado, como entregan inmediato, cuando necesita un par de nasas y algo de cepillos.
7. Quimipiscinas QR / Adriana Rozo (Chinauta): Nos menciona de nuevo de primera mano que conoce Impoquim, la empresa del hijo de Hernando Cifuentes y que les ha comprado varias veces. Que les compra normalmente lo que vengan ofreciendo que normalmente son nasas, cepillos y reactivos. Nos facilitó la factura de la última compra del 19 de Enero del 2017 en donde adquirió unos reactivos para los Colorímetros de 7 pasos y Test Kit de Ortho y Rojo que nosotros le vendemos. Nos confirma que no tienen crédito y la lista de precios siempre la presentan cuando van a la visita.

A la par, mediante comunicación del **13 de febrero de 2017** (páginas 31 y 32, archivo 08), la demandada a través del Gerente de Mercadeo y Desarrollo de Negocios, citó al señor **HERNANDO CIFUENTES WILCHES** con el fin de que acudiera a diligencia de descargos el **15 de febrero de 2017** a las 09:00 a.m., a efectos de escuchar su versión respecto de:

1. Violación de pacto de exclusividad.
2. Competencia desleal
3. Constitución de la empresa Impoquim S.A.S, compañía que tiene la misma actividad económica de Asequimicos S.A.S - comercializa artículos para piscinas.
4. Violación a la confidencialidad de la información.
5. Ejecución del contrato de trabajo con Buena Fe Art. 55 del C.S.T
6. Incumplimiento de las obligaciones como trabajador Art. 56 y 58 del C.S.T

Luego, en diligencia de descargos adelantada en la fecha antes referida[4] (páginas 34 y 48 a 80, archivo 08 del expediente digital), sobre los hechos enunciados en la citación, quedó consignado, básicamente, que el demandante actuaba en dicha época como Asesor Comercial en el Departamento de Ventas, conoce a la empresa IMPOQUIM S.A.S., dedicada a la comercialización de productos, entre ellos, los atinente a vender u ofrecer elementos de piscina, adicional al hecho que el actor es el papá del dueño de la empresa IMPOQUIM S.A.S., sociedad que tiene registrado como domicilio para todos los efectos el del demandante, la zona de trabajo del actor según clasificación de la organización era Sumapaz 1 y 2, aceptó que le comentó a la señora Eylin Barboza que su hijo había terminado la Universidad y que decidió formar una empresa, creando la sociedad IMPOQUIM S.A.S., junto con el padrino, no informó nada a la empresa al no considerarlo necesario ya que hace parte de la intimidad de su núcleo familiar. Frente al cliente Valdez Sanabria Janeth, dijo era empleada de Industrias Flyp, a quién le vende la línea Cloridex cada 8 días y paga de contado. en cuanto a los accesorios, indicó, este cliente los compra directamente en Bogotá, por tanto, no es cierto que el hijo visite al cliente y le ofrezca productos de piscina.

Asimismo, en la mentada diligencia de descargos, se interrogó al actor sobre i) la cantidad de visitas realizadas en el sector de Sumapaz 1 y 2 por parte de Nicolás Cifuentes (hijo del demandante), ii) los clientes que conocen a la sociedad IMPOQUIM S.A.S., los cuales coinciden con la demandada ASEQUIMICOS S.A.S. y iii) las posibles compras realizadas por distintos clientes a la empresa IMPOQUIM S.A.S., conforme se ilustra a continuación:

[4] *15 de febrero de 2017.*

Miguel Sandoval Castro: En visita efectuada el pasado fin de semana por su jefe directo a la empresa Agropunto Anapoima, esta le manifestó que conoce la empresa IMPOQUIM, como la empresa de su hijo y confirma que les ha comprado nasas y cepillos. ¿Qué tiene que decir al respecto?

Hernando Cifuentes Wilches: Contestando a su pregunta, si ella afirma que lo conoce y que le compra muy seguramente si ella lo dice sus razones tendrá, en cuanto a que puntualmente le haya dicho a usted que es mi hijo, pues yo en ningún momento le he presentado a nadie ni a él, quiero agregar que en esos días donde usted en compañía de don Germán Sandoval hicieron visitas en las zonas que yo manejo, con extrañeza los clientes comenzaron a llamarme extrañados por la visita del sr Germán Sandoval y el sr Miguel Sandoval, ya que casi nunca hacen presencia en la zona, y simplemente yo les contestaba a medida que iban llamando que no tenía conocimiento de dichas visitas, pero que igual pues era una acción muy de ellos y como dueños de la compañía lo pueden hacer en cualquier momento, más sin embargo duré recibiendo esa llamadas todo el viernes, el sábado y algunos mensajes en el día domingo.

Miguel Sandoval Castro: A que obedece que el cliente en mención Agropunto Marcela Arteaga le compre a la empresa de su hijo pero no Asequimicos S.A.S.?

Hernando Cifuentes Wilches: Yo creo que esa pregunta la debería contestar la señora Marcela Arteaga, ya que es la única que tiene esa libertad de decisión de compra, lo único que puedo adicionar a su pregunta es que ha sido un cliente sumamente maltratado por Asequimicos de lo cual tiene conocimiento Miguel Sandoval.

Miguel Sandoval Castro: Manifieste si la empresa Químico Piscitodo Rosa Ardila es cliente de Asequimicos y es atendida por usted?

Hernando Cifuentes Wilches: Si señor.

Miguel Sandoval Castro: Usted le ha ofrecido al cliente Pisitodo Rosa Ardila, los productos que comercializa Asequimicos S.A.S, específicamente las nasas para piscina? Y en caso afirmativa se ha generado alguna compra de este producto en los últimos meses por parte de este cliente?

Hernando Cifuentes Wilches: En principio este cliente en mención era manejado por el señor Germán Sandoval y el en su gestión de vendedor tiene el pleno conocimiento de las razones por que este cliente no nos compra continuamente nuestra línea de accesorios, pero bajo mi asesoría muy responsablemente diseñé una manera de atender a todos mis clientes que son bastantes, utilizando la herramienta del Whatsapp que se llama sistema de difusión, en el cuel tengo 141 contactos incluida la señora Rosa Ardila, en donde sagradamente todos los lunes envío el siguiente mensaje: Buenos días para todos mis clientes, estamos consolidando carga para las diferentes rutas, por favor colocar sus pedidos por este medio para dar trámite y evitar demoras en las entregas, feliz comienzo de semana para todos y buena venta. Quiero dejar constancia que quede en evidencia que yo mando toda la información, (el señor Hernando nos muestra en el celular la información de los productos que él envía por teléfono)

Miguel Sandoval Castro: En la visita a Químicos Piscitodo la señora Rosa Ardila, indico que ha comprado ciertas cosas (nasas) a la empresa IMPOQUIM, y que ella reconoce a su hijo dado que lo conoce a usted hace muchos años. ¿Qué tiene que decir al respecto?

Hernando Cifuentes Wilches: Primero no me consta que ella le compre o no a la empresa mencionada por ustedes, el que lo haya identificado como hijo mío a apreciación de ustedes juzguen el parecido que hay entre él y yo, obviamente lo pudo haber asociado por mi apellido cifuentes y donde vuelvo y reitero soy una persona muy conocida en el mercado al cual me dedico y en las zonas que manejo.

Miguel Sandoval Castro: Usted le ha ofrecido al cliente Aguas Good Quality de Colombia, los productos que comercializa Asequimicos S.A.S., específicamente las nasas y los cepillos para piscina? Y en caso afirmativa se ha generado alguna compra de estos productos en los últimos meses por parte de este cliente?

Hernando Cifuentes Wilches: Si señor, quiero dar una descripción del cliente Talero Esperanza, es un cliente que tengo hace unos 4 años, es un cliente poco constante por su capacidad de compra y muy seguramente si le he generado ventas de accesorios, todos los clientes son importantes para mi, pero es un cliente como mencioné que no es constante y debido a eso hay momentos en que cierra sus puertas dejando largos espacios de inactividad comercial, es un cliente que de 2016 me generó compras entre 700.000 y 900.000 pesos mensuales.

Miguel Sandoval Castro: En visita efectuada a Aguas Good Quality de Colombia informaron a la empresa que ellos solicitan que los visiten constantemente dado que usted solo la visita temporalmente. Así mismo establece que conoce la empresa IMPOQUIM y que entiende que tiene algo que ver con usted, que le han comprado nasas y cepillos para piscina a ImpoQuim. ¿Qué tiene que decir al respecto?.

Hernando Cifuentes Wilches: De acuerdo a su direccionamiento comercial sr Miguel Sandoval y como mencioné, este cliente no hace parte de mis clientes Pareto, es un cliente bastante complicado y por orientación de las Gerencias comerciales que habían en el momento, y la misma suya Miguel Sandoval dedico todo mi tiempo a los clientes con los cuales manejo volumen, sin menospreciarlos por sus bajas compras.

Miguel Sandoval Castro: A qué obedece que el cliente en mención le compre a la empresa de su hijo pero no Asequimicos S.A.S., tratándose de los mismos productos?

Hernando Cifuentes Wilches: Deduzco que todo distribuidor maneja su propio criterio y decisión de compra

Miguel Sandoval Castro: Manifieste si la empresa la empresa Quimipiscinas QR es cliente de Asequimicos y es atendida por usted?

Hernando Cifuentes Wilches: Si señor es cliente de Asequimicos y creo que es uno de nuestros clientes más antiguos

Miguel Sandoval Castro: ¿Es consciente que nuestros clientes lo relacionan a usted de manera inmediata con la empresa IMPOQUIM?

Hernando Cifuentes Wilches: Como le he repetido varias veces de lo único que soy consiente es de mi dedicación, esfuerzo en mi trabajo, dando excelentes resultados como mis ventas lo pueden demostrar, y los reconocimientos que he recibido a lo largo de mi carrera, de lo cual traigo evidencia del reconocimiento a mejor vendedor mes a mes y año tras año (el señor Hernando muestra un reconocimiento de metas de ventas del 2013 y del 2012)

Miguel Sandoval Castro: ¿Es consciente que en los últimos meses ha bajado en la zona que está bajo su responsabilidad (Sumapaz) las ventas de nasas, cepillos y reactivos, y que casualmente estos productos son ofrecidos y vendidos por su hijo a nuestros clientes? No cree usted que existe una evidente competencia desleal?

Hernando Cifuentes Wilches: No acepto el cargo que me imputa de competencia desleal, siempre he representado la empresa Asequimicos con lealtad, y la prueba fehaciente de ello son las condecoraciones que les acabo de mostrar, que me han otorgado los directivos en reconocimiento de mi labor implacable con las ventas, para esto quiero agregar que ustedes tienen que ser conscientes que Asequimicos nunca ha sido fuerte en el tema de accesorios, ya que contamos con precios sumamente altos, no tenemos un servicio al cliente, es muy complicado responder por una garantía y a veces no tenemos mercancía, esto a travez del tiempo ha permitido a los distribuidores los míos y en general de la empresa, a que busquen por otro lado y poder adquirir las cosas que por una u otra razón no nos pueden comprar.

Miguel Sandoval Castro: ¿Es consciente de las consecuencias negativas que tiene el que la empresa IMPOQUIM funcione en su mismo lugar de residencia, generando un fácil acceso a la información y a los productos que maneja ASEQUIMICOS S.A.S?

Hernando Cifuentes Wilches: De lo único que soy consiente es que mis zonas y en las de todo el país ejercen infinidad de empresas la comercialización de productos desarrollados para las piscinas, incluyendo accesorios, con extrañeza estoy viendo que al parecer el señor Miguel Sandoval desconoce a las demás empresas que se dedican a esta actividad, ya que el mismo nos vive pidiendo que averigüemos precios y consiguiendo listas de precios, en cuanto a que si soy consciente de los perjuicios que el menciona, hay empresa realmente fuertes en esa actividad de los cuales ellos tienen conocimiento, los perjuicios que el señor Sandoval menciona no son a nuestros competidores, es al mal servicio que Asequimicos ha dado en los últimos años, en su parte logística y servicio al cliente.

En igual sentido, con motivo de la información recaudada, la trabajadora EILYN DAYANA BARBOZA MONCADA fue citada a rendir diligencia de descargos (15 de febrero de 2017) con el fin de informar todo lo relacionado con la venta de accesorios de piscina a los clientes de ASEQUIMICOS S.A.S., conteniendo dicha acta:

Miguel Sandoval Castro: Cuáles fueron las instrucciones recibidas por parte de la Gerencia de Mercadeo y Desarrollo de Negocios al momento de asistir en compañía del Señor Hernando Cifuentes a la zona del Valle del Sumapaz como parte del proceso de inducción?

Eilyn Dayana Barboza: Realizar estudio de Mercado, realizar conocimiento de marcas, verificación de la relación comercial con los clientes y presentación ante los clientes de mi cargo.

Miguel Sandoval Castro: Me puede usted relatar lo sucedido durante su visita a la región del Sumapaz con el señor Hernando Cifuentes en su proceso de inducción?

Eilyn Dayana Barboza: Nos dirigimos a la zona y el primer punto de visita fue Fusagasugá. Nosotros llegamos allá y el me empezó a presentar como nueva directora de la línea y a informarle a los clientes de mi cargo y de la línea de productos. Que por favor me dieran una tarjeta para armar mi base de datos y ante cualquier duda técnica, de inventario o sobre el equipo o alguna garantía se comunicaran conmigo directamente pero para los pedidos y ventas si seguían directamente con él. Ahí visitamos aproximadamente 5 clientes y durante ese recorrido Hernando me dijo que me quería comentar algo porque se sentía incómodo. Ahí me dijo que él tenía un hijo que se llamaba Nicolas y que acaba de salir de la universidad y quería montar su propia empresa, que ya estaba en un emprendimiento con su padrino y que ya estaban distribuyendo equipamiento y accesorios para piscinas en la zona del Sumapaz. Que acá en Asequimicos no lo sabían, que eso era un negocio abierto pero que él no consideraba que estuviera cometiendo alguna falta, porque Nicolás es libre de montar un negocio. Que yo tenía el derecho de contarle a Miguel Sandoval, mi jefe, si quería. Seguimos visitando los clientes, el me seguía presentando normal y los clientes siguieron dando sus tarjetas. Después en uno de los recorridos nos encontramos con Nicolas y el padrino.

Miguel Sandoval Castro: Me puede contar en que parte del recorrido y como fue el encuentro con Nicolas y el padrino?

Eilyn Dayana Barboza: Nosotros iniciamos el viaje y las visitas el miércoles, el día jueves al día siguiente de contarme el hecho regresando de Carmen de Apicala hacia Melgar paramos en una cliente de Asequimicos. Ahí estaba Nicolas y su padrino, los saludamos, estaban de salida del cliente esperando a Hernando. Yo no los vi entregando nada me imagino que acaban de hacer su visita. Me presentaron y no hable nada más con ellos.

Miguel Sandoval Castro: Que más le comento Hernando Cifuentes de la empresa del hijo?

Eilyn Dayana Barboza: Que la empresa se llamaba Impoquim y además me dijo que estaba distribuyendo equipamiento y accesorios para piscinas, que había empezado el proyecto Nicolas con su propia inversión de un dinero que le dio CASA LUKER por haber sido mejor promedio de la universidad.

Miguel Sandoval Castro: Hernando Cifuentes en algún momento le comento que tipo de equipamiento y accesorios para piscinas estaban distribuyendo?

Eilyn Dayana Barboza: No especifico una línea completa pero me dijo que nasas, luces, cepillos. Las cosas básicas de la piscina de mayor combate.

Miguel Sandoval Castro: Tiene algo más que comentar o adicionar?

Eilyn Dayana Barboza: Yo consulte el fin de semana con un gerente amigo de una empresa de lo que había sucedido y el me comento que era un conflicto de intereses, entonces el lunes decidí comentarle a mi jefe directo Miguel Sandoval

Se deja constancia que el momento de la presente acta de descargos de la señora Elilyn Dayana Barboza, se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales y físicas.

Se firma en dos ejemplares por las partes que en ella intervinieron a las 9:25 a.m. del día 13 de Febrero del 2017

De otra parte, a páginas 8 a 15 del archivo 04, se aportaron los certificados de existencia y representación legal de las sociedades IMPOQUIM S.A.S. y ASEQUIMICOS S.A.S., extrayéndose de los mismos:

ASEQUIMICOS S.A.S.: Se constituyó el 30 de diciembre de 2005, teniendo por objeto social:

LICITO DE COMERCIO, EN PARTICULAR,EL DESARROLLO DE LAS SIGUIENTES ACTIVIDADES: A)LA FABRICACION, TRANSFORMACION, DISTRIBUCION, IMPORTACION, COMERCIALIZACION Y REPRESENTACION DE MATERIAS PRIMAS, PRODUCTOS QUIMICOS, AGROPECUARIOS, FARMACEUTICOS, COSMETICOS, ALIMENTICIOS Y POPULARES, EN FORMA DIRECTA O POR CONDUCTO DE OTRAS PERSONAS O EMPRESAS, ASI COMO LA COMERCIALIZACION DE EQUIPOS Y REPUESTOS. B)LA REALIZACION DE LABORES DE MANTENIMIENTO Y OPERACIONES DE TIPO MECENICO Y QUIMICO DE AGUAS DE PISCINAS Y ACUEDUCTOS CON PERSONAL PROPIO Y SUBCONTRATADO. C) LA FABRICACION, IMPORTACION Y DISTRIBUCION, DE PRODUCTOS PARA LA INDUSTRIA AUTOMOTRIZ Y METALMECANICA. D)LA FABRICACION, DISTRIBUCION, IMPORTACION, VENTA Y APLICACION DE PINTURAS, RECUBRIMIENTOS, ADHESIVOS, RESINAS. E) LA FABRICACION, IMPORTACION Y VENTA DE PRODUCTOS DE ASEO, HIGIENE Y LIMPIEZA. EN DESARROLLO DE SU OBJETO SOCIAL, LA SOCIEDAD PODRA EJECUTAR TODOS LOS ACTOS DIRECTAMENTE RELACIONADOS CON EL MISMO Y LOS QUE TENGAN COMO FINALIDAD EJERCER LOS DERECHOS O CUMPLIR LAS OBLIGACIONES LEGAL O CONTRACTUALMENTE DERIVADOS DE LA EXISTENCIA Y ACTIVIDAD DE LA SOCIEDAD, TALES COMO A- ADQUIRIR, ARRENDAR, ENAJENAR, GRAVAR, ADMINISTRAR, TOMAR O DAR EN ARRENDAMIENTO O COMODATO TODA CLASE DE BIENES TENDIENTES A SU FUNCIONAMIENTO, B-INTERVENIR ANTE LOS ACCIONISTAS MISMOS O ANTE TERCEROS COMO ACREEDORA O DEUDORA DE OPERACIONES DE CREDITO, DANDO O RECIBIENDO LAS GARANTIAS Y CAUCIONES DEL CASO CUANDO HAYA LUGAR A ELLO, C- CELEBRAR CON ESTABLECIMIENTOS DE CREDITO Y CON TODO TIPO DE SOCIEDADES LAS OPERACIONES RELACIONADAS CON LOS NEGOCIOS Y BIENES SOCIALES, 4- GIRAR, ACEPTAR, ENDOSAR, COBRAR Y NEGOCIAR CUALQUIER CLASE DE TITULO VALOR Y EN GENERAL, CUALESQUIER OTRA CLASE DE INSTRUMENTOS DE CREDITO, ASI COMO CELEBRAR LOS CONTRATOS DE SEGURO NECESARIOS PARA PROTEGER SU PATRIMONIO, E-CELEBRAR CONTRATOS CIVILES, COMERCIALES, LABORALES O ADMINISTRATIVOS, F- FORMAR PARTE DE OTRAS SOCIEDADES CUALQUIERA QUE SEA SU NATURALEZA Y OBJETO SOCIAL, ADQUIRIENDO O SUSCRIBIENDO ACCIONES, PARTES O ACCIONES DE INTERES SOCIAL O HACIENDO APORTES DE CUALQUIER ESPECIE, G-TRANSFORMARSE EN OTRO TIPO SOCIETARIO DE LOS DEFINIDOS EN LA LEGISLACION COLOMBIANA O FUSIONARSE CON OTRAS SOCIEDADES ABSORBIENDOLAS O DANDO ORIGEN A UNA NUEVA; H -CELEBRAR, EJECUTAR, TRANSIGIR, RESOLVER O DESISTIR DE TODOS LOS ACTOS O CONTRATOS PREPARATORIOS, COMPLEMENTARIOS O ACCESORIOS DE TODOS LOS ANTERIORES, LOS QUE SE RELACIONEN CON LA EXISTENCIA Y FUNCIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD Y LOS DEMAS QUE SEAN CONDUCENTES AL FELIZ LOGRO DE LOS FINES SOCIALES.

IMPOQUIM S.A.S.: Fue constituida el 30 de septiembre de 2016 para desarrollar como objeto:

CERTIFICA:
OBJETO SOCIAL: LA SOCIEDAD TENDRÁ COMO OBJETO PRINCIPAL COMERCIALIZAR PRODUCTOS PARA LA INDUSTRIA. ASÍ MISMO, PODRÁ REALIZAR CUALQUIER OTRA ACTIVIDAD ECONÓMICA LÍCITA TANTO EN COLOMBIA COMO EN EL EXTRANJERO. LA SOCIEDAD PODRÁ LLEVAR A CABO, EN GENERAL, TODAS LAS OPERACIONES, DE CUALQUIER NATURALEZA QUE ELLAS FUEREN, RELACIONADAS CON EL OBJETO MENCIONADO, ASÍ COMO CUALES QUIERA ACTIVIDADES SIMILARES, CONEXAS O COMPLEMENTARIAS O QUE PERMITAN FACILITAR O DESARROLLAR EL COMERCIO O LA INDUSTRIA DE LA SOCIEDAD.
CERTIFICA:
ACTIVIDAD PRINCIPAL:
4664 (COMERCIO AL POR MAYOR DE PRODUCTOS QUÍMICOS BÁSICOS, CAUCHOS Y PLÁSTICOS EN FORMAS PRIMARIAS Y PRODUCTOS QUÍMICOS DE USO AGROPECUARIO)

De otra parte, como prueba testimonial se recaudaron las declaraciones de los señores **NICOLÁS SEBASTIÁN CIFUENTES LÓPEZ, RICHARD ALEXANDER ORTIZ RASSA, EILYN DAYANA BARBOZA MONCADA, MIGUEL GUILLERMO SANDOVAL CASTRO, ALEXANDRA SANDOVAL CASTRO,** quienes en síntesis narraron:

El señor **NICOLÁS SEBASTIÁN CIFUENTES LÓPEZ** (*récord 00:44, archivo 08*): Fue fundador de la sociedad IMPOQUIM S.A.S., la cual fue creada en septiembre de 2016 como consecuencia de un "*emprendimiento*", conoció que se generó un "malestar" al interior de la sociedad ASEQUIMICOS S.A.S. por esta situación, admitió que la dirección comercial de la empresa IMPOQUIM S.A.S. es la misma del aquí demandante; sociedad que tenía por objeto la venta de productos de piscina tales como flotadores, juguetes e implementos de aseo de cubierta y productos químicos, conoce la existencia de la sociedad ASEQUIMICOS S.A.S. porque toda la vida ha tenido contacto con su papá (demandante), quién lo llevaba a los viajes laborales desde pequeño y por ende conoce a muchos clientes de la empresa demandada en la Zona Sumapaz 1 y 2, asignada al actor. Informó que hizo un estudio de mercadeo previo en pre pregrado, productos y zonas atractivas a través de internet, la zona que escogió para ofrecer los productos fue Bogotá, luego Cundinamarca y Medellín, sostuvo, IMPOQUIM S.A.S. no funcionó y fue clausurada en el año 2018, así como se estaba "desenfocando de la profesión de Comunicador Social", por lo que decidió buscar trabajo en su profesión y dejar la actividad de IMPOQUIM S.A.S.

Puntualmente, en cuanto a los lugares donde se ejercían las actividades de venta de los productos, adujo el deponente, visitaba Flandes, La Mesa, La Vega, Villeta,

Espinal, Los Llanos Orientales, la red del negocio consistía en la venta de accesorios para piscina, debía hacer desplazamientos a los municipios pero se apoyaba vía telefónica con los clientes, buscó en internet los datos de los clientes, sabía que su padre trabajaba en comercialización de accesorios de piscinas, entre otras actividades, como en términos financieros tocaba vender solo accesorios externos, era un proyecto sin tanta dilatación, se trasladaba en un carro y vendía, no había otra actividad que ejerciera, aseguró que no existió conflicto de intereses con ASEQUIMICOS S.A.S con relación al demandante (padre), ya que, actuó de manera autónoma porque el papá no le dio recursos para la sociedad IMPOQUIM S.A.S.

El deponente **RICHARD ALEXANDER ORTIZ RASSA** (récord 01:04, archivo 09): Se desempeñó como Director de Talento Humano entre marzo de 2016 a marzo de 2018, un día Juan Carlos quería que lo acompañara en una reunión con Hernando Cifuentes, comentándole todo lo relacionado con la creación de la empresa IMPOQUIM, por ende, con la información recaudada se hizo una investigación con los vendedores donde se corroboró que los clientes de la zona conocen a las 2 empresas (ASEQUIMICOS e IMPOQUIM) y sabían que el hijo del demandante vendía accesorios de piscina, de la diligencia de descargos efectuada al actor, se extrajo que había una ejecución que no correspondía a la buena fe del trabajador procediéndose a dar por terminado el contrato con justa causa, los asesores comerciales laboran por fuera y tienen una reunión, pero él no iba todos los días, en la carta de terminación se aclaró que las comisiones se recaudaron después y por eso se reliquidó la liquidación, las comisiones siempre se pagaban al mes, la liquidación inicial se hizo rápidamente y luego la reliquidación por lo general es de 1 mes, el demandante tenía asignada la zona de Sumapaz 1 y 2, las comisiones son por venta y por recaudo, recordó que Nicolás (hijo del actor) estuvo en la diligencia de descargos y al final firmaron el acta, conoció que se hizo una investigación en la zona de Sumapaz, habían asesores comerciales que iban a la zona asignada al demandante y dentro de unas de estas visitas el propio actor le comentó a Eilyn esta situación, por lo que, una vez la trabajadora informó a Juan Carlos Duque, el Gerente lo sucedido se procedió hacer la investigación en la zona, el modelo de comisiones ya estaba implementado cuando llegó el actor a la empresa, antes de iniciar el año había un presupuesto de venta, las comisiones son salario y siempre se pagó todo lo que correspondía laboralmente.

La señora **EILYN DAYANA BARBOZA MONCADA** (récord 1:00, archivo 11): Trabajó en enero de 2017 hasta junio de 2021 en la demandada, fue compañera de trabajo del actor desde que entró a la empresa, como Directora de Equipamiento debía formar a los asesores comerciales en químicos, visitar a clientes, forzar al venta y guiar a los asesores, como parte de portafolio había productos para aseo de piscina, bombeo e iluminación, ingresaba a la empresa y le dijeron que debía hacer "correría" con el demandante por la zona que tiene 2 vías, todos los clientes están en esa zona, fueron e hizo las visitas, fue como reconocimiento de zona, indicó que el demandante tenía una empresa que distribuía equipos para la piscina, al día siguiente se encontró en la zona con el hijo del actor llamado Nicolás, aseguró que el actor tenía conocimiento que se vendían accesorios denominados como "equipos de combate", se encontraron con Nicolas porque llegó en la camioneta y estacionó donde un cliente y se quedó con el cliente que estaban visitando con el actor previamente, no vio equipos, solo saludó al cliente, iba en un carro y no vio qué había adentro, Hernando Cifuentes le manifestó que se sentía incómodo y por eso le contó sobre la empresa del hijo, ejercía un cargo superior con relación al demandante Hernando Cifuentes, los "Equipos de Combate" son accesorios para piscina, mismo términos que utilizó el actor al contarle sobre la empresa del hijo, no conoció si comercializaban químicos, no supo cuál era el portafolio.

Por su parte, el testigo **MIGUEL GUILLERMO SANDOVAL CASTRO** (récord 00:01:48, archivo 12), refirió: Era el jefe del demandante para la época de los hechos, debía revisar y controlar el tema de ventas con todo el equipo laboral, conoció sobre un conflicto de intereses porque Eilyn le contó sobre lo sucedido en la visita a los clientes en la zona Sumapaz 1 y 2, dijo que Eilyn afirmó que se encontraron con el hijo del demandante al hacer la visita en Sumapaz, la visita de campo la hicieron a 12 clientes con el fundador de la empresa al ser su padre, hicieron un reporte de la visita, según acta aportada al proceso, concluyendo que los clientes si conocían a IMPOQUIM y al hijo del demandante como vendedor, sumado a que vendían las nasas, cepillos, aspiradoras y los test como líneas de medición de agua, esa información la dieron todos los clientes, la comercialización de ASEQUIMICOS se hace en distribuidores no al cliente final, en esas visitas siempre salió a relucir que el señor Hernando Cifuentes afirmaba que la empresa ASEQUIMICIOS- no tenía esos productos ni inventarios, las visitas se hicieron a clientes que son distribuidores, fueron 12 clientes ubicados en La Mesa, Melgar, Chinauta, entre otros, Hernando Cifuentes no reportaba a la empresa que no había disponibilidad o que no estaba en el mercado, cuando llegaron a los puntos

de la investigación en la zona Sumapaz los mismos clientes les informaron que no podían ubicar al demandante, revisaron que había pasado y Hernando no reportaba esas situaciones así como evidenciaron otras falencias, la Directora de Equipamiento era Eilyn, hizo la "correría" con el demandante por el roll del cargo, Hernando Cifuentes debía viajar cada 15 días dependiendo del mes, en las visitas se encontraron inconsistencias, ASEQUIMICOS laboraba en esa zona y hubo un cambio en ventas y comercialización de productos luego que se fue el demandante, las ventas mejoraron, hubo asesores comerciales para que acompañaran a los clientes, se hacía un acompañamiento al asesor, se envió a un asesor a la zona Sumapaz para atender a los clientes que presentaron quejas, todo se hacía siempre con el mismo asesor, la mayoría de clientes afirmaron que habían comprado a la empresa de Nicolás, hijo del demandante, en una visita habían ofrecido una manguera para la piscina, cuando se fue Hernando Cifuentes pasaron de vender pocas unidades a muchas unidades, eso es, más de 100 unidades, tienen indicadores de medición y el actor cumplía en unas líneas las metas como en la venta de químicos y en venta de equipamiento no cumplía, esos mismos productos eran los que vendía Nicolás, los llamados de atención sobre las ventas fueron verbales, los distribuidores eran los mismos para equipamientos como para químicos.

Finalmente, **ALEXANDRA SANDOVAL CASTRO** (récord 01:56, archivo 13), explicó**:** Hernando Cifuentes fue despedido por la competencia relacionada con la empresa que vendía productos similares a ASEQUIMICOS S.A.S., según su conocimiento, IMPOQUIM S.A.S. vendía nasas, mangueras, aspiradoras, limpieza básica de piscinas, la investigación en la zona Sumapaz la efectuó el hermano y el papá, quienes trabajan en la empresa, fueron a la zona de influencia que atendía el demandante,, es decir, Sumapaz 1 y 2, en la época de los hechos estaba en el área de compras, la empresa adquiría todo lo de piscina, motobombas, filtros, desnatadoras, boquillas de succión, químicos, nasas, pasamanos, escaleras, todo lo relacionado con ese tema, era la Gerente de Compras, aumentó la participación en el mercado, hoy día han crecido en el mercado, hubo un cambio significativo en el 2018 a la fecha, los clientes se quejaban de los precios, no rotaba antes, los vendedores que se quejaban eran del centro del país y no había rotación de algunos productos como se esperaba, no tiene contacto con los clientes, el asesor que se quejaba era Hernando Cifuentes y otro vendedor de la zona, no había nadie más, no hay reporte de visitas, en equipamiento y accesorios se han logrado avances y hubo crecimiento, ASEQUIMICOS tiene presencia en todo el país, el crecimiento del 15% se vio en

general porque es la encargada de compras, las zonas más fuertes son Sumapaz 1 y 2, zona donde ejecutaba las funciones el actor.

Por otra parte, en los interrogatorios de parte recepcionados, las partes expresaron:

Demandante **HERNANDO CIFUENTES WILCHES,** (récord 04:00, archivo 14): La zona Sumapaz era la que manejaba, con el tiempo la parte de ventas llegó a un acuerdo y comencé a reorganizar las rutas en los municipios de Cundinamarca, entre otros, los días lunes debía proyectar visitas y luego les daban viáticos, las visitas para esa zona era cada 15 días porque tenía la zona de Magdalena medio, vendía nasas, cepillos, químicos, mangueras, teníamos una falencia que era la mala calidad y no se respondía por las garantías, por eso se dedicó y se especializó en la venta de químicos, nunca tuvo problemas, vendía químicos y fue autorizado por el Gerente General y después por los demás socios, siguió comercializando de acuerdo a los productos disponibles, hacian reuniones semanales donde les explicaban el por qué los accesorios olían a “cloro”, fue citado a descargos por el tema de IMPOQUIM, no tenía conocimiento de la creación de IMPOQUIM al rendir descargos, se la pasaba viajando y por eso tenía una relación lejana con su hijo, no sabía cuando se inició la empresa, solo cuando se creó al ser el papá del dueño de IMPOQUIM se enteró, cuando fue despedido de la empresa se enteró del objeto social de la empresa, le dijo a Eilyn que su hijo Nicolás vendía gafas y flotadores, desconocía la fecha de creación de la empresa, reportó la situación a Eilyn porque se encontraron con Nicolás, el hijo, en la diligencia de descargos tenía nervios, informó que no hacia parte de IMPOQUIM, viajaba solo y hacia las “correrías”, no vio necesario dar a conocer la existencia de la empresa, Luis Alberto, el padrino del hijo laboró con la esposa en Asequímicos como ayudante de bodega y luego se vincularon en IMPOQUIM, entró en el año 1998 o 1999, al finalizar el contrato le retuvieron las comisiones y vacaciones, le pagaban por recaudo las comisiones, lo despidieron y me le dieron un primer pago, el segundo pago ocurrió a 3 meses, más o menos, momento en el que fue reliquidado.

Por último, el **Representante Legal de la demandada,** (récord 00:59:07, archivo 14), señaló: Desde antes de asumir la Gerencia le insistió al demandante que no renunciara porque hacia un trabajo delegado, eso fue entre el 2012 a 2014, más o menos, el demandante cumplía sus metas de ventas, fue reconocido en 2 ocasiones como el mejor vendedor en todo el país, fue jefe directo del actor, no

estuvo en la diligencia de descargos, las comisiones se pagaban por recaudo, al actor se le pagaron proyectándolo en un valor superior y luego cuando se recaudó se reliquidaron las prestaciones y demás conceptos laborales, se visitaron 12 clientes y 4 de ellos reportaron ventas, sí existieron clientes que compraron productos al hijo del actor, eso quedó consignado en un acta aportada a la demanda, se enteró por uno de los clientes que visitaron, que Hernando Cifuentes no contesta y es difícil de contactar por los clientes de ASEQUIMICOS, hubo un crecimiento luego del 2017, no se tiene el decrecimiento por zona, el dato es general.

Así las cosas, en consonancia con las pruebas analizadas, a juicio de esta Sala los hechos atribuidos al demandante como causal de terminación del contrato de trabajo **se encuentran acreditados**, pues lo que acaeció en el sub-lite, sí aconteció, conforme se explica a continuación:

En primer lugar, quedó demostrado que la empresa IMPOQUIM S.A.S. fue creada el día 30 de septiembre de 2016, es decir, en vigencia de la relación laboral del demandante con la enjuiciada, sociedad que como objeto social tenía la comercialización de productos para la industria, pudiendo realizar cualquier actividad económica licita tanto en Colombia como en el exterior, puntualmente, como **actividad principal se relaciona el comercio al por mayor de productos químicos básicos, cauchos y plásticos en formas primarias y productos químicos de uso agropecuario (archivo 04),** siendo creada por el hijo del demandante, señor **NICOLÁS SEBASTIÁN CIFUENTES LÓPEZ,** pues así lo aceptó el demandante y el testigo.

Por su parte, la sociedad demandada entre otras actividades tiene la comercialización de productos agropecuarios, misma actividad que ejercía la sociedad IMPOQUIM S.A.S. de manera exclusiva, encontrando entonces, similitud en el objeto social entre éstas.

Ahora, esta Sala evidencia que la sociedad IMPOQUIM vendía productos conexos a la demandada, pues así lo admitieron las deponentes **EILYN DAYANA BARBOZA MONCADA** y **ALEXANDRA SANDOVAL CASTRO,** quienes indicaron que vendían “Equipos de Combate”, nasas, cepillos, aspiradoras, entre otros productos. En este punto, debe advertirse, no quedó soportado que la empresa IMPOQUIM vendiera únicamente productos de piscina, tales como flotadores y juguetes, sino implementos de aseo de cubierta encontrándose entonces similitud

con ASEQUIMICOS S.A.S., tal como se extrae en la audiencia celebrada por la *a quo* y en la diligencia de descargos celebrada el día 15 de febrero de 2017, último escenario donde el actor expuso de manera contradictoria, "*IMPOQUIM S.A.S. comercializa varios productos de piscina", "el lugar de residencia de IMPOQUIM es el mío y el de mi hijo"., "el objeto social de la empresa es la comercialización de productos", "la zona donde ofrece productos mi hijo es coincidencia".*

Revisado lo anterior, y en aplicación de las reglas de la sana critica, para esta Sala de Decisión, resulta palmario que la sociedad IMPOQUIM S.A.S. fue creada para desarrollar la venta de productos, muchos de los cuales distribuía también la aquí demandada ASEQUIMICOS S.A.S., situación que en principio no podría ser determinante para la justeza del despido ya que la demandada no aportó documento alguno que permitiera inferir que el demandante a través de un acuerdo de confidencialidad y/o exclusividad tenía pleno conocimiento de la posible inhabilidad que tenían sus parientes para crear una sociedad que tenga un objeto social similar al de ASEQUIMICOS S.A.S., pues se itera, no existe documento alguno donde las partes de esta litis hubiesen pactado dicha situación, entonces, no puede reprochársele al actor que el hijo NICOLÁS CIFUENTES fuera socio de IMPOQUIM S.A.S.

Ahora bien, evaluando las declaraciones recepcionadas de manera acuciosa por la *a quo* y los documentos que conforman el proceso, se puede concluir que el demandante sí tenía conocimiento previo de la existencia de la sociedad IMPOQUIM ya que dio a conocer a su hijo los clientes de la zona de Sumapaz 1 y 2, tan es así, que los mismos clientes corroboraron que conocían al hijo del actor y que fue este último quien les vendía productos. Al respecto, los deponentes **RICHARD ALEXANDER ORTIZ RASSA, EILYN DAYANA BARBOZA MONCADA, MIGUEL GUILLERMO SANDOVAL CASTRO, ALEXANDRA SANDOVAL CASTRO,** fueron enfáticos y coincidieron en afirmar de manera certera y contundente que el demandante tenía la zona Sumapaz 1 y 2 y que su hijo también vendía productos similares en la empresa en dicha zona, época en la cual los productos relacionados con equipamiento no tenían una venta alta. Además, el señor **MIGUEL GUILLERMO SANDOVAL CASTRO** al realizar de manera personal la investigación junto con su señor padre en la zona Sumapaz 1 y 2, pudo corroborar e indicó de manera espontánea que unos clientes informaron que el actor no les contestaba y que no era de fácil contacto, circunstancias en las cuales compraban ciertos productos al hijo (acta de reunión del **13 de febrero de 2017** (páginas 67 y 68, archivo 08).

Si bien, este deponente no fue enfático en los nombres de los clientes en su declaración, lo cierto es que si informó los municipios visitados y las reacciones de los clientes que visitaron en La Mesa, Chinauta y Villeta, según lo recordó rápidamente.

Entonces, los hechos plasmados en la misiva que terminó el contrato de trabajo del demandante de fecha 16 de febrero de 2017 si se vieron plasmados en las pruebas aportadas al proceso, resaltando, se probó que la señora Eylin puso en conocimiento de la Gerencia la situación relacionada con el demandante y que tenía que ver con la creación de la empresa de IMPOQUIM por parte del hijo del promotor de este litigio, sociedad que comercializaba productos de piscina en la zona Sumapaz 1 y 2, misma donde laboraba el demandante cada 15 días, situación que además no fue puesta en conocimiento dentro de un término razonable, que permitiera concluir que el actor se enteró de la creación de la sociedad de su hijo Nicolás Cifuentes y de forma inmediata comentó la situación a la empresa con el fin de enviar perjuicios o malos entendidos, sin embargo, ello, no ocurrió.

En punto al recurso de apelación, adviértase, la *a quo* valoró las pruebas de manera integral, pudiendo concluir la Sala en aplicación a las reglas de la experiencia y la sana critica que el demandante si conocía sobre el objeto social de la empresa IMPOQUIM S.A.S. así como nada dijo frente a los clientes de la zona de Sumapaz, los cuales estaban siendo atendidos por IMPOQUIM S.A.S., debiendo informar a la empresa sobre dicha situación, aún más cuando el propio actor tenía asignada esta zona, y coincidía con los mismos clientes que el hijo del promotor de este litigio atendía, todo conllevando al incumplimiento previsto en el No. 2º del artículo 58 del C.S.T.[5], convalidándose la justa causa prevista en el artículo 6º del artículo 62 del referido estatuto laboral, situación que, además, era conocida por el extremo activo por estar así consignada en el instrumento contractual -contrato de trabajo-. Puntualmente, en el contrato de trabajo se plasmó en la cláusula sexta que se califican como faltas graves: **a) la violación por parte del trabajador de cualquiera de sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias**, obligación que le incumbía al demandante concerniente a no comunicar con terceros salvo autorización expresa, las

[5] *"2a. No comunicar con terceros, salvo la autorización expresa, las informaciones que tenga sobre su trabajo, especialmente sobre las cosas que sean de naturaleza reservada o cuya divulgación pueda ocasionar perjuicios al empleador, lo que no obsta para denunciar delitos comunes o violaciones del contrato o de las normas legales del trabajo ante las autoridades competentes.".*

informaciones que tenga sobre su trabajo, especialmente sobre las cosas que sean de naturaleza reservada.

Igualmente, adviértase al recurrente, la sentencia relacionada, esta es, T - 113 de 2013 no puede ser aplicada en este litigio, en tanto, en dicho pronunciamiento se analizó la procedencia de la tutela frente a las providencias judiciales.

Asimismo, quedó demostrado que la empresa enjuiciada cumplió con la carga probatoria de demostrar la existencia de los hechos narrados en la carta de despido, contrario a lo considerado por el recurrente.

En suma, las razones expuestas permiten concluir que el despido del que fue objeto el promotor del litigio se dio con justa causa, conforme a normado en el numeral 6º del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo, siendo calificado como grave en el contrato de trabajo, los hechos aquí descritos en aplicación del numeral 2º del artículo 58 del C.S.T.

Aquí, resulta procedente recordar que de dicha causal se desprenden las siguientes posibilidades que justifican un despido**: (i)** la violación grave de las obligaciones y prohibiciones impuestas al trabajador, caso en el cual las conductas impropias están determinadas en la ley, de modo que solo resta que su ocurrencia adquiera la condición de gravedad que el precepto exige, y **(ii)** que el empleado incurra en una falta grave definida y calificada como tal en cualquiera de los estatutos mencionados en la norma, es decir, conductas que las partes han calificado como grave por el solo hecho de su ocurrencia.

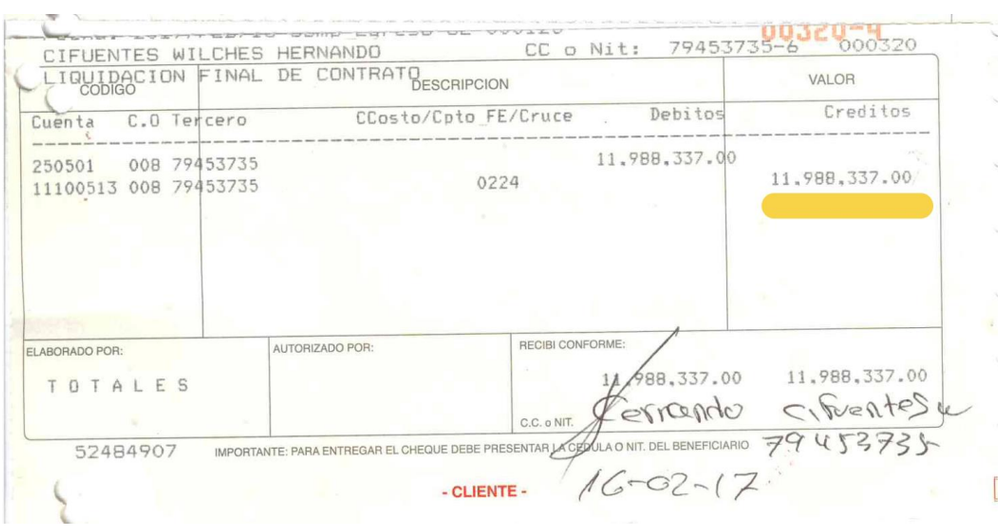
Por otra parte, y como último aspecto del recurso de apelación, relacionado con la **INDEMNIZACIÓN MORATORIA** prevista en el artículo 65 del C.S.T., la cual se reclama bajo el entendido que el actor fue reliquidado al finalizar el contrato de trabajo, transcurriendo casi 3 meses, debe advertirse, sobre el tema, sentado está por la jurisprudencia que esta condena no procede de manera automática, sino que ha de analizarse la buena o mala fe con la que actuó el empleador, examinando la situación específica del mismo en cada caso, en otros términos, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del empleador a efectos de determinar si tuvo la intención de desconocer los derechos de su trabajador; así lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral, entre otras muchas, en sentencia CSJ SL3288-2021, donde puntualizó:

> *«Pues bien, esta Corporación ha señalado de manera inveterada que la sanción moratoria prevista en la normativa atrás citada no constituye una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al finiquitar el contrato de trabajo, deje de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudados, de ahí que la misma encuentre lugar cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones serias y atendibles de su conducta, en la medida que razonablemente lo hubiere llevado al convencimiento de que nada adeudaba por salarios o derechos sociales, lo cual de acreditarse conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe, y en este caso no procedería la sanción prevista en los preceptos legales referidos. Situación que fue justamente la que descartó el ad quem, toda vez que estableció que el ánimo de la demandada con las formas aparentes dadas a la relación contractual fue la de sustraerse de sus obligaciones laborales»* (Subrayado fuera de texto).

En suma, tal indemnización surge como una sanción por la mala fe del empleador, al sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones obrero –patronales, por lo que debe analizarse la conducta del demandado para comprobar que su actuación fue de buena fe y ajena a la intención de causar daño al trabajador (CSJ SL6621-2017; CSJ SL8216-2016; CSJ SL13050-2017; CSJ SL13050-2017; CSJ SL13442-2017 y CSJ STL10313-2017).

También ha enseñado de manera pacífica la Alta Corporación, en sentencia CSJ SL 23 oct. 2012, rad. 41005, que, la buena fe que se exige no es la denominada buena fe cualificada, sin embargo, «*no es una creencia cualquiera sino una debidamente fundada*», lo que «*impone al juzgador auscultar en el elemento subjetivo a fin de determinar si el empleador tuvo razones atendibles para obrar como lo hizo*» (CSJ SL194-2019), por ende, la llamada a juicio se encuentra en el deber de acreditar cuáles fueron esas razones plausibles que la llevaron a soslayar el pago de las acreencias del trabajador.

En el caso de marras, el demandante culminó el contrato de trabajo el 16 de febrero de 2017, siendo liquidado inicialmente el 16 de febrero de 2017, mismo día de terminación tal como se acredita con el soporte de pago (archivo 51, páginas 51 a 53):



CIFUENTES WILCHES HERNANDO CC o Nit: 79453735-6 000320

LIQUIDACION FINAL DE CONTRATO

CODIGO Cuenta	C.O Tercero	DESCRIPCION CCosto/Cpto	FE/Cruce	Debitos	VALOR Creditos
250501	008 79453735			11.988.337.00	
11100513	008 79453735		0224		11.988.337.00

ELABORADO POR:	AUTORIZADO POR:	RECIBI CONFORME:	
TOTALES		11.988.337.00	11.988.337.00

C.C. o NIT. Fernando Cifuentes W

52484907 IMPORTANTE: PARA ENTREGAR EL CHEQUE DEBE PRESENTAR LA CEDULA O NIT. DEL BENEFICIARIO 79453735

- CLIENTE - 16-02-17

Dicho documento, como se puede ver, en efecto, cuenta con la firma del actor y la sociedad demandada y en el mismo se reconoce un valor total de $11.988.337, entonces entre la terminación y el primer pago no transcurrió ni un día, no siendo procedente la indemnización anhelada.

Sumado a ello, el actor al percibir comisiones en vigencia de la relación laboral, al serle terminado el contrato el 16 de febrero de 2017 aún le quedaba comisiones por recaudar en dicha data, por lo que lo procedente era que la empresa entrara a reliquidar los conceptos reconocidos a la finalización y que, desde luego, tuvieran carácter salarial. Al efecto, así aconteció tal como se constata en los documentos que reposan en las páginas 55 y s.s. del archivo 16:

- En el mes de marzo de 2017 le fue reconocida la suma de $1.061.024, suma que fue consignada a través de Bancolombia S.A. el día 12 de abril de 2017.

20220912 10:05 SISTEMA INTEGRADO DE NOMINA										PAG. 1
URNM3113 TRANSACCIONES POR DOCUMENTO - EMPLEADO										
EMPRESA : AS ASEQUIMICOS S.A.S.										
LAPSO : 201703 MARZO DE 2017										ALFABETICO
DOCUMENTO : LC-000055 RE. CONTRATO DE HERNANDO CIFUE							FECHA INICIAL : 20170301		FECHA FINAL : 20170331	
Cpto	Descripcion	Nreg	Fecha	CCosto	CO	DTC_51	Cantidad	Horas	Valor Devengo	Valor Deduccion	Fec_Ini.	Fec_Fin.
79453735 CIFUENTES WILCHES HERNANDO 20001001 008 VENTAS Sueldo Basico : 909,150												
CARGO : 001201 ASESOR COMERCIAL PROYECTO: - *												
012	COMISIONES	1	20170331	20001001	008				2,186,039.00			
018	CESANTIAS	4	20170331	20001001	008				186,218.00			
019	INTERES DE CESANTIAS	5	20170331	20001001	008				2,855.00			
020	PRIMA	6	20170331	20001001	008				186,218.00			
022	VACACIONES	7	20170331	20001001	008				95,144.00			
501	RETEFUENTE	8	20170331	20001001	008					861,000.00		
		10	20170331	20001001	008					537,700.00		
558	MENOR VALOR DESCONTADO S	9	20170331	20001001	008					196,750.00		
									2,656,474.00	1,595,450.00		
NETO PAG 1,061,024.00												

Total Registros del Lote: 1	**Registros Procesados:** 1	**Registros Rechazados:** 0	**Registros Pendientes:** 0
Valor Total del Pago: $1,061,160.00	**Valor Registros Procesados:** $1,061,160.00	**Valor Registros Rechazados:** $0.00	**Valor Registros Pendientes:** $0.00

NÚMERO DE CUENTA	TIPO DE CUENTA	DOCUMENTO BENEFICIARIO	NOMBRE BENEFICIARIO	VALOR	ENTIDAD	ESTADO	FECHA APLICACIÓN
17216309898	Ahorros	79453735	HERNANDO CIFUENTES	1,061,160.00	BANCOLOMBIA	ABONADO EN BANCOLOMBIA, PROVENIENTE DE CLIENTE	12-04-2017

- El 12 de abril de 2017 la compañía demandada comunicó al actor por correo certificado lo siguiente:

Bogotá, 12 de Abril de 2017

PARA: HERNANDO CIFUENTES WILCHES

REFERENCIA: RECONOCIMIENTO Y PAGO DE COMISIONES .

Mediante el presente documento se procede a realizar el reconocimiento y pago de las comisiones sobre recaudo, las cuales se encontraban pendientes por pagar en la liquidación final de prestaciones sociales del 16 de febrero de 2017, ya que en dicho momento no se había realizado el correspondiente recaudo de cartera, por lo cual una vez realizados los correspondientes descuentos de retención en la fuente y seguridad social se reconocerá el valor de $1.061.160., (se anexa la liquidación de comisiones y descuentos) suma de dinero que según conversación telefónica con usted, se consignará a la cuenta de Bancolombia en la cual le consignábamos su salario cuando trabajaba con nosotros, valor que es recibido a satisfacción por parte del extrabajador.

Adicionalmente le confirmamos que según los descuentos realizados en su liquidación final, Asequimicos realizó el pago de 7.893.000 a Davivienda el día 6 de marzo de 2017, por concepto cuota de libranza.

Igualmente le hacemos entrega de los pagos de seguridad social realizados por la empresa correspondientes a los meses de enero y febrero de 2017.

Cordialmente,

RICHARD ORTIZ RASSA
C.C. 98.383.836
DIRECTOR DE TALENTO HUMANO

Desprendible de pago:

EMPRESA :ASEQUIMICOS S.A.S. C.O.: *** Todos Pagina: 00001
DOCUMENTO :201703 LC 000055 RE. CONTRATO DE HERNANDO CIFUE FECHA(S): 20170301 AL 20170331
FORMA PAGO: Todos
CCOSTO : VENTAS Fech.Ingreso: 1997/02/26 C.O: 008 MOSQUERA CARGO : ASESOR COMERCIAL

CODIGO	NOMBRE	BASE	CPTO	DESCRIPCION	CAN/SALDO	DEVENGO	DEDUCCION
79453735	CIFUENTES WILCHES HERNANDO		012	COMISIONES		2186,039.00	
			018	CESANTIAS		186,218.00	
			019	INTERES DE CESANTIAS		2,855.00	
			020	PRIMA		186,218.00	
			022	VACACIONES		95,144.00	
			501	RETEFUENTE			1398,700.00
			558	MENOR VALOR DESCONTADO SE			196,750.00
				T O T A L --->		2656,474.00	1595,450.00

CEDULA DE CIUDADAN: 79,453,735 NETO: $1061,024.00
CTA : 03750064-2

En esas circunstancias, NO procede el pago de la indemnización moratoria, de conformidad con lo previsto en el artículo 65 del C.S.T., pues la empresa demandada efectuó el pago de la liquidación el mismo día de la terminación, como ya se indicó, así como reconoció, liquidó y pagó las comisiones recaudadas por la empresa con posterioridad, pagos que si percibió el actor en los periodos de marzo y abril de 2017, tal como lo confesó en el interrogatorio de parte, además, advirtió el promotor de este litigio que las comisiones se le pagaban **una vez fueran recaudadas**, teniendo conocimiento previo de ello, por lo que es aceptable que la empresa efectuara un segundo pago después de febrero de 2017, sin que

se pueda en. este escenario fulminar condena por dicho concepto. En igual sentido, la parte actora solicita se reliquiden los aportes pensionales, pero no dice qué monto se le dejó de tener en cuenta por la empresa, pues en los soportes insertos se evidencia que la demandada reliquidó prestaciones sociales y vacaciones e incluso se aportaron las planillas de pago efectuado al Sistema de Seguridad Social Integral a través del operador PILA, Aportes en Línea.

Finalmente, resalta la Sala, si el demandante pretendía una reliquidación frente a valores que le fueron reconocidos como comisiones, y en su sentir, no se tuvieron en cuenta para la reliquidación de los conceptos laborales, debió indicar de manera precisa dicha irregularidad y no de manera general en virtud de los previsto en el artículo 167 del C.G.P.

Dilucidados los puntos anteriores, se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por el recurrente en la alzada, y conforme a las motivaciones precedentes se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.,** Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 2º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C.[6] de Bogotá, conforme a las consideraciones aquí expuestas.

[6] *En cumplimiento a lo ordenado en los Acuerdos PCSJA22-11918 de 2022, PCSJA20-11686 de 2022 y CSJBTA22-15 de 2022, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura.*

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MIRTA YANEDT MANRIQUE AREVALO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. (RAD. 07 2020 00421 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado DANIEL ANDRÉS PAZ ERAZO como apoderado sustituto de la demandada SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido por VERÓNICA DIAZ DEL CASTILLO ROMÁN en su calidad de representante legal de la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADO S.A.S.

Del mismo modo, se reconoce personería adjetiva a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, representada legamente por CLAUDIA LILIANA VELA, como apoderada principal y a la abogada KAREN SILVANA MENDIVELSO CUELLAR, como sustituta, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, en los términos y para los efectos de los poderes conferidos.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral 1º de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR, SKANDIA. MAPFRE y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 7º Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 05 de diciembre de 2022 *(Exp. Digital: audio archivo 30, récord: 1:10),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO**: **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación realizada por la señora demandante en la AFP PORVENIR, contenido del formulario número 359634 del 15 de enero de 1999. Con la AFP SANTANDER y PROTECCIÓN, contenido en el formulario número 55339923 el 22 de marzo del 2001 con la AFP COLFONDOS, contenido en el formulario número 8015165 del 6 de marzo del 2002, con la AFP PORVENIR, contenido en el formulario número 1904246 del 28 de agosto del 2003 con la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA, contenido en el formulario número 713088 del 13 de marzo del 2015.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a Skandia a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor Mirta Yanedt Manrique Arévalo, 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 Colfondos S.A., Protección S.A, Skandia S.A. y Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de obedecimiento al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR** a Colpensiones a recibirlo sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial al ISS.*
>
> ***QUINTO**: Se declaran como no probadas las excepciones propuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, la Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A., Colfondos Pensiones y Cesantías, Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir y Skandia S.A Pensiones y Cesantías. Mapfre como llamada en garantía.*
>
> ***SEXTO**: Declarar probadas las excepciones de mérito presentadas por Mapfre contra el llamamiento en garantía.*
>
> ***SÉPTIMO**: Se condena en costas a Porvenir, Protección, Colfondos, Skandia y Colpensiones a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo del fondo privado.".*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES recurrió la sentencia[1], exponiendo la inexistencia de un vicio de consentimiento en el contrato de afiliación suscrito en el

[1] ***"Recurso Colpensiones, récord 1:14:10:** "me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión, acabada de proferir, conforme, los argumentos esgrimidos en los alegatos relativos a la inexistencia de un vicio de consentimiento en el contrato de afiliación suscrito en el régimen de ahorro individual, en segundo lugar, que la actora, no se encuentra en régimen de transición como tercer punto de*

régimen de ahorro individual, en segundo lugar, que la actora, no se encuentra en régimen de transición y tercero, si bien la carga de la prueba se traslada a los fondos de pensiones por ser entidades financieras expertas en el tema, la información brindada se demostraba con el formulario de afiliación y en este caso la demandante afirmó que suscribió los referidos formularios, algunos sin leer, sin preguntar y sin acercarse para la época al Instituto de Seguros Sociales, a fin de verificar el funcionamiento entre los dos regímenes, como si su capacidad para celebrar contratos se viera menguada.

Por otro lado, esgrimió, con el traslado al régimen de Prima media se genera una descapitalización al sistema pensional, toda vez que no existe un cálculo frente a los valores que debe cubrir la entidad, pues si bien se trasladan todos los aportes con las sumas adicionales, pidió, se consideré la obligación a cargo de los fondos, responsables del vicio o de la demandante para soslayar la descapitalización al sistema, teniendo en cuenta que como se menciona en la sentencia SU 062 del 2010, para que una persona pudiera acceder al traslado por cumplir el requisito de las 750 semanas, tradicionalmente tendría que pagar un cálculo de rentabilidad, y en estos casos, no puede ser desconocida, está consideración.

---

la prueba de interrogatorio de parte, conforme los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia solicitó se revise el caso en particular, pues si bien la carga de la prueba se traslada a los fondos de pensiones, por ser entidades financieras expertas en el tema, se reitera que la información brindada se demostraba con el formulario de afiliación, en este caso la demandante afirmó que suscribió los referidos formularios, algunos sin leer sin preguntar y sin acercarse para la época al Instituto de Seguros Sociales, a fin de verificar el funcionamiento entre los dos regímenes, como si su capacidad para celebrar contratos se viera menguada.

Por otro lado, y de manera asidua, itero que con el traslado al régimen de Prima media se genera una descapitalización al sistema pensional, toda vez que no existe un cálculo frente al valor o valores que debe cubrir mi representada, pues si bien se trasladan todos y cada uno de los aportes con las sumas adicionales, pido, se consideré la realización a cargo, bien sea de los fondos, responsables del vicio o de la demandante para soslayar la descapitalización al sistema, teniendo en cuenta que como se menciona en la sentencia, SU 062 del 2010, para que una persona pudiera acceder al traslado por cumplir el requisito de las 750 semanas, tradicionalmente tendría que pagar un cálculo de rentabilidad, y en estos casos, no puede ser desconocida, está consideración.

Finalmente, si en dado caso el tribunal no acoge tales argumentos, se confirme la decisión frente al reintegro de la totalidad de las cotizaciones, como son los recursos de la cuenta individual de ahorro, las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, los rendimientos la anulación de bonos pensionales el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y los gastos de administración, pues mi representada no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto las AFP reintegrar los recursos y actualicen los datos de la demanda ante la respectiva base de datos.

Por último, quisiera agregar que se revoque la decisión, en cuanto a la condena en costas, como quiera que el artículo 48 de la constitución política prevé que la seguridad social es un servicio público en el que no se podrán destinar los recursos de las instituciones de la seguridad social diferentes a ellas, teniendo en cuenta lo anterior, el pago, costas y agencias en derecho serían contrarios a esta preceptiva constitucional y además porque mi regentada no participó en el acto, que se presume ineficaz o nulo y es una tercera a la que se le causa un daño injustificado por un contrato entre 2 partes ajeno a Colpensiones, en esos términos dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias".

Finalmente, expresó, en dado caso el tribunal no acoja los argumentos, se confirme la decisión frente al reintegro de la totalidad de las cotizaciones, como los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos la anulación de bonos pensionales, el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y los gastos de administración, pues la entidad no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto las AFP reintegren los recursos y actualicen los datos ante la respectiva base de datos.

Por último, solicitó se revoque la decisión en cuanto a la condena en costas, como quiera que el artículo 48 de la Constitución Política prevé que la seguridad social es un servicio público en el que no se podrán destinar los recursos de las instituciones de la seguridad social diferentes a ellas, teniendo en cuenta lo anterior, el pago, costas y agencias en derecho serían contrarios a esta preceptiva constitucional y además porque la entidad no participó en el acto, que se presume ineficaz o nulo y es una tercera a la que se le causa un daño injustificado por un contrato entre 2 partes ajeno a Colpensiones.

Por su parte las codemandadas, expresaron:

PORVENIR[2], no comparte la valoración probatoria al invocarse una inobservancia del deber de información, y en virtud de la libertad probatoria que existe en la

[2] ***PORVENIR, récord 1:17:12: "****Muchas gracias, su señoría, siendo el momento procesal oportuno, presento recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser notificada por su despacho, solicitando a la honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, revoque las condenas impuestas en contra de mi representada fundamentándome en las siguientes consideraciones, honorables magistrados: No comparte esta defensa la valoración probatoria que realiza el despacho, si bien el nivel de mandatorio, pues se invoca una supuesta inobservancia del deber de información, y en virtud pues, de la libertad probatoria que asiste en la jurisdicción laboral, la AFP PORVENIR, acude al proceso conforme a esas pruebas documentales que obran en el expediente digital, esto es, los dos formularios de afiliación que suscribiera la señora demandante concretamente para enero del año 1999 y agosto del año 2003. Si bien respecto de esa supuesta inobservancia de información, considerada el despacho que estas pruebas son insuficientes para acreditar el cumplimiento de dicho deber, debe recordarse honorables magistrados que en desarrollo jurisprudencial que ha tenido el deber de información también nos ha señalado e indicado cuáles son esos momentos en los cuales se podría exigir o atribuir un deber de información o un nivel del deber de información a las administradoras del régimen de ahorro individual, encontrándonos para estas fechas en el primer escenario de ese deber, por lo cual no sería dable atribuirle a PORVENIR un deber de un buen consejo, una doble asesoría, incluso para ver desincentivado la afiliación de la señora demandante, todo lo contrario, se garantizaba el derecho a la libre escogencia consagrado en el literal del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y en cumplimiento de dicha normatividad, la AFP PORVENIR, capacitó a esos asesores comerciales que visitaron a la señora demandante en su lugar de trabajo, tal como pues quedó recaudado en el interrogatorio de parte, en el cual pues también se permitió conocer que la señora demandante contó con el acompañamiento de asesores de distintos fondos del régimen de ahorro individual, previo a trasladarse de régimen pensional, situación pues que llama la atención en tanto la señora mantuvo la oportunidad, pues de determinarse de manera libre y voluntaria trasladarse de régimen pensional conociendo características esenciales del mismo régimen, por lo cual para dicho momento la AFP PORVENIR acreditó, dentro del proceso de cumplimiento del deber legal de información máxime cuando hoy en día no puede constituir*

jurisdicción laboral, adujo, la AFP PORVENIR, acude al proceso conforme a esas pruebas documentales que obran en el expediente digital, esto es, los dos formularios de afiliación que suscribió la señora demandante concretamente para enero del año 1999 y agosto del año 2003. Si bien respecto de esa supuesta inobservancia de información, consideró el despacho que esas pruebas son insuficientes para acreditar el cumplimiento de dicho deber, debe recordarse que en el desarrollo jurisprudencial ha señalado e indicado cuáles son esos momentos en los cuales se podría exigir o atribuir un deber de información a las administradoras del régimen de ahorro individual, encontrándonos para estas fechas en el primer escenario de ese deber, por lo cual no sería dable atribuirle a PORVENIR un deber de un buen consejo, una doble asesoría, incluso para ver desincentivado la afiliación de la señora demandante, todo lo contrario, se garantizaba el derecho a la libre escogencia consagrado en el literal del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y en cumplimiento de dicha normatividad, la AFP PORVENIR, capacitó a esos asesores comerciales que visitaron a la señora demandante en su lugar de trabajo, tal como quedó recaudado en el interrogatorio de parte, en el cual también se permitió conocer que la señora demandante contó

---

pruebas documentales adicionales en virtud de esa libertad probatoria de la jurisdicción laboral, se acude al interrogatorio de parte en búsqueda de esos elementos de juicio objetivos para dar cuenta del cumplimiento del deber de información.

De igual manera, pues evidenciaron traslados horizontales al interior del régimen de ahorro individual y sin que la teoría de los actos de relacionamiento, pues había sido invocada por esta defensa, pues sí, llama poderosamente la atención que la demandante lo largo de su vida laboral se trasladó con todas las administradoras del régimen de ahorro individual, conociendo y disfrutando, pues de esos beneficios inclusive la generación de rendimientos financieros, la posibilidad de heredabilidad de su pensión, por lo cual, pues no es creíble y no es dable que hoy en día manifieste desconocer características del régimen pensional, al cual se encontraba vinculada por más de 20 años, por lo cual pues se considera esta defensa que sí quedo acreditado es el cumplimiento de deber de información en cabeza de la AFP PORVENIR, máxime cuando los formularios de afiliación no pueden mirarse como una manifestación vacía sin ninguna consecuencia en tanto dichos documentos están autorizados por la Superintendencia Bancaria de entonces y de igual manera, sin la existencia de esos formularios no hubiese sido posible la materialización de ese acto jurídico, al traslado de régimen pensional.

Por otra parte, esta defensa se aparta respetuosamente de la condena de devolver indexados, aquellos gastos de administración sumas por seguros previsionales, Fondo de Garantía de pensión mínima, en primer lugar, siempre será el objeto de reparo de esta administradora, teniendo en cuenta que es el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, lo cual dispone el descuento de esta índole al igual que en el régimen de Prima media, es un descuento por estos rubros con propósitos similares que es el amparo prestacional, de los aportes a los afiliados para lo cual la señora demandante conto con una protección a través de los seguros previsionales que PORVENIR calificó de manera oportuna y los gastos de administración descontados en virtud de esas operaciones financieras que le permiten al fondo generar rendimientos financieros en favor del afiliado situación pues que se vislumbra en el reporte de historia laboral consolidada de la señora demandante, en el cual los rendimientos financieros son altamente sensibles. De igual manera, lo destinado concretamente con la condena de indexación, ya existen diversos pronunciamientos de los tribunales superiores a lo largo del país, en los cuales pues ha tenido por satisfecho cualquier actualización del poder adquisitivo de la moneda a través de los rendimientos financieros y es que con esos rendimientos financieros Colpensiones, tiene capacidad suficiente para asumir eventuales contingencias al momento de reconocer derechos pensionales, tan es así, como la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, en el proceso 0182019473, en el cual tuvo por satisfecho cualquier actualización del poder adquisitivo de la cotización de los afiliados a través de los rendimientos financieros.".

con el acompañamiento de asesores de distintos fondos del régimen de ahorro individual, previo a trasladarse de régimen pensional, situación que llama la atención en tanto la señora mantuvo la oportunidad, pues de determinarse de manera libre y voluntaria trasladarse de régimen pensional conociendo características esenciales del mismo régimen, por lo cual para dicho momento la AFP PORVENIR acreditó, dentro del proceso de cumplimiento del deber legal de información máxime cuando hoy en día no puede constituir pruebas documentales adicionales en virtud de esa libertad probatoria de la jurisdicción laboral, se acude al interrogatorio de parte en búsqueda de esos elementos de juicio objetivos para dar cuenta del cumplimiento del deber de información.

De igual manera, se evidenciaron traslados horizontales al interior del régimen de ahorro individual y sin que la teoría de los actos de relacionamiento, pues había sido invocada por esta defensa, pues la demandante lo largo de su vida laboral se trasladó con todas las administradoras del régimen de ahorro individual, conociendo y disfrutando de esos beneficios inclusive la generación de rendimientos financieros, la posibilidad de heredabilidad de su pensión, por lo cual, no es creíble y no es dable que hoy en día manifieste desconocer características del régimen pensional, al cual se encontraba vinculada por más de 20 años, por lo cual se considera que sí quedó acreditado el cumplimiento de deber de información en cabeza de la AFP PORVENIR, máxime cuando los formularios de afiliación no pueden mirarse como una manifestación vacía sin ninguna consecuencia en tanto dichos documentos están autorizados por la Superintendencia Bancaria de entonces y de igual manera, sin la existencia de esos formularios no hubiese sido posible la materialización de ese acto jurídico, al traslado de régimen pensional.

Por otra parte, atacó la condena relacionada con la indexación de los gastos de administración, seguros previsionales, Fondo de Garantía de pensión mínima, teniendo en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone el descuento de esta índole al igual que en el régimen de Prima media, siendo un descuento por estos rubros con propósitos similares que es el amparo prestacional, de los aportes a los afiliados para lo cual la señora demandante contó con una protección a través de los seguros previsionales que PORVENIR calificó de manera oportuna y los gastos de administración descontados en virtud de esas operaciones financieras que le permiten al fondo generar rendimientos financieros en favor del afiliado, situación que se vislumbra en el reporte de historia laboral consolidada,

en el cual los rendimientos financieros son altamente sensibles. De igual manera, lo destinado concretamente con la condena de indexación, ya existen diversos pronunciamientos de los tribunales superiores a lo largo del país, en los cuales ha tenido por satisfecho cualquier actualización del poder adquisitivo de la moneda a través de los rendimientos financieros ya que con esos rendimientos financieros Colpensiones, tiene capacidad suficiente para asumir eventuales contingencias al momento de reconocer derechos pensionales, tan es así, como la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, en el proceso 0182019473, tuvo por satisfecho cualquier actualización del poder adquisitivo de la cotización de los afiliados a través de los rendimientos financieros.

SKANDIA manifestó[3], la providencia fue sustentada en la aplicación de un precedente sin embargo, no es dable aplicar dicho precedente, no en el entendido que se desconozca la jurisprudencia, sino en el entendido que es un criterio

[3] ***"SKANDIA (récord, 1:22:38): "****Muchas gracias, su Señoría, siendo la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación, en contra de la decisión que se acaba de proferir por el despacho, ello, sustentado en los argumentos que ya han expuesto mis colegas de los fondos privados, pero también en lo expuesto, en la contestación a la demanda y en los alegatos de conclusión y puntualmente, me gustaría hacer referencia a algunos apartes relevantes adicionales a ello, en aras de no repetir los argumentos, lo primero es que quisiera interponer este recurso sustentado en que la providencia fue sustentada en la aplicación de un precedente sin embargo, para el suscrito, no es dable aplicar dicho precedente, no en el entendido que se desconozca la jurisprudencia, sino en el entendido de que primero pues este se basa en un criterio auxiliar del derecho y que como se expuso en la contestación a la demanda, pues hay normatividad aplicable para el caso, en concreto debe primar, pero por otro lado, en el entendido de que se evidenció a lo largo del proceso unas situaciones particulares que permiten al fallador y que se solicita a los Honorables Magistrados de aplicación en el hecho de que son situaciones de hecho, tangencialmente diferentes que permiten apartarse de dicha jurisprudencia, en este entendido, entonces me gustaría reiterar el hecho de que en lo que se alegó o lo que se demostró durante el proceso, fue que la demandante pretenda alegar su propia culpa para obtener un beneficio a costa del subsistema general de seguridad social en pensiones, y ello en el entendido de que, no le bastó el hecho de haber suscrito diferentes formularios de afiliación y de que ella misma aceptara, que su empleador le suministraba una asesoría en temas pensionales y que por eso fue que hasta el día de hoy pretende ventilar esa controversia ante el operador judicial, sino que lo que manifiesta en todos los momentos es que si vemos los formularios, pero no solicita una formación adicional, no radicó ninguna queja, reclamación o petición alguna tendiente a controvertir la información suministrada o/a pedir que se ampliará a dicha información, con lo cual, entonces, aquí lo que es evidencia es una materialización de la violación a los principios constitucionales de justicia y de equidad, y ello más frente a la AFP a la cual represento, en el entendido de que como justamente el despacho, lo pues dispuso en la parte, motiva y como se acreditó en el interrogatorio de parte, la demandante se afilió con mi representada cuando ella no estaba en la posibilidad de retornar al régimen de prima media, con lo cual no surte o no es comprensible para el suscrito que se exija el retorno de los rendimientos, pero aunado a ello, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, la garantía, el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, entre otros.*

Frente a esto, pues entonces destacó el mismo argumento que había hecho previamente, el apoderado de PORVENIR y es en el entendido de que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, enuncia que las comisiones de administración no hacen parte de los recursos pensionales que financian las prestaciones económicas del afiliado, con lo cual, en el entendido que en el proceso no se ventiló alguna controversia frente a la gestión que realizó mi representada y que finalmente está administrando los recursos por disposición de la demandante y por su entera voluntad, pues no guarda relación y que en este momento se considere que se deben trasladar ambas sumas, en consecuencia, pero respetuosamente solicito a los Honorables Magistrados, que se revoque la sentencia en su integralidad y que finalmente, sí disponen algo o pretenden corroborar la decisión del despacho frente a los seguros previsionales, pues se pronuncien frente a la responsabilidad de Mapfre Colombia Vida Seguros.".

auxiliar del derecho y existe normatividad aplicable para el caso, ya que la demandante pretende alegar su propia culpa para obtener un beneficio a costa del subsistema general de seguridad social en pensiones, ello no le bastó pese a suscribir diferentes formularios de afiliación, y a su vez, no solicita una formación adicional, no radicó ninguna queja, reclamación o petición alguna tendiente a controvertir la información suministrada o pedir que se ampliará dicha información, con lo cual, entonces, aquí lo que se evidencia la materialización de la violación a los principios constitucionales de justicia y equidad, y ello más, frente a la AFP.

Añadió, como se acreditó en el interrogatorio de parte, la demandante se afilió con la AFP cuando ella no estaba en la posibilidad de retornar al régimen de prima media, con lo cual no surte o no es comprensible que se exija el retorno de los rendimientos, pero aunado a ello, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, la garantía, el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, entre otros.

Destacó, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, enuncia que las comisiones de administración no hacen parte de los recursos pensionales que financian las prestaciones económicas del afiliado, con lo cual, en el entendido que en el proceso no se ventiló alguna controversia frente a la gestión que realizó la AFP y que finalmente está administrando los recursos por disposición de la demandante y por su entera voluntad, no guarda relación que en este momento se considere que se deben trasladar dichos conceptos.

Finalmente, MAPFRE S.A. solicitó se revoque la condena en costas impuestas a su cargo[4].

---

[4] ***MAPFRE SEGUROS, récord 1:26:32, archivo 29): "****Gracias, señor juez, si bien es cierto estamos conformes con la decisión adoptada por el despacho respecto al llamamiento en cuanto a que negó sus pretensiones y compartimos los fundamentos, decisión que solicitamos a la superioridad, confirmar, no es así respecto a la condena en costas impuestas contra la cual interpongo recurso de apelación para que el Honorable Tribunal se sirva revocarla, teniendo en cuenta que si bien el artículo 365 del código general del Proceso, Inciso 1° consagra la condena en costas para la parte vencida en el proceso, el llamado en garantía no es parte en el proceso, el llamamiento en garantía, es una figura procesal a la que pueden acudir las partes para exigir la vinculación de un tercero, para que puede llegar a tener un interés directo en el resultado del proceso en caso de proferir una sentencia de condena, en este caso, Mapfre no es sujeto pasivo de la demanda, no tiene carácter de parte, es más, ningún interés directo tiene el resultado del proceso, pues no tiene relación alguna con las pretensiones de la demanda, tal como se expuso en la contestación en los alegatos y fue acogido por el señor juez.*

La presencia de Mapfre en este trámite es circunstancial, más aún el llamamiento formulado por Skandia era y es a todas luces, improcedente, pues la aseguradora carece de amparo y/o cobertura al no tener relación, el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, tal como el mismo señor juez, lo manifestó al proferir su decisión.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Página 2 del archivo 01 expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 3 a 5, ibidem),* aspirando de manera principal:

> **5.3. CONDENATORIAS PRINCIPALES**
>
> **5.3.1** Condenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y se obligue a efectuar la ineficacia o nulidad en el formulario de afiliación del año **1997,** suscrito por la señora **MIRTA YANEDT MANRIQUE AREVALO,** mediante el cual se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**

La contestación de la demanda por parte de la llamada en garantía es (inaudible) por un mismo, es más, es facultativo no es obligatorio y lo que en ella se llega a expresar, pues ninguna incidencia tiene en las resultas del proceso.

Teniendo en cuenta lo anterior, además de lo que se evidencie en el expediente, dejamos sustentado recurso de apelación y solicitamos a la superioridad se sirva revocar la condena impuesta a mi representada, gracias.".

5.3.2 Condenar a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A,** a realizar la devolución de los aportes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por **COLPENSIONES**, al que pertenecía antes.

5.3.3 En consecuencia, se condene que para efectos pensionales continúe afiliada la señora **MIRTA YANEDT MANRIQUE AREVALO.** en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por **COLPENSIONES,** al que pertenecía antes.

5.4. CONDENATORIAS SUBSIDIARIAS.

5.4.1 Condenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y se obligue a efectuar la nulidad en el formulario de afiliación del año **1997,** suscrito por la señora **MIRTA YANEDT MANRIQUE AREVALO.** mediante el cual se afilió al **Régimen de Ahorro Individual, debido a que NO había cumplido con los 3 años requeridos para trasladarse de régimen de pensión,** tal y como lo expresaba el Literal e) del artículo 13 del Texto Original de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que se encontraba vinculada al RPM **desde el 28 de Junio de 1982** con la Caja de previsión social de Cundinamarca **CAPRECUNDI y reafirmando su voluntad diligenciando y radicando formulario de afiliación al Seguro Social hoy Colpensiones en el año 1995.**

5.4.2 Condenar a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A,** a realizar la devolución de los aportes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por **COLPENSIONES**, al que pertenecía antes.

5.4.3 En consecuencia, se condene que para efectos pensionales continúe afiliada la señora **MIRTA YANEDT MANRIQUE AREVALO.** En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por **COLPENSIONES,** al que pertenecía antes.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS, contenido del formulario número 359634 del 15 de enero de 1999, con la AFP SANTANDER y PROTECCIÓN, contenido en el formulario número 55339923 el 22 de marzo del 2001 con la AFP COLFONDOS, contenido en el formulario número 8015165 del 6 de marzo del 2002, con la AFP PORVENIR, contenido en el formulario número 1904246 del 28 de agosto del 2003 con la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA, contenido en el formulario número 713088 del 13 de marzo del 2015, se ordenó a Skandia a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor Mirta Yanedt Manrique Arévalo, 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, se ordenó a Colfondos S.A., Protección S.A, Skandia S.A. y Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de obedecimiento al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes,

descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia, se ordenó a Colpensiones a recibirlo sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial al ISS, se declararon no probadas las excepciones propuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, la Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A., Colfondos Pensiones y Cesantías, Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir y Skandia S.A Pensiones y Cesantías. Mapfre como llamada en garantía, se declararon probadas las excepciones de mérito presentadas por Mapfre contra el llamamiento en garantía y se condenó en costas a Porvenir, Protección, Colfondos, Skandia y Colpensiones a favor del demandante. Ello tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[5].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 08 de enero de 1962 *(Página 1, Archivo 03 expediente digital)*, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas (archivo 03) ante COLPENSIONES (18 de

[5] *En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".*

noviembre de 2019, página 4 a 8), COLFONDOS (07 de noviembre de 2019), PROTECCIÓN (13 de noviembre de 2019), PORVENIR (17 de diciembre de 2019) y SKANDIA (06 de marzo de 2020), esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -de acuerdo con el parágrafo del artículo 151[6] de ésta ley lo sería hasta a más tardar el **30 de junio de 1.995** o en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental- por cuanto para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado un total de **459,44** semanas[7], 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.

Relación de tiempos cotizados:

---

[6] *ARTÍCULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de abril de 1.994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma.*

PARÁGRAFO. El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1.995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.

La naturaleza jurídica de CONVIDA EPS, es la de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden ***departamental****, que opera en el campo de la salud, tal como lo establece la Ordenanza 005 de 2007.*

[7]

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1008219614	CIA DE SEG BOLIVARIA	25/09/1984	10/01/1985	$14.610	15,43	0,00	0,00	15,43
1006200730	COR AHORRO VIV LAS V	17/07/1986	01/05/1987	$21.420	41,29	0,00	0,00	41,29
899999107	ENTIDAD ADMINISTRADO	01/05/1995	31/12/1995	$425.000	34,29	0,00	0,00	34,29
899999107	ENTIDAD ADMINISTRADO	01/01/1996	31/01/1996	$255.000	2,57	0,00	0,00	2,57
899999107	ENTIDAD ADMINISTRADO	01/11/1996	28/02/1997	$500.000	12,71	0,00	0,00	12,71
					[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 106,29			
					[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 " "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"): 0,00			

MINHACIENDA
Oficina de Bonos Pensionales

CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA DE TIEMPOS LABORADOS
CETIL

MINTRABAJO

Ciudad y fecha de expedición: BOGOTA, Mayo 14 de 2019 No. 20190589999107000790003

DATOS DE LA ENTIDAD CERTIFICADORA

Nombre: ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL REGIMEN SUBSIDIADO EPSS CONVIDA Nit: 899,999,107
Dirección: CARRERA 58 NO 9-97 Departamento: BOGOTA Municipio: BOGOTA
Teléfono Fijo: 4269500 EXT 1146 Correo Electrónico: ernesto.gomez@convida.com.co Código DANE: 11001

DATOS DE LA ENTIDAD EMPLEADORA

Nombre: ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL REGIMEN SUBSIDIADO EPSS CONVIDA Nit: 899,999,107 Fecha en que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones: Junio 30 de 1995

DATOS DEL EMPLEADO

Tipo de Documento: C Documento: 51,703,001 Fecha de Nacimiento: Enero 8 de 1962
Primer Apellido: MANRIQUE Segundo Apellido: AREVALO Primer Nombre: MIRTA Segundo Nombre: YANEDT

PERIODOS CERTIFICADOS

Desde (DD-MM-AAAA)	Hasta (DD-MM-AAAA)	Tipo de Vinculación	Tipo de Empleado	Cargo	Aportes Pensión	Aportes Salud	Aportes Riesgos	Fondo Aporte	Entidad Responsable	Total No. Días Interrupción	Cargo de Alto Riesgo	Tiempo Completo	Horas Semanales Laboradas
10-10-1967	30-04-1995	LABORAL	PÚBLICO	Secretario (a)	SI	NO	NO	CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE CUNDINAMARCA - CAPRECUNDI	DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA	0	NO	SI	

ENTIDAD	APORTANTE	DESDE	HASTA	TOTAL	SOPORTE
RPM- ISS	CIA DE SEGURIDAD BOLIVARIANA	25/09/1984	10/01/1985	15,43	PÁG 43, ARCHIVO 15
RPM- ISS	COR AHORRO VIV LAS VILLAS	17/07/1986	1/05/1987	41,29	PÁG 43, ARCHIVO 15
RPM- CAPRECUNDI	EPS CONVIDA	10/10/1987	30/04/1995	394,14	PÁGINAS 65 A 69, ARCHIVO 15
RPM - ISS	EPS CONVIDA	1/05/1995	30/06/1995	8,58	PÁG 43, ARCHIVO 15
				459,44	

Lo anterior, se extrae del reporte de semanas actualizado al 21 de agosto de 2021 aportado por Colpensiones (página 43, archivo 15) y la certificación de electrónica de tiempos laborados CETIL, expedido por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 14 de mayo de 2019 (página 65, archivo 03).

En este orden de ideas, se tiene que con fundamento en la ausencia del suministro de información que pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual como ya se mencionó según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **15 de enero de 1999** con fecha de efectividad a partir del **1º de marzo de ese año** *(Páginas 28 y 64, Archivo 16 expediente digital)* por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal 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[8], 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):

> *«(…)*

[8] *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 CS SL-1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> *«**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*

> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)*».

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen,

el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[9], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

[9] *"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

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.*

---

de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante[10] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que cuando se encontraba afiliada al ISS el asesor de la AFP la visitó en 2 o 3 oportunidades y le señalaron las ventajas del fondo, los mejores rendimientos y que cuando adquiriera la edad de pensión tendría un capital importante ahorrado, razón por la cual decidió trasladarse, precisando no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento.

---

[10] ***Interrogatorio Demandante, récord 12:32, archivo 28:*** *"Comencé en el ISS antes Caja de Previsión social en 1996 que se transformó en Convida y luego me pasaron al ISS, me vinculé al fondo privado en el 1996 o 97, empezaron a llegar varios fondos, habían varias oficinas y nos dijeron que el ISS se iba acabar, fu básicamente eso, fue Porvenir, pero ese día habían varios fondos, decían eso todos los días, los asesores iban caso a diario, nos llevaban detalles como dulces y esferos, eso es lo que recuerdo, en ING lo que sucedió es que me dijeron que pagaban más en ese momento en el mercado por eso me afilié, en el 2012 fue lo mismo, por eso me trasladé, siempre llevaban algo, uno lo que buscaba es una mejor estabilidad, Skandia estaba en ese momento mejor en el mercado, actualmente estoy en Skandia se averiguaban la fecha de cumpleaños de uno y llegaban con detalles, yo me quiero pasar porque saldría en estos momentos con un salario mínimo, en Colpensiones me tendrían en cuenta las 1800 semanas ósea podría llegar al 80%, yo me acerqué a corroborar información en Colpensiones, los requisitos son edad y semanas, no hice reclamaciones ante los fondos ni la empresa, el formulario de afiliación la diligencio el asesor, yo suministré los datos, di la información del cónyuge pero no indicaron para qué era, lo que dijeron solo era que el ISS se acabaría, me trasladé a Porvenir fue el que más insistió, fue como unas 2 o 3 veces, en la última visita firmé el formulario, esa AFP era la que mejor pagaba en ese momento, yo tengo una mediana educación pero si me hubiesen dicho la verdad no me hubiese pasado, yo recibí extractos pero en ese momento no teníamos casa propia pero me llegó en algunas ocasiones extractos, no he hecho aportes voluntarios, el miedo era que el ISS se acabaría, siempre que me trasladé de fondo lo hacía porque llegaban comerciales, asesoría no me dieron como tal, llegaban y se presentaban, hablaban y ya y por eso uno se afiliaba, yo firmé los formularios, no recuero si recibí de ING extractos, yo firmé el formulario con Colfondos, no recibí asesoría, lo que decían era que uno se pensionaba con semanas, los dineros de la cuentas no sé para donde se iban, en el 2015 yo tenía 56 años, no me dijeron nada sobre la prohibición legal".*

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*Página 28 Archivo 16 expediente digital),* este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la dicha AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PORVENIR proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de

manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
> *…*
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar*

precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1999, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(15 de enero de 1999, efectivo el 1° de marzo de ese año),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de

servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Página 64, Archivo 16 expediente digita -Historial Vinculaciones SIAFP*), 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.

Frente al de traslado a diversas AFP como indiciarios de los actos de relacionamiento señalados por Colpensiones en su apelación, memórense los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, aquel con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y más recientemente la sentencia CSJ SL1055-2022 radicación 87911 de 2 de marzo de 2022, última en la cual se indicó:

> *«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*
>
> *De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.*

> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*
>
> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias».*

Así también se reiteró en la sentencia CSJ SL2379-2022:

> *«De otra parte, hay que resaltar que* ***los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS****. De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión».*
>
> *En este sentido, se indicó que «los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente* ***porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz****, el cual no puede sanearse como la nulidad»* (Negrillas y subrayas de la Sala).

Bajo tal orientación, en tratándose de la ineficacia del traslado, como ya se anotó, no resulta relevante los traslados efectuados por la afiliada dentro del mismo régimen.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, en cuanto a que además de lo anterior, las accionadas PROTECCIÓN, COLFONDOS, SKANDIA y PORVENIR, también

deben devolver a COLPENSIONES, las comisiones y rendimientos debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades.

Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

> *«(…)*
> *De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional* ***deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor,*** *sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil.* ***En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones****».*

En punto al recurso de PORVENIR, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> ***«Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*

> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real»* (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor»*. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Por otro lado, conviene anotar frente al argumento de COLPENSIONES, 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 del 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 lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[11] *(Páginas 33 y 34 Archivo 15 expediente digital)*, entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Frente a la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de las AFP demandadas, baste con indicar, la acción de “recibir”, en un entendimiento lógico y obvio no puede materializarse si no hay algo que se entregue, siendo claro que sólo a partir del momento en que ingresen la información y dineros que traslade la AFP al RPM, podrá hacer las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral, lo que hace innecesaria precisión o condicionamiento alguno en la parte resolutiva de la providencia.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del articulo 392 del C.P.C, ahora articulo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “*se condenara en costas a la parte vencida en el proceso (…)”,* sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a esta demandada, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de esta demandada.

[11] Se tuvo por contestada la demanda - archivo 21 del expediente digital.

En cuanto al recurso de MAPFRE S.A. debe advertirse, esta sociedad no fue condenada en costas, conforme se plasma en el numeral[12] séptimo de la sentencia, por lo que no se requiere pronunciamiento alguno.

Es de advertir a PORVENIR en punto a la apelación, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de diferentes Tribunales no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará la sentencia en los puntos anteriormente expuestos y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.,** Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

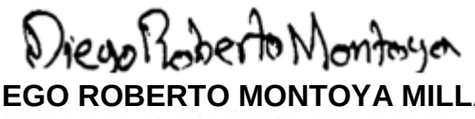
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar tanto a PROTECCIÓN, COLFONDOS, SKANDIA y PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES, las comisiones y rendimientos debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, conforme lo considerado.

[12] ***SÉPTIMO****: Se condena en costas a Porvenir, Protección, Colfondos, Skandia y Colpensiones a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo del fondo privado.".*

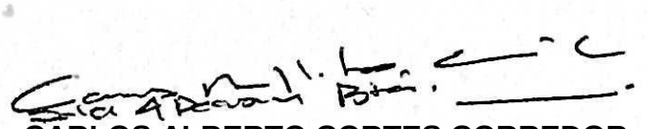
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

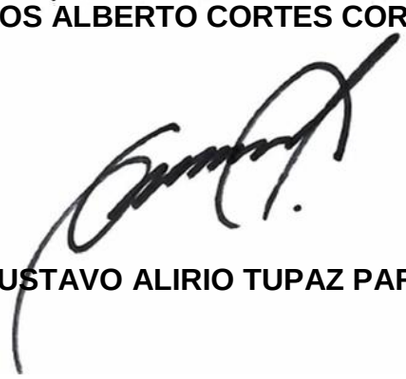
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

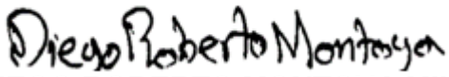
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GUSTAVO ADOLFO HERRERA OCAMPO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 08 2021 00320 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada LIZETH DANIELA LOZANO ROJAS como apoderada sustituta de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido por MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13, numeral 1º de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 8 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 20 de abril del 2023 *(Exp. Digital: audio archivo 18, récord: 1:12:50),* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado del señor GUSTAVO ADOLFO HERRERA OCAMPO, realizado del régimen de prima media al RAIS acaecido el día 27 de mayo de 1994, mediante su afiliación a Colpatria ahora Porvenir, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional del señor GUSTAVO ADOLFO HERRERA OCAMPO.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a la demandada PROTECCIÓN y PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del señor GUSTAVO ADOLFO HERRERA OCAMPO, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones de que trata el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubiesen causado.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES aceptar todos los valores que devuelvan PORVENIR y PROTECCIÓN y que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional del actor.*
>
> ***QUINTO: COSTAS*** *en esta instancia, a cargo de la parte demandada PROTECCIÓN y PORVENIR liquidarse por Secretaría, fijando como agencias en derecho la suma de un millón ciento sesenta mil pesos.*
>
> ***SEXTO:*** *Como quiera que esta decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad".*

Inconforme con la decisión los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES presentaron recurso de apelación.

Así en primer lugar, PORVENIR recurre la decisión en lo concerniente a la devolución de los dineros debidamente indexados señalando que declarar u ordenar la indexación resulta una doble condena a cargo de su representada en el entendido que esos rendimientos financieros que obtuvo el demandante mientras estuvo afiliado con esa AFP, compensan la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado, solicitando se tenga en cuenta las decisiones proferidas por otros tribunales como el de Cundinamarca y el de Cali, donde se consideró que el traslado de los rendimientos financieros del afiliado a Colpensiones compensa esa depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haber presentado respecto de los emolumentos que se ordenaron retornar, reiterando ordenar que Porvenir indexe cualquier suma de dinero es imponerle una doble sanción, por cuanto, sin duda alguna y sin que resulte necesario hacer alguna operación matemática, se evidencia que los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó la AFP a partir de ese acto jurídico que celebró el demandante con plenos efectos jurídicos, con creces supera esa posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado *(Exp. Digital: audio archivo 18, récord: 1:14:28[1])*

[1] **APODERADO PORVENIR:** Gracias señoría, de manera muy respetuosa presentó recurso de apelación de manera parcial en contra de la sentencia emitida por el despacho, en lo que respecta al numeral tercero de la

COLPENSIONES por su parte indica que el demandante confesó conocer las diferencias entre un régimen y otro, pues expresó que Protección le señaló que él ya tenía el requisito de 1300 semanas cumplidas y que únicamente le hacía falta cumplir la edad de 62 años para tener derecho a una pensión en Colpensiones, por lo que era totalmente consciente desde el año 2003, cuando recibió la primera reasesoria por parte de Protección, de cuál era su escenario pensional, precisando que en la segunda reasesoria del año 2004 de forma libre y voluntaria al demandante decide permanecer afiliado a Protección, no obstante, la advertencia expresa que le hizo Protección en la reasesoria del año 2004 frente a que el 1° de mayo del 2015 él iba a estar inmerso en la provisión de traslado y que si él no cotizaba sobre salarios superiores a $10’000.000 lo más recomendable era que regresara al régimen de prima media, advirtiendo que solo 8 años después reprocha el incumplimiento al deber de información y asesoría, precisando PROTECCIÓN en dos ocasiones complementó la información dada al momento del traslado de régimen y realizó una proyección pensional, incluso PROTECCIÓN se atrevió a desmotivar la vinculación del demandante, indicando la motivación principal para regresar al régimen de prima media, es que el demandante estando afiliado en régimen de prima media, va a tener una mejor pensión que en régimen de ahorro

---

sentencia, en lo concerniente a la devolución de manera indexada de los dineros obrantes en la cuenta del demandante, conforme a lo siguiente, señores magistrados, como se hace evidente conforme a lo establecido por la normatividad, mi representada tenía la obligación de, generar una rentabilidad mínima, a estos afiliados al régimen de ahorro individual, por lo tanto, declarar u ordenar la indexación resulta una evidente doble condena a cargo de mi representada en el entendido que esos rendimientos financieros que obtuvo el demandante, mientras estuvo afiliado con mi representada, compensan esta posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado o representados en sus aportes pensionales de manera ilustrativa, quisiera mencionarles señores Magistrados que el Tribunal Superior de Cali, el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencias del 21 de junio del año 22 y el 25 de julio del 2022, en procesos promovidos por Édison Ricardo González, con radicado No. 2022-00234 por el Tribunal Superior de Cali consideraron que el traslado de los rendimientos financieros del afiliado Colpensiones compensa, pues esa depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haber presentado respecto de los emolumentos que se ordenaron retornar.

También el Tribunal Superior de Cali en Sala Laboral en proceso ordinario laboral promovido por John Jairo Gaviria con radicado, 2022- 162 del 20 de enero del año en curso, indicó “respecto a la indexación, la sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, que pudiese haber generado en los emolumentos a retornar, por tal razón se revoca dicha condena a Colfondos y Porvenir y en su lugar se les condena a dicho entonces que devuelven todas las sumas de dinero junto con su rendimiento” luego, señores magistrados, ordenar que porvenir indexe cualquier suma de dinero es imponerle esta mencionada doble sanción, por cuanto, sin duda alguna y sin que resulte necesario hacer alguna operación matemática, se evidencia que los rendimientos financieros obtenidos, por la gestión que adelanto mi representada a partir de ese acto jurídico que celebró el demandante con plenos efectos jurídicos con creces, supera esa posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado, representados en sus aportes pensionales, por lo anterior, de manera muy respetuosa se solicita a los honorables magistrados revocar la sentencia en cita y absolver en lo que respecta a mi representada, muchas gracias.

individual, solicitando por ende se revoque la decisión de primer grado. *(Exp. Digital: audio archivo 18, récord: 1:17:24[2])*

---

[2] **APODERADO DE COLPENSIONES:** Muchas gracias Colpensiones, interpone recurso de apelación, para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, solicitando la revocatoria total del fallo de instancia y en su lugar se absuelvan a Colpensiones de las condenas impuestas, teniendo en cuenta que Colpensiones no comparte la valoración que realizó el despacho, ni en la prueba documental, ni el interrogatorio de parte que absolvió el demandante en la diligencia de hoy, el despacho básicamente indica que más allá de haber existido un par de reasesorias, de más, allá de haber corroborado que si existió suministro de información por parte de las AFP, a juicio del despacho, en el acto de traslado de régimen pensional no fue debidamente acreditado el cumplimiento del deber de información y que el demandante hubiese estado debidamente asesorado por parte de promotores de la AFP COLPATRIA de forma que lo que sucedió con posterioridad al acto de traslado de régimen pensional, de acuerdo a la valoración del despacho, no tiene incidencia para determinar la validez o no, del acto de traslado, Colpensiones respeta dicha manifestación, no la comparte.

Considera Colpensiones que, en este caso a diferencia de lo que ha sucedido en casos similares en el interrogatorio de parte del demandante, el demandante confesó, existió una confesión expresa frente a una característica que evidentemente diferencia un régimen del otro, a la pregunta de cuál habían sido los requisitos que le habían informado al demandante para tener derecho a una pensión de vejez, él fue muy claro en indicar que le dijeron, no solo que se podía pensionar a cualquier edad, situación que es totalmente cierta en el Régimen de Ahorro Individual, a diferencia de lo que sucedía en prima media, porque él indicó que en Colpensiones o en el seguro le habían dicho que tenía que cotizar o cumplir la edad de 62 años, y adicionalmente, indicó que él sabía que tenía que tener un capital considerable para que junto con los rendimientos financieros, pudiese tener derecho a su pensión de vejez y era consciente que en el régimen de prima media necesitaba un requisito de 1300 semanas porque a lo largo de su interrogatorio, el demandante fue muy conteste, muy insistente en decir que uno de los reproches o de la inconformidad que él tiene con su permanencia en protección es que a él no le dijeron en protección que él ya tenía el requisito de 1300 semanas cumplidas y, que únicamente le hacía falta cumplir la edad de 62 años para tener derecho a una pensión en Colpensiones, entonces el demandante era totalmente consciente desde por lo menos desde el año 2003, cuando recibió la primera reasesorias por parte de protección, de cuál era su escenario pensional, no solo su escenario pensional en cuanto a requisitos y condiciones para acceder al derecho a la pensión de vejez en prima media, o en ahorro individual, sino de posibles valores, porque el demandante sí tenía una proyección pensional en el año 2003 para que él más o menos tuviese un escenario de comparación entre la situación que podría presentarse en uno u otro régimen pensional; no obstante, a pesar de contar con las proyecciones pensionales del año 2003 la reasesoria del año 2004 de forma libre y voluntaria al demandante, decide permanecer afiliado a protección, no obstante, la advertencia expresa que le hizo protección en la reasesorias del año 2004 frente a dos puntos, esenciales:

1. que en el 1° de mayo del 2015 él iba a entrar inmerso en la provisión de traslado a la ley 797 del 2003 y no iba a poder regresar al régimen de prima media, situación que el demandante conoció, y conoció y está debidamente documentado.
2. Protección le dice que, si él no cotiza sobre salarios superiores a 10’000.000 de pesos, lo más recomendable es que regrese al régimen de prima media

No obstante, y reitero al estar debidamente documentada la advertencia y ser conocida por el demandante, él decidió estar afiliado al régimen de ahorro individual y cuando Colpensiones le pregunta en el interrogatorio de parte al demandante. ¿por qué razón para el año 2014, el insiste en que la razón de no regresarse a al régimen de prima media es que el seguro se va a acabar, que el seguro no es una buena opción de administración de su pensión, cuando en el año 2014 el seguro ya no operaba, sino que lo había sustituido una operación Colpensiones? El demandante indica que para para todos los efectos era exactamente lo mismo que no le habían dicho, que era buena opción regresar al régimen de prima media, sino que en ahorro individual iba a tener una mejor pensión, una pensión más estable y esa situación es llamativa y es llamativa porque para todos es conocido que la motivación principal para regresar al régimen de prima media proveniente del RAIS como lo es, en este proceso, porque así está relatado en los hechos de la demanda, es que el demandante, estando afiliado en régimen de prima media, va a tener una mejor pensión que en régimen de ahorro individual, por lo que no resultaría lógico que si el mismo fondo de pensiones del régimen de ahorro individual le hace la sugerencia y la advertencia al afiliado que regrese a prima media, salvo que pueda cumplir con un requisito de cotización sobre un salario específico, como están las reasesorias, de un salario de 10’000.000 de pesos, pues no resultaría lógico que con esa advertencia, el afiliado decida libre y voluntariamente continuar afiliado al fondo de pensiones al que hoy en día 8 años después de recibir la reasesoria, le reprocha un total incumplimiento en cuanto a deber de información y asesoría, porque aunque la señora juez en el fallo de instancia, indica que lo que debe verificarse, (…) (se pausa la grabación) porque COLPATRIA fue el fondo de pensiones que realizó el traslado de régimen pensional, pues no puedo pasarse por alto que 4 años después de estar afiliado a COLPATRIA, el demandante, decide cambiarse de fondo de pensiones, hacer un traslado horizontal con destino a PROTECCIÓN y que 6 años después de haber realizado el cambio de régimen pensional, el demandante

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 1 a 4, del archivo 02Demanda expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 3 a 6, ibidem),* aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado de régimen o en subsidio la ineficacia del traslado, en consecuencia se ordene a Protección S.A. la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por conceptos de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo, así mismo se ordene a Colpensiones reactivar la afiliación, recibir los aportes, actualizar y corregir su historia laboral y condenar en costas a las demandadas. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a COLPATRIA hoy PORVENIR el 27 de mayo de 1994 al ser el primer fondo de vinculación de la actora, en consecuencia, ordenó a PROTECCIÓN y PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubieren recibido por motivo de la afiliación del accionante tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto es, con todos los rendimientos que se

---

reasesorado a los 40 años de edad y que a los 51 años de edad vuelve a ser re asesorado por parte del fondo de pensiones, así que, independientemente de que en el acto específico de traslado de régimen pensional, como dice la sentencia de instancia, no se hubiese podido corroborar la circunstancia del traslado, aunque el demandante indicó que sí recibió visita de un asesor comercial de COLPATRIA, que ese asesor comercial, le dio información frente a puntos relevantes, del Régimen de Ahorro Individual como la posibilidad de hacer aportes voluntarios, la posibilidad de pensionarse a cualquier edad sin un requisito específico, sí se puede llegar a concluir que sí recibió asesoría, tal vez no información y asesoría en los términos que plantea el precedente de la Corte, pero 4 años después y 15 años después del traslado, PROTECCIÓN en dos ocasiones complemento dicha información, complementó, dicho asesoría realizó una proyección pensional, incluso PROTECCIÓN se atrevió a como dice la Corte, desmotivar la vinculación del demandante, PROTECCIÓN advirtió al demandante y le dijo que se devolviera si no podría cotizar sobre salarios superiores de 10’000.000 de pesos, el demandante fue informado de la existencia un bono pensional, las condiciones de redención del bono pensional, incluso en la reasesoria del año 2003, PROTECCIÓN le dice al demandante no solo las condiciones de redención del bono, sino cuál es la consecuencia de redimirlo o no, porque en esa proyección PROTECCIÓN le plantea al demandante dos escenarios, una pensión de vejez a la edad de redención del bono pensional, es decir, a los 62 años y un escenario de pensión de vejez en RAIS sin redención del bono pensional, así que el demandante incluso estaba advertido y conocía la posibilidad de pensionarse con y sin redención de bonos pensionales, por todas estas razones Colpensiones solicita a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, revoque íntegramente la sentencia de instancia y en su lugar absuelva a Colpensiones de las condenas impuestas, muchas gracias.

hubiesen causado. A su vez, la juez condenó a COLPENSIONES a recibir al actor en el régimen de prima media con prestación definida junto con los aportes que ésta hubiese efectuado a las administradoras de pensiones y cesantías COLPATRIA hoy PORVENIR y a PROTECCIÓN. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la enjuiciada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al 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 27 de septiembre de 1963 *(Páginas 1 y 2, Archivo 04Pruebas expediente digital)*, por lo que la edad de 62 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2025, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 24 de mayo del 2021 *(Página 29, Archivo 04Pruebas expediente digital),* esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos por parte de PROTECCIÓN al momento de allegar la contestación, había cotizado al sistema 403.29 semanas (*Historia Laboral válida para bono pensional Página 50 Archivo 11 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista

---

[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".

en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **27 de mayo de 1994** con fecha de efectividad a partir del **01 de junio de ese año** *(Páginas 94 y 97 expediente digital Archivo 08ContestacionPorvenir)* por la afiliación que hiciera inicialmente a COLPATRIA hoy PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar la existencia de 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 a 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.*

[4] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».*

Frente a este tema, esa alta Corporación en sentencia CS SL-1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

> *«**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***
>
> *Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.*
>
> *Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».*
>
> *De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.*
>
> *Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación*

> *del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*
>
> *Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».*

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de cada AFP en cuanto 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 demandado PORVENIR antes COLPATRIA.

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 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.

1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional a COLPATRIA hoy PORVENIR.

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 COLPATRIA 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 en el RAIS recibiría más rendimientos que en el ISS y que todo dependería de los aportes efectuados, del mismo modo señaló que la proyección de su mesada pensional se hizo de forma posterior con Protección otro fondo al que se trasladó luego de estar en Colpatria. Asimismo, insistió en que en lo que más se hizo énfasis por el asesor de Colpatria 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, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR antes COLPATRIA haya cumplido con su obligación de buen consejo, en tanto con sus dichos no se acredita de manera alguna que conociera las implicaciones del traslado de régimen, olvidando COLPATRIA hoy PORVENIR ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por el actor.

A más de lo anterior, se advierte frente a la documental obrante en las páginas 43 a 48 (*Archivo 11 expediente digital*), relacionada con la "***REASESORIA PENSIONAL***", no prueban de forma alguna una asesoría o suministro de información pues conforme se ha venido señalando a lo largo de esta providencia la misma **debe ser suministrada al momento en que se efectúa el traslado de régimen** a efectos de que tenga validez, en el sentido de que se trata de una decisión libre voluntaria y producto del conocimiento de sus implicaciones, circunstancias que a todas luces no pueden ser acreditadas con las misivas en comento pues basta con señalar que datan del año 2003 y 2004 y el traslado de régimen mediante la afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR se dio el 27 de mayo de 1994 (*página 94 Archivo 8 expediente digital).*

[6] Audiencia 20 de abril del 2023, récord 13:47.

Ahora, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR (Página 97 Archivo 08ContestacionPorvenir), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que el actor recibió la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada -PORVENIR- (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones COLPATRIA hoy PORVENIR proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, la administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración al demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención.

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

Como se ve, ya para el año 1994, cuando se produjo el traslado del aquí demandante a COLPATRIA hoy PORVENIR, estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR antes COLPATRIA, omitió en el momento del traslado de régimen **(27 de mayo de 1994 efectivo el 01 de junio de ese año),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio de 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.

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.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de PORVENIR (inicial) y PROTECCIÓN (último fondo al que se encuentra afiliado el actor), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración debidamente indexados, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

No obstante, debe precisarse en virtud de la consulta que se surte en favor de Colpensiones en este punto ésta Sala de Decisión adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que tanto PORVENIR como PROTECCIÓN además de lo ordenado por la Juez *a quo* deberán retornar las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[7] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, todo debidamente indexado con cargo a sus propias utilidades[8].

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."***

Lo anterior, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, con lo cual, bajo esta misma premisa, tampoco tiene vocación de prosperar la compensación solicitada por la recurrente PORVENIR S.A.

Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus

[7] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[8] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Ahora, con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado objeto de apelación por parte de PORVENIR, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> *"**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***"7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor."* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Es de advertir a PORVENIR en punto a su apelación, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de diferentes Tribunales no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

Por otro lado, conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Ahora bien, en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera, recuérdese la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan "*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que*

descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas." (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[9] *(Página 6, Archivo 09 Contestación Colpensiones expediente digital)*, entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará la sentencia en los puntos anteriormente expuestos y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C**., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, además de lo señalado por la Juez *a quo,* las comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima todo debidamente **indexado** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, conforme lo considerado.

[9] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 20 de enero del 2023, archivo 14 expediente digital.

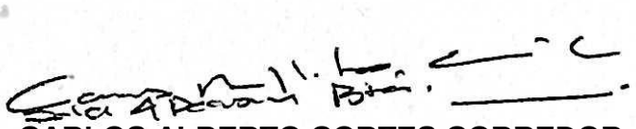
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

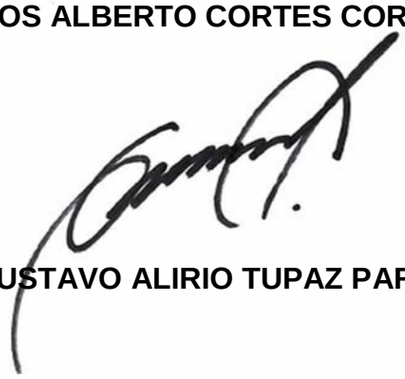
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

ACTA DE AUDIENCIA PÙBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JANUARIO PATIÑO PIERNAGORDA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- (RAD. 11 2018 00420 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren el siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada del extremo demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 08 de mayo de 2023 (*14Audiencia20230508, récord 28:44)* en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada,* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*** *al dar respuesta a la demanda y como consecuencia de ello se* ***ABSUELVE*** *a dicha entidad de todas las pretensiones impetradas en su contra por el demandante.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *en* ***COSTAS*** *en esta instancia a la parte demandante, fijando como agencias en derecho a favor de* ***COLPENSIONES*** *la suma de 1 SMLMV.*
>
> ***TERCERO****: En caso de no ser apelada la presente decisión y de conformidad con lo expuesto en el artículo 69 del CPTSS se* ***CONCEDE*** *el Grado Jurisdiccional de Consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en favor del demandante por haber sido totalmente adverso a la decisión a las pretensiones de la demanda.".*

Inconforme con la decisión la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación[1], exponiendo, en este caso se debe tener en cuenta que el actor actuó

[1] ***Recurso Demandante (récord, 30:30):*** *"El recurso se fundamenta en lo siguiente, en este caso se debe tener en cuenta que mi poderdante actuó de buena fe sin tener conocimiento de lo que es el derecho, por lo tanto, las costas procesales no deberían ser un castigo para él, por haber acudido a la jurisdicción para solicitar la reliquidación de la pensión. Ahora, respecto al tema principal que es la reliquidación de la pensión, se debe tener en cuenta que no existe norma que impida que una persona pueda solicitar una reliquidación de la pensión, cuando lo considere pertinente, más teniendo en cuenta que en este caso se presenta una afectación al mínimo vital del demandante, toda vez que sus cotizaciones a Seguridad Social siempre fueron sobre más de un salario mínimo y en este momento está devengando un salario mínimo.*

Ahora se debe tener en cuenta también, que en el momento en que adelantó el proceso de que se llevó a cabo en el Juzgado 22 Laboral del Circuito, el señor Januario se encontraba en una situación económica bastante difícil y lo que se buscó en este caso, en el caso anterior fue el reconocimiento de la pensión de vejez especial porque el señor, no está recibiendo ningún ingreso en su momento, pues se evidencia en la historia laboral de Colpensiones aportadas al proceso que su última cotización se hizo en el año 2000, que durante más de 8 años estuvo luchando por obtener su pensión, que Colpensiones en su momento, el Instituto de Seguro Social, utilizó, malinterpretó la ley y utilizó las normas que no eran y dilató el reconocimiento de la pensión de vejez del señor Januario Patiño y fue a través de un proceso judicial que se logró, lo que tanto se esperaba, que era la pensión de vejez. En este caso lo que primó fue los derechos sustanciales sobre las formalidades, entonces se obtuvo la pensión de vejez, era lo que se esperaba para que el señor pudiera tener un mínimo vital adecuado, años después, muchos años después, conoció a otro abogado y el manifestó que su liquidación de la pensión estaba mal hecha, ocurrió lo que ocurre en muchos casos; ocurrió que la liquidación de la pensión estaba mal hecha y en este caso, el señor agotó la vía administrativa para obtener la reliquidación de su pensión, la cual es procedente en cualquier momento esa no tiene términos de prescripción y no hay, una norma que limite o impida la solicitud de la reliquidación. Colpensiones, negó la reliquidación de la pensión del señor Januario y entonces lo único que podía tomar era iniciar un proceso ordinario laboral para obtener el reconocimiento de su pensión.

En este caso, si bien como lo manifesté el apoderado de la parte demandante, cometió el error de solicitar nuevamente el reconocimiento de la pensión, se debe dar aplicación al principio (inaudible) , el cual indica que el juez conoce derecho y el juez debe tener en cuenta que la demanda y las pretensiones se adaptaban a la solicitud de la reliquidación de una pensión, la cual claramente se encuentra mal liquidada entonces, sustentó mi recurso de apelación indicando que se debe dar primacía al derecho sustancial, en este caso al mínimo vital del señor y no a formalidades, como decir que existe cosa juzgada, puesto que, como lo manifesté, se está buscando una reliquidación, la juez en el proceso que se adelanta ante el Juzgado 22 Laboral del Circuito, lo que hizo fue hacer una liquidación de la pensión, entonces eso viola el principio de igualdad, porque si a una persona se le reconoce una pensión, por vía administrativa, así como lo hace Colpensiones, la persona dentro de mucho tiempo, acude a Colpensiones, otra vez a solicitar su reliquidación y Colpensiones emite un nuevo acto administrativo por medio del cual reliquida su pensión, se han visto muchos casos así, entonces es inequitativo, que el señor Januario Patiño Piernagorda, no pueda solicitar nuevamente su reliquidación de pensión, al considerar que está mal, de hecho, ni siquiera se hace como tal un estudio de si la pensión está mal liquidada o no, sino que se encamina simplemente a decir que hay una cosa juzgada porque ya una persona hace muchos años liquidó la pensión, entonces reitero mi argumentación de que hay una violación al principio de igualdad, toda vez que por bien sea por vía administrativa la persona puede solicitar cuantas veces lo consideré necesario, la reliquidación de su pensión y porque en este caso no se puede solicitar la reliquidación de pensión, puesto que sí como lo dije, el señor no presentó recurso de apelación, porque pues en su momento, estuvo feliz de saber que por fin iba a recibir su pensión, de hecho, como se puede ver en la demanda en el expediente del Juzgado 22 Laboral del Circuito, a él le reconocieron un gran retroactivo porque precisamente había adquirido estatus desde el año 2008, y solo hasta el año 2014 recibió como tal una sentencia favorable, fueron, como lo dije, más de 14 años prácticamente sumando las reclamaciones administrativas que el señor hizo a Colpensiones, más el proceso judicial que tuvo que adelantar para obtener su pensión, lo cual era el objetivo principal del anterior proceso.

Ahora, de este proceso, el objetivo principal es que la pensión sea liquidada, con base en las normas aplicables al caso, como el señor Januario, se encuentra amparado por el régimen de transición, pero ese Régimen de transición, no afecta el ingreso base de cotización, entonces debe reliquidarse la pensión con base en lo sustentado en la demanda, es decir, con base en los últimos 10 años debidamente cotizados, entonces debe ser tenido desde el año 1990 hasta el año 2000, pues con base en eso, yo sostengo mi recurso de apelación, y solicitó al Tribunal Superior de Distrito Judicial, que revoque la sentencia y en su lugar, acceda a las pretensiones subsidiarias de la demanda, ordenando a Colpensiones, reliquidar la pensión

de buena fe sin tener conocimiento de lo que es el derecho, por lo tanto, las costas procesales no deberían ser un castigo para él, por haber acudido a la jurisdicción a solicitar la reliquidación de la pensión.

Sostuvo respecto al tema principal de la reliquidación de la pensión, que se debe tener en cuenta que no existe norma que impida que una persona pueda solicitar una reliquidación de la pensión, cuando lo considere pertinente, más teniendo en cuenta que en este caso se presenta una afectación al mínimo vital del demandante, toda vez que sus cotizaciones a Seguridad Social siempre fueron superiores a un salario mínimo y en este momento está devengando un salario mínimo. En su sentir, se debe tener en cuenta que en el momento en que adelantó el proceso ante el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, el señor Januario Patiño se encontraba en una situación económica bastante difícil y lo que se buscó en este caso fue el reconocimiento de la pensión de vejez especial porque no estaba recibiendo ningún ingreso en su momento, conforme se evidencia en la historia laboral de Colpensiones aportada al proceso reflejando que su última cotización se hizo en el año 2000 y durante más de 8 años estuvo reclamando la pensión.

Adicionó, el reconocimiento de la pensión de vejez del señor Januario Patiño fue a través de un proceso judicial ya que primaron los derechos sustanciales sobre las formalidades, entonces años después, conoció a otro abogado y le manifestó que la liquidación de la pensión estaba mal hecha y en este caso, el señor agotó la vía administrativa para obtener la reliquidación de su pensión, la cual es procedente en cualquier momento al no tener términos de prescripción y no hay, una norma que limite o impida la solicitud de la reliquidación. Consideró, en este caso, si bien el demandante cometió el error de solicitar nuevamente el reconocimiento de la pensión, se debe interpretar que la demanda persigue la reliquidación de una pensión, la cual claramente se encuentra mal liquidada por el juez de su momento, Juzgado 22 Laboral del Circuito, ya que se hizo una liquidación de la pensión que viola el principio de igualdad, siendo inequitativo que el señor Januario Patiño

---

reconocida en el año 2016, teniendo en cuenta la normatividad que se le aplica al caso del señor Januario Patiño, toda vez que pertenece al régimen de transición y que esta sea reliquidada con base en las normas aplicables a este, esa es la pretensión que yo espero y en segunda medida, no condenar en costas al señor Januario Patiño Piernagorda, toda vez que el actuó de buena fe, muchas gracias.".

Piernagorda, no pueda solicitar nuevamente su reliquidación de pensión, al considerar que está mal liquidada, reiteró, por vía administrativa la persona puede solicitar cuantas veces lo consideré necesario la reliquidación de su pensión, no pudiéndose sujetar a que el demandante en su momento no presentó recurso de apelación, porque estaba "feliz" de saber que por fin iba a recibir su pensión y le reconocieron un gran retroactivo porque precisamente había adquirido estatus desde el año 2008, y solo hasta el año 2014 recibió como tal una sentencia favorable, habiendo transcurrido más de 14 años.

Aclaró, en este proceso el objetivo principal es que la pensión sea reliquidada, con base en las normas aplicables al caso, teniendo en cuenta los últimos 10 años debidamente cotizados, esto es, desde el año 1990 hasta el año 2000.

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 JANUARIO PATIÑO PIERNAGORDA en este ordinario, las pretensiones relacionadas a páginas 3 a 4 del archivo 01, las cuales sustenta en los supuestos fácticos expuestos a páginas 5 a 8, ibidem, aspirando de manera principal se declare:

DECLARATIVAS:

1. **Declarar** que el demandante tiene derecho por principio de favorabilidad y de progresividad al reconocimiento y pago de pensión ordinaria de vejez, al tenor de lo dispuesto por el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, por ser beneficiario del régimen de transición pensional.

2. **Declarar** que el Ingreso base de liquidación se obtiene de conformidad con lo preceptuado por los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993.

CONDENATORIAS:

3. **Condenar** a la entidad demandada a reconocer y pagar pensión ordinaria de vejez a favor del demandante a partir del **14 de abril de 2014**.

4. **Condenar** a la entidad demandada al pago del retroactivo pensional que se cause.

5. **Condenar** a la demandada a reconocer y pagar las mesadas adicionales de junio y diciembre y las que se causen con posterioridad.

6. **Condenar** a la demandada a pagar las sumas que se reconozcan debidamente indexadas.
7. **Condenar** a la demandada a reconocer y pagar intereses moratorios al tenor de lo dispuesto por el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

8. **Condenar** a la demandada a lo que resulte probado Ultra y Extra-petita.

9. **Condenar** a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho.

SUBSIDIARIAS: En el evento que el señor Juez no acceda a las pretensiones principales, respetuosamente solicito tener en cuenta las siguientes:

10. **Declarar** que el demandante tiene derecho por principio de favorabilidad y de progresividad a que se reliquide su pensión de vejez otorgada por Colpensiones, mediante resolución **058650 de diciembre de 2009**, de conformidad con el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, en armonía con los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993.

CONDENATORIAS:

11. **Condenar** a la entidad demandada a reliquidar la pensión del demandante, reconocida mediante resolución **058650 de diciembre de 2009**, a partir del **14 de abril de 1954.**

12. **Condenar** a la entidad demandada al pago del retroactivo pensional que se cause con ocasión del resultado de la reliquidación pensional.

13. **Condenar** a la demandada a pagar las sumas que se reconozcan debidamente indexadas.

14. **Condenar** a la demandada a lo que resulte probado Ultra y Extra-petita.

15. **Condenar** a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho.

Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones y se condenó en costas al demandante, **tras considerar el a quo,** como producto del fallo proferido por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá se concedió en favor del demandante la pensión especial de vejez por alto riesgo en aplicación directa del Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990, según lo señaló la juez de ese entonces, al considerar que el demandante era beneficiario del régimen de transición y que luego de haber laborado durante 20 años en alto riesgo en la compañía Eternit Colombiana S.A. era viable el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez, en ese orden, la pretensión principal de esta demanda encaminada a lograr un nuevo reconocimiento pensional no tiene asidero jurídico, pues no puede volver el demandante a solicitar una pensión de vejez de la cual ya viene gozando y le fue reconocida 6 años antes del cumplimiento de la edad mínima pensional, esto es, a partir del 14 de abril de 2008.

Frente a la reliquidación pensional, formulada como pretensión subsidiaria en la presente demanda, adujo el juzgador, Colpensiones dio cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá mediante Resolución No. 58650 del 1º de enero de 2009, oportunidad en la que se liquidó la prestación sobre lo devengado en los últimos 10 años dado que el demandante no contaba con 1250 semanas en su historia laboral y por tanto, no era susceptible de ser liquidado con base en el promedio de lo devengado en toda la vida laboral. Concluyó el juez de primera instancia, *la a quo* tomó los últimos 10 años y aplicó una tasa de reemplazo del 78% sobre 1.070 semanas cotizadas, por ende, al haberse propuesto la excepción de cosa juzgada por parte de Colpensiones debe declararse probada, reiterando, la forma de liquidar el IBL fue analizado por dicho juzgado y debió atacarse en su momento por la parte actora de no estar de acuerdo, no pudiéndose en un nuevo proceso judicial tratar de reliquidar el monto de la mesada pensional.

En este orden de ideas, se procederá al estudio del recurso de apelación, a través del cual se pretende la no declaratoria de la *Cosa Juzgada*, para lo cual se advierte ésta es una ficción legal que se encuentra amparada en el artículo 32 del C.P.L. modificado por el artículo 19 de la Ley 712 de 2001 y por el artículo 1º de la Ley 1149 de 2007, y en el artículo 303 del C.G.P.[2]., el cual dispone que para la operatividad de la misma se requiere que el "*nuevo*" proceso, *"verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes".*

Así pues, las partes que se sometieron a una decisión judicial están obligadas a respetar su pronunciamiento. Igualmente será acatada por todos los funcionarios de la rama jurisdiccional, quienes no podrán ni desconocer ni modificar la decisión; no podrán tramitar nuevo proceso cada vez que se proponga la misma pretensión, entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, pues la ley prohíbe que sobre una misma petición haya doble pronunciamiento, ya que un segundo pronunciamiento puede ser contradictorio, y sobre el mismo caso no puede haber distinta solución. Los fallos judiciales tienen que estar dotados de fuerza legal, basados en autoridad de cosa juzgada, para que tengan la virtualidad de las cosas inmutables.

Así mismo, es la decisión del Estado la que se impone a las partes querellantes, porque es necesario garantizar los derechos adquiridos. "La cosa juzgada es el fin natural del proceso" y ella debe garantizar la estabilidad del orden legal.

Y, de otra parte, la sentencia ejecutoriada vale, así sea injusta, y el beneficiario de ella podrá proponer en su favor la excepción de cosa juzgada y aún, puede pedir declaratoria de nulidad cuando el Juez procede contra la providencia ejecutoriada del superior o revive procesos legalmente concluidos (De las excepciones previas y de mérito, Editorial Temis, J. Ramón Ortega R.).

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral dispuso mediante sentencia SL536-2023, sobre este tópico:

> *"**Cosa juzgada***
>
> *Esta se encuentra consagrada en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, hoy artículo 303 del Código General del Proceso, y aplicable por analogía en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que exige para su configuración que «[…] el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes».*
>
> *En la sentencia CSJ SL11414-2016, esta Corporación estableció que:*
>
> *Sobre el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, para que sea procedente, es preciso recordar que, en ambos procesos judiciales debe concurrir los tres requisitos comunes que son: 1) Identidad de persona (eaedem personae): debe tratarse del mismo demandante y demandado; **2) Identidad de la cosa pedida (eadem res): el objeto o beneficio jurídico que se solicita (no el objeto material) debe ser el mismo, es decir, lo que se reclama**; y 3) Identidad de la causa de pedir (eadem causa petendi): el hecho jurídico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado debe ser el mismo, esto es, el por qué se reclama.*
>
> *(…)*
>
> *Para la Corte, no se necesita una redacción idéntica de las pretensiones para predicar el fenómeno de la cosa juzgada (CSJ SL1854-2020). Por el contrario, lo que se debe analizar más allá de la literalidad de los postulados, es que exista una causa petendi igual, lo que se traduce en una estrategia para reabrir discusiones que ya fueron surtidas y resueltas en litigios anteriores.". (negrilla y subrayado fuera del texto).*

De tal manera, como quedó visto, para la operatividad de la excepción de cosa juzgada se necesita entonces que exista identidad de partes, causa y objeto, en

---

[2] *"**Artículo 303. Cosa juzgada.** La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes".*

proceso anterior en el que se haya decidido en forma definitiva el conflicto sometido a consideración jurisdiccional (Art. 303 del C.G.P.), circunstancias que pasan a analizarse a continuación teniendo en el material probatorio vertido en el proceso.

a) Identidad de partes

En los archivos del expediente digital del proceso No. 22 2008 00725 00, que cursó en el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá y que fue arrimado al *a quo* en virtud de requerimiento efectuado, se extrae que mediante auto calendado 30 de julio de 2008 (página 25, archivo 01), se admitió la demanda entre JANUARIO PATIÑO PIERNAGORDA contra el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Por su parte, dentro del presente proceso a página 38 del archivo 01, reposa el auto admisorio del 14 de septiembre de 2018, donde se constata como partes JANUARIO PATIÑO PIERNAGORDA contra COLPENSIONES.

Tanto en este como en el anterior proceso, el señor **JANUARIO PATIÑO PIERNAGORDA** demandó al extinto **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **COLPENSIONES** por lo que existe identidad de partes y así lo admitieron las mismas, por lo que el cumplimiento de este presupuesto no genera discusión.

b) Identidad de causa

En la demanda que cursó en el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá radicada bajo el No. **22 2008 00725 00**, se plasmaron los siguientes hechos (páginas 7 y 8, archivo 01 del expediente digital de dicho despacho judicial):

1.- El señor **JANUARIO PATIÑO PIERNAGORDA,** vinculó mediante contrato laboral con la Empresa Eternit Colombiana S.A., el día 2 de Mayo de 1978.

2.- Mi poderdante se retiró de Eternit Colombiana S.A. el 30 de Marzo de 2003.

3.- La Empresa Eternit Colombiana S. A., extendió la siguiente certificación:"...certifica que **JANUARIO PATIÑO PIERNAGORDA**, con cédula de ciudadanía número 19.230.249, trabajo para esta compañía desde el 30 de Septiembre de 1980 hasta el 4 de Octubre del 2000, siendo su último puesto el de operario, con una asignación básica mensual de $674.111,oo."

4.- Que según la Historia Ocupacional expedida por la empresa Eternit Colombiana S.A., el actor desempeñó los siguientes cargos:

OPERARIO DE ACABADO MOLDAJE: Septiembre 30 de 1980 a Octubre 4 de 2000
Resana y quita asperezas a productos moldeados de asbesto-cemento ya fraguados, usando lija, viruta, lijadora y sierra manual. Hasta aproximadamente al año 1982 se realizó corte especial a canaletas empleado sierra eléctrica, después de esa fecha y hasta la actualidad el corte a la canaleta se hacía con segueta y se le practicaba una zanja con cepillo. Además de terminado a otros productos terminados. **RIESGO POTENCIAL DE EXPOSICION AL ASBESTO,** por permanecer en el área

de producción y por realizar procesos de limpieza y terminado (incluyendo cortes) a productos que lo contienen.

5.- Las actividades desarrolladas por **JANUARIO PATIÑO PIERNAGORDA**, en la empresa Eternit Colombiana S.A., eran altamente nocivas para su salud por haber estado en contacto con materiales y productos como asbesto-cemento y otras sustancias calificadas como cancerígenas, por espacio de 20 años.

6.- El demandante nació el 14 de Abril de 1954, lo cual indica que actualmente cuenta con 54 años de edad.

7.- Para el primero (1º.) de abril de 1994, el actor tenía 40 años de edad, por cuya razón cumple con los requisitos de que habla la Ley 100/93, artículo 36.

8.- El señor **JANUARIO PATIÑO PIERNAGORDA**, solicito al ISS, con fecha 23 de Julio de 2001, el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez, por alto riego, prestación económica que le fue negada por resolución No. 021523 de 24 de Septiembre de 2002, según la entidad demandado por no reunir los requisitos para ser acreedor a la pensión.

9.- El señor **JANUARIO PATIÑO PIERNAGORDA**, interpuso los recurso de reposición y apelación contra la resolución 021523/06, siendo resuelto el recurso de Reposición confirmando la resolución recurrida y concediendo la apelación que no han sido resuelta por el ISS, por lo tanto se ha operado el Silencio Administrativo Negativo.

10- Mi poderdante dirigió un Derecho de Petición al ISS, recibido en esa entidad el 27 de Septiembre de 2007, con el cual insistió sobre el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez, solicitud que hasta la fecha no ha sido respondida, operando el silencio administrativo.

11.- La vía gubernativa se encuentra agotada.

Entre tanto, en la demanda objeto de alzada, se plasmaron 28 hechos (archivo 01, páginas 5 a 8), al siguiente tenor:

1. El Señor **JANUARIO PATIÑO PIERNAGORDA,** nació el día 14 de abril de 1954, contando en la actualidad con 64 años de edad.

2. El actor ostenta la calidad de beneficiario del régimen de transición pensional de conformidad con lo establecido en el sistema general de pensiones.

3. En igual sentido para el 25 de julio de 2005, fecha en que entró a regir el acto legislativo 01 de 2005, el actor acreditaba **7.266** días cotizados, que equivalen a **1.038** semanas.

B. RESPECTO DE LA PENSION OTORGADA:

4. El Instituto de los Seguros Sociales (hoy en liquidación y subrogado de sus obligaciones legales por Colpensiones), mediante resolución **058650 del 4 de diciembre de 2009**, otorgó pensión especial de vejez al Señor **JANUARIO PATIÑO PIERNAGORDA .**

5. La normatividad que adoptó la administradora de pensiones para reconocer la prestación por vejez, fue la contenida en el artículo 15 del decreto 758 de 1990 (acuerdo 049 de 1990).

6. Lo anterior en razón a que el demandante acreditó que laboró expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas derivadas del asbesto por espacio de más de 20 años.

7. El reconocimiento de dicha prestación, solo fue posible mediante Sentencia de fecha 16 de junio de 2009, proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del radicado interno **11001310502220080072500**.

8. En la citada providencia, se condenó a la administradora de pensiones a reconocer y pagar la pensión especial por alto riesgo, a partir del 14 de abril de 2008, con un IBL obtenido del promedio de lo cotizado en las últimas 100 semanas del demandante.

9. Para la administradora de pensiones el promedio establecido arrojo la suma de **$657.898.oo.**

10. El actor adquiere el status pensional en vigencia del sistema general de pensiones (Ley 100 de 1993).

11. El día 8 de agosto de 2016, el asegurado procedió a solicitar a través de reclamación administrativa a la administradora de pensiones, el reconocimiento de una pensión ordinaria de vejez o convalidación de la reconocida por esta prestación.

12. Dicha solicitud tuvo como fundamento, que al ser beneficiario del régimen de transición pensional, la edad, semanas de cotización y monto se adoptaban con fundamento en la norma anterior a la que se encuentra afiliado, sin embargo para efectos de tasar el IBL, este se obtiene del promedio de las cotizaciones efectuadas en sus últimos 10 años.

13. La normatividad que regentaba la situación pensional del actor con anterioridad al sistema general de pensiones, es la contenida en el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 de esa misma anualidad.

14. La norma en comento, establece que el demandante puede acceder a la pensión ordinaria de vejez a la edad de 60 años.

15. En igual sentido, si se adopta el promedio sobre el cual cotizó en sus últimos 10 años, le resulta más favorable, por cuanto en este lapso, los aportes que generaron al sistema, incluyen horas extras que llevan a elevar su asignación de jubilación.

16. De lo anterior se colige que liquidar esta prestación con fundamento en el beneficio de la transición, le resultaba más favorable que la anterior reconocida.

17. La naturaleza de la pensión es de carácter irrenunciable, inalienable e imprescriptible.

D. SOBRE LA RELIQUIDACION DE LA PENSIÓN:

18. En vigencia del sistema general de pensiones, el Ingreso Base de Liquidación (IBL), se obtiene con base en los últimos 10 años anteriores a la adquisición del status pensional actualizado anualmente con base en el IPC certificado por el DANE.

19. Siguiendo el anterior orden de ideas, al señor **PATIÑO PIERNAGORDA**, le hacían falta más de 10 años, para adquirir el derecho a la pensión de vejez, entre el momento en que entró a regir el sistema general de pensiones y la fecha en la que cumplió 60 años.

20. Mi representado acredita sus últimos 10 años de cotización en forma interrumpida, entre el 1 de noviembre de 1990 y el 30 de octubre de 2000.

21. El promedio ponderado anual de cotizaciones que acredita el actor de conformidad con la Historia laboral expedida por Colpensiones y los certificados de sus empleadores, llevan a establecer los siguientes valores:

AÑOS	PROMEDIO DE COTIZACIONES ANUALES
1990	$ 271.000,00
1991	$ 1.420.000,00
1992	$ 1.738.610,00
1993	$ 2.246.690,00
1994	$ 2.650.240,00
1995	$ 4.144.209,00
1996	$ 4.997.090,00
1997	$ 6.054.732,00
1998	$ 7.243.513,00
1999	$ 7.504.517,00
2000	$ 7.817.728,00

22. Los anteriores valores de referencia deben ser actualizados de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor, para efectos de obtener el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años anteriores a la fecha del status pensional, esto es los 60 años de edad, arrojando el siguiente resultado:

FORMULA VH X IPC FINAL / IPC INICIAL				
AÑOS	VH	IPC FINAL	IPC INICIAL	INDEXACION
1990	$ 271.000,00	113,98254	8,28074	$ 3.730.256,90
1991	$ 1.420.000,00	113,98254	10,96102	$ 14.766.438,20
1992	$ 1.738.610,00	113,98254	13,90118	$ 14.255.712,83
1993	$ 2.246.690,00	113,98254	17,39507	$ 14.721.609,20
1994	$ 2.650.240,00	113,98254	21,32774	$ 14.163.765,42
1995	$ 4.144.209,00	113,98254	26,14692	$ 18.065.892,97
1996	$ 4.997.090,00	113,98254	31,23709	$ 18.234.124,38
1997	$ 6.054.732,00	113,98254	37,99651	$ 18.163.082,46
1998	$ 7.243.513,00	113,98254	44,71589	$ 18.463.996,24
1999	$ 7.504.517,00	113,98254	52,18481	$ 16.391.433,80
2000	$ 7.817.728,00	113,98254	57,00236	$ 15.632.414,89
SUMATORIA ANUAL DE COTIZACIONES				$ 166.588.727,30
PROMEDIO ACTUALIZADO DE COTIZACIONES A 2000 (IBL)				$ 1.388.239,39

23. Siguiendo el anterior orden de ideas, el Ingreso Base de Liquidación del actor asciende a la suma de **$1.388.239.39** y a este resultado se le aplica un porcentaje de remplazo o monto del **75%,** por acreditar 1.038 semanas.

24. De la operación anterior se colige que la cuantía inicial de la pensión del demandante debió ser la suma de **$1.041.179.55**, valor que debió reconocer la entidad demandada a partir del **14 de abril 2014,** fecha en la que el actor acreditó 60 años.

25. El Ingreso base de liquidación establecido por la Ley 100 de 1993 en aplicación de los factores constitutivos de salario del actor en sus últimos 10 años, resulta más favorable para liquidar la prestación periódica del asegurado.

26. Al actor le asiste derecho a obtener la reliquidación integral de su pensión de vejez, de conformidad con los principios de irrenunciabilidad, favorabilidad e imprescriptibilidad.

27. Colpensiones mediante resolución GNR 284239 del 26 de septiembre 2016 negó la solicitud presentada por el actor.

28. El requisito de procedibilidad para instaurar la presente demanda se encuentra agotado.

Como se puede observar, en ambos casos las pretensiones se fundamentan en

los mismos hechos, a saber, que ostenta la calidad de beneficiario del régimen de transición pensional al contar a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 con 1038 semanas, que laboró estando expuesto a sustancias comprobadas cancerígenas derivadas del "asbesto" por más de 20 años en la empresa ETERNIT COLOMBIANA S.A. y que la normatividad aplicable a su caso era el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, pudiendo acceder a la pensión de vejez en un tiempo inferior a los 60 años.

Con esto, si bien la demanda que ocupa a la Sala incluye hechos nuevos y relacionados con el reconocimiento pensional que hizo en su momento la demandada Colpensiones a través de la Resolución No. 058650 del 4 de diciembre de 2009 en cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., lo cierto es que los dos escritos demandatorios se fundan en los mismos fundamentos fácticos relacionados con la pensión especial de vejez por alto riesgo la cual le fue reconocida en su momento al señor JANUARIO PATIÑO en virtud de la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá; decisión que valga indicar, no fue objeto de recurso de apelación por el demandante.

c) Identidad de objeto

Sobre este tercer tópico, en la demanda instaurada en el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá radicada bajo el No. 22 2008 00725 00, se plasmaron las siguientes pretensiones (páginas 8 y 9, archivo 01 del expediente digital de dicho despacho judicial):

> **PRIMERA:** Declarar que el señor **JANUARIO PATIÑO PIERNAGORDA**, como afiliado al ISS cotizo para seguridad social en pensiones, mientras laboro en actividades de alto riesgo para su salud en la empresa Eternit Colombiana S.A.
>
> **SEGUNDA:** Declarar que el actor laboró en actividades de alto riesgo para su salud en la empresa Eternit Colombiana S.A. durante 20 años.
>
> **TERCERA:** Declarar que el señor **JANUARIO PATIÑO PIERNAGORDA**, tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez, por alto riesgo, a partir del momento que se hizo exigible.
>
> **CUARTA:** Condenar al Instituto de Seguros Sociales a reconocer, liquidar y pagar a **JANUARIO PATIÑO PIERNAGORDA**, la pensión especial de vejez mensual y

vitalicia a partir de la fecha en que se hizo exigible, con los aumentos legales y mesadas adicionales.

QUINTA: Condenar al Instituto de Seguros Sociales a pagar el valor de los intereses moratorios sobre el valor de las mesadas pensiónales ordinarias y adicionales de junio y diciembre de acuerdo con lo establecido por el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

SEXTA: Los derechos que resultaren probados conforme a las facultades ultra y extrapetita.

SÉPTIMA: Los costos y gastos del proceso.

Ahora, en la demanda objeto de alzada, se elevaron como súplicas ***SUBSIDIARIAS*** (archivo 01, páginas 5 a 8) las que se insertan a continuación. En este punto, valga acotar, el estudio de la Sala se centra únicamente en estas pretensiones, toda vez que la cosa juzgada frente a las "pretensiones principales" no fue objeto de recurso de apelación, pues la misma apoderada del demandante admitió que operaba dicho fenómeno[3].

SUBSIDIARIAS: En el evento que el señor Juez no acceda a las pretensiones principales, respetuosamente solicito tener en cuenta las siguientes:

10. **Declarar** que el demandante tiene derecho por principio de favorabilidad y de progresividad a que se reliquide su pensión de vejez otorgada por Colpensiones, mediante resolución **058650 de diciembre de 2009**, de conformidad con el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, en armonía con los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993.

CONDENATORIAS:

11. **Condenar** a la entidad demandada a reliquidar la pensión del demandante, reconocida mediante resolución **058650 de diciembre de 2009**, a partir del **14 de abril de 1954.**

12. **Condenar** a la entidad demandada al pago del retroactivo pensional que se cause con ocasión del resultado de la reliquidación pensional.

13. **Condenar** a la demandada a pagar las sumas que se reconozcan debidamente indexadas.

14. **Condenar** a la demandada a lo que resulte probado Ultra y Extra-petita.

15. **Condenar** a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho.

Conforme a lo que antecede y según lo señala la sentencia CSJ SL2910-2019, esta identidad de objeto se configura cuando:

---

[3] *En la demanda que cursó en el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso No. 22 2008 00725 00 se solicitó el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por alto riesgo y en la demanda que ocupa a la Sala como pretensiones principales se persigue un nuevo reconocimiento pensional.*

> *"… la demanda versa sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pedido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica, así como sobre los elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.".*

En aplicación de lo expuesto, logra extraer la Sala, en la primera actuación adelantada por el señor JANUARIO PATIÑO PIERNAGORDA, solicitó como pretensión el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por laborar en actividades de alto riesgo en la empresa ETERNIT COLOMBIANA S.A., citando al efecto en los fundamentos de derecho el Decreto 758 de 1990, prestación que fue reconocida en los términos solicitados, aunado, a que en dicho momento se analizó la tasa de reemplazo aplicable, **el IBL (Ingreso Base de Liquidación)**, fecha de causación y reconocimiento pensional, por lo que implícitamente se estudió lo concerniente a los tiempos a tener en cuenta para reliquidar la prestación, esto es, toda la vida laboral o últimos 10 años anteriores al reconocimiento pensional.

Precisamente, la Juez 22 Laboral del Circuito de Bogotá al proferir la sentencia el día 16 de junio de 2009, consideró:

a) El demandante estuvo expuesto a inhalación de partículas y polvo de asbesto, siendo una sustancia cancerígena por un periodo de 20 años.

b) Ingresó a laborar el 30 de septiembre de 1980 al 4 de octubre de 2000 en el cargo de acabado y moldaje.

c) Frente a la edad y semanas cotizadas concluyó que el demandante tenía 1.070 semanas conforme a la relación de semanas allegadas por la pasiva, asistiéndole derecho al reconocimiento pensional desde los 54 años, es decir, a partir del **14 de abril de 2008** (Nació el 14 de abril de 1954 - 320 semanas adicionales a las 1.000/50=6 años menos).

d) En cuanto al monto de la mesada pensional, siendo el punto de debate que le ocupa a esta Sala, al recaer la cosa juzgada sobre la reliquidación pensional, indicó la juzgadora en su momento, que el

> **actor por haber cotizado un total de 1.070 semanas le era aplicable una tasa de reemplazo del 78% del promedio de lo devengado dentro de los últimos 10 años indexado año por año, arrojando un promedio de $657.898 como mesada pensional.**

Como se puede observar, el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., estableció el IBL de la mesada pensional reconocida al demandante sobre lo cotizado en los últimos 10 años anteriores al reconocimiento pensional, según reporte de semanas acreditado en el plenario, punto de controversia que se pretende reabrir en esta litis ya que, el demandante como pretensiones subsidiarias deprecó la reliquidación de la pensión de vejez de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 en armonía con los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, misma normatividad que pretendió en el proceso primigenio fuera aplicada y así lo analizó la juzgadora asignada en su momento, no pudiéndose entonces en esta oportunidad pretender un nuevo análisis respecto al IBL tenido en cuenta para liquidar la prestación económica por Colpensiones, quien además, dio cumplimiento a lo ordenado judicialmente mediante Resolución No. **058650 de diciembre de 2009.**

En punto al recurso de apelación, debe señalar esta Sala, no tiene asidero jurídico el argumento del extremo activo dirigido a que en su momento no se formuló recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., porque el demandante estaba satisfecho o textualmente "*feliz*" por el reconocimiento pensional sumado a que percibió un retroactivo y no vio la necesidad de recurrir la sentencia, ***debiéndose advertir*****,** al tener una defensa técnica y encomendar su caso a un profesional del derecho en dicha época debe sujetarse a las decisiones o actuaciones surtidas en su momento.

Igualmente, resulta desacertado que la parte recurrente alegue que con posterioridad al fallo proferido por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el demandante pudo tener comunicación con un nuevo profesional del derecho, quién analizó el caso y conceptuó que la pensión reconocida no cumplía con los parámetros legales en cuanto a la forma de liquidación, por lo que decidió acudir a través de esta demanda a reclamar una reliquidación de la pensión. Esto, por cuanto el deber del demandante era controvertir la decisión de la Juez que profirió

el fallo (Juzgado 22 ibidem), no pudiendo alegar en esta oportunidad el desconocimiento de la ley y la vulneración al mínimo vital cuando claramente se pretende revivir una controversia que ya fue definida por un Juzgado Laboral, no siendo procedente que nuevamente un Juez de la Republica emita pronunciamiento alguno. En este mismo sentido, sea oportuno indicar que en la audiencia celebrada el 16 de junio de 2009 el apoderado del señor JANUARIO PATIÑO estuvo presente en la audiencia, quién manifestó al serle notificada en ***ESTRADOS*** la sentencia: "***Conforme con la decisión***" (récord 26:58, archivo 04).

Finalmente, no es de recibo el argumento dirigido a que: "*se pretende la reliquidación de una pensión, la cual claramente se encuentra mal liquidada por el juez de su momento, Juzgado 22 Laboral del Circuito, ya que se hizo una liquidación de la pensión que viola el principio de igualdad, siendo inequitativo",* cuando la Juez 22 Laboral del Circuito de Bogotá aplicó la normatividad que regula la pensión especial de vejez por alto riesgo acorde a las semanas que acreditó el actor.

Ante esta situación, debe la Sala remitirse al pronunciamiento dado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral CSJ SL 2375-2022, donde dispuso:

> *"Pues bien, lo primero que debe indicar la Corte, es que para establecer el valor de la mesada pensional a reliquidar en el presente asunto, se tendrá en cuenta la declaración de cosa juzgada adoptada por el a quo frente al Ingreso Base de Liquidación (IBL) de la pensión del accionante, en la medida que en un litigio anterior entre las mismas partes había quedado definido en la cantidad de $810.968, mediante la sentencia dictada el 31 de julio de 2009 por el Juzgado Cuarto Adjunto Laboral del Circuito de Barranquilla y,* ***por ende, no puede ser objeto de examen o modificación en esta nueva contienda judicial, conservándose incólume.***
>
> *(…).*
>
> *En este punto debe tenerse en cuenta que si bien el Ingreso Base de Liquidación debe verificarse «a efectos de descartar alguna afectación del patrimonio de Colpensiones» (CSJ SL2557-2020, rad. 72425), ello no aplica en el presente asunto,* ***por cuanto en el caso del demandante en relación al IBL de su pensión operó la figura jurídica de la cosa juzgada[4]".*** *(Negrilla fuera del texto).*

[4] *CSJ SL1782-2022: "Esta Sala, en sentencia de casación CSJ SL, 17 abr 2013, rad. 38851, se pronunció frente a un caso similar, en los siguientes términos:*

(…) la aspiración de obtener un reajuste de la pensión concedida judicialmente en el proceso anterior, está afectada de cosa juzgada, por cuanto al haberse producido ya una decisión judicial en cuanto a su monto, la misma no sería susceptible de ser planteada de nuevo por la vía ordinaria, mucho menos si se tiene en cuenta que el demandante no recurrió en casación y dejó que tal asunto cobrara firmeza. ".

De lo anterior surge claramente, que existe identidad de partes, causa y objeto, por cuanto si bien el proceso primigenio se instauró para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por alto riesgo, lo cierto es que la pretensión subsidiaria ahora elevada por el actor, se encuentra contenida dentro de la decisión que se adoptó por la jurisdicción en aquella oportunidad, pues se insiste, la Juez 22 Laboral estudio la forma de liquidación de la pensión, aplicando los últimos 10 años y si el actor estaba inconforme debió atacar la providencia.

Así las cosas, la Sala colige con facilidad, que la decisión que adoptó el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá en el primero de los procesos, contiene un pronunciamiento de fondo que **definió la situación jurídica del actor de forma concreta**, que es precisamente lo que busca proteger la cosa juzgada y evitar así un doble estudio y pronunciamiento de fondo atinente a una misma causa (CSJ SL374-2013).

Asimismo, resulta oportuno mencionar, no se desconoce por esta Sala, que los pensionados tienen derecho a solicitar la reliquidación de la mesada pensional, siempre y cuando surjan circunstancias diferentes a las debatidas en un proceso anterior, presupuesto que no se da en este caso ya que el actor cimienta sus anhelos en los mismos hechos y básicamente depreca la reliquidación en una "insatisfacción".

De ésta manera se evidencia la concurrencia de los elementos exigidos por el artículo 303 del C.G.P., es decir, identidad de partes, causa y objeto entre el proceso promovido ante el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá y el presente trámite, que en conjunto traen como efecto ni más ni menos la configuración de la institución jurídica de cosa juzgada, no pudiendo entonces la Sala extraer conclusión diferente a la que arribó el Juez a quo, por lo que sin más consideraciones se prohijara la decisión de primer grado.

Por último, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte del demandante, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual *"se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (…)"*, **sin consideración a su intención,**

razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado al extremo activo de este proceso, lo atinente a derecho es que sea condenado 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 este sentido.

En los términos anteriores, se agota la competencia del Tribunal, y habiéndose arribado a las mismas conclusiones absolutorias halladas por el *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.,** Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

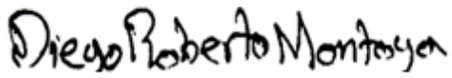
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.160.000, 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

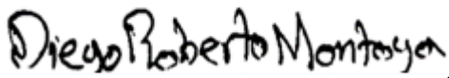
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MIRTHA ISABEL CORREAL CHITIVA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 11 2021 00069 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado ALEJANDRO BAEZ ATEHORTUA como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá DC, el pasado 30 de enero de 2023 (*35AudioAudiencia30.01.2023, récord: 2:58:35),* en la que se resolvió:

*"**"PRIMERO. - DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado el día 31 de octubre de 1994, por la señora Mirta Isabel Correal Chitiva del régimen de prima media con prestación definida administrada por Cajanal E&C hoy liquidado, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la AFP Davivir hoy AFP Protección S.A y su posterior traslado entre administradoras del mismo RAIS, efectuado el 24 de febrero del 2000, cuando se trasladó a la AFP Porvenir S.A.*

***SEGUNDO. - CONDENAR** a las AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de las sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones realizadas por la demandante durante su permanencia en dichas administradoras del RAIS, incluyendo en el caso de Protección de las AFP Davivir y la AFP ING hoy AFP Porvenir S.A., es decir el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias realizadas por la demandante, con sus respectivos rendimientos financieros incluyendo además dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima.*

***TERCERO. - CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones a recibir a la demandante a activar su afiliación al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, y además de recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído.*
***CUARTO. – EXCEPCIONES** declarar las excepciones propuestas por las demandadas se declaran imprósperas.*

***QUINTO. – ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A. a devolver y finiquitar la devolución de los dineros ordenados en este proveído en un término perentorio de 60 días.*

***SEXTO. – COSTAS** sin costas en esta instancia a cargo de ninguna de las demandadas.*

***SEPTIMO. – CONCEDER** el grado jurisdiccional de Consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007".*

Inconforme con la decisión la demandada COLPENSIONES apeló la sentencia[1], manifestando, no desconoce la entidad los pronunciamientos de la Sala Laboral

[1] ***Recurso Colpensiones (récord, 3:02:28): "**Gracias su señoría estando dentro de la oportunidad pertinente, le manifiesto a su despacho que interpongo recurso de apelación contra las sentencias proferidas por su honorable despacho con el fin de que el honorable Tribunal de Distrito Judicial en su Sala Laboral revoque las sentencias proferidas en su integridad, con su autorización procedo a sustentar el recurso o los recursos en los siguientes términos:*

No desconoce la suscrita apoderada Judicial, los pronunciamientos ya conocidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tendientes a declarar la ineficacia de traslado en los procesos que nos convocan el día de hoy. Sin embargo, me permito respetuosamente apartarme de sus pronunciamientos y señalar que dentro de los dos casos que nos convocan en la presente diligencia existe una prohibición legal, ya que al momento de solicitar el retorno del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media, tanto la señora Mirtha Isabel Correal Chitiva y el señor José Ignacio Rodríguez Gaona se encontraban inmersos dentro de la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, pues se encontraban a menos de 10 años de adquirir la edad para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media esa prohibición, no es solo un arbitrio del legislador, sino que lo que busca es proteger el derecho a acceder a una pensión de vejez de aquellas personas que sí se encuentran afiliadas al régimen de prima media y que se les ha tenido o se les ha proyectado su prestación pensional en virtud del cálculo actuarial y de los aportes que realiza la nación a efectos de financiar estas pensiones, reconocer o permitir que una persona que no ha realizado cotizaciones al régimen de prima media y que no ha tenido la administración un estudio que no lo tiene en cuenta a efectos de determinar su eventual mesada pensional, se traslade al régimen de prima media, pues menoscaba, el derecho a la equidad de igualdad respecto a estos afiliados que si han realizado cotizaciones al sistema general de pensiones del régimen de prima media.

Adicionalmente discrepa, esta apoderada judicial, de las sentencias aquí recurridas en cuanto al deber de información con el que contaban las administradoras de fondos privados, al momento de la vinculación

de la Corte Suprema de Justicia, tendientes a declarar la ineficacia de traslado en los procesos que nos convocan el día de hoy. Sin embargo, en este caso existe una prohibición legal, ya que al momento de solicitar el retorno del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media, la

---

inicial de los aquí demandantes. Nótese que, por un lado, respecto del caso de la señora Mirta Isabel Chitiva, cuyo traslado se dio en el año 1994 con la AFP DAVIVIR Y PROTECCIÓN, la demandante ni siquiera recuerda haber suscrito este formulario de vinculación, ni siquiera recuerdo haber tenido un asesor de la AFP que le suministrara esta información, por lo tanto, pues esta obligación inclusive no recaería sobre la administradora, sino sobre la afiliada en solicitar información respecto a qué régimen pensional se encontraba afiliada.

Aunado a lo anterior, es importante precisar que la Corte Suprema, utilizada como norma para la aplicación del deber de información, el decreto 663 de 1993, sin embargo, pues este, como es de conocimiento general, se materializó solo con la expedición de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015 y en ese orden de ideas, pues al año 1994 y 1998 resultaba imposible para las administradoras de fondos contar con una prueba adicional, al formulario de vinculación para soportar que efectivamente se le brindó una asesoría idónea al potencial afiliado. También, es importante precisar que, eso pues en caso de la ineficacia del traslado, y pues que también el afiliado contaba con la obligación como un consumidor financiero de constatar, tanto sus saldos, y toda la información adicional respecto de la vinculación con los fondos de pensión privados.
Aunado lo anterior, se señala que en ese proceso, pues no existe en el caso de la señora Mirtha Isabel una prueba que permita acreditar que efectivamente, existe un vicio en el consentimiento y en el caso del señor José Ignacio Rodríguez, pues se logró demostrar un vicio consigue consistente en la fuerza por parte de ocupación de su empleador, tendiente a la suscripción de formulario y vinculación con la AFP PORVENIR sin embargo, pues se señala que el demandante no alegó este vicio dentro del término que señala el artículo 1750 del Código Civil, norma que señale el plazo para pedir la recesión, esto después, dentro de los 4 años siguientes a la suscripción del documento en este caso el formulario de vinculación que data para el año 1998.

También señala que, dentro del presente caso, no se pronuncia el despacho respecto a lo tendiente en el caso de la señora Mirtha Isabel Correa Chitiva, pues ella no acredita los supuestos legales para que se declare esta ineficacia, pues la vinculación efectuada al RAIS en el año 94 al suscribir este formulario de vinculación con la AFP PROTECCIÓN, obedece a una vinculación inicial y no un traslado de régimen como se pretende o como se declaró dentro del presente proceso lo anterior, y tal como lo señalé, dentro en las alegaciones finales, si bien es cierto la demandante estuvo vinculada con el (…) Instituto de los Seguros Sociales desde el 1° de abril del 78 hasta el 25 de julio del 88, lo cierto es que después de esta última fecha continuó inactiva en el sistema, durante y después de la expedición de la Ley 793, que introdujo la existencia de estos dos regímenes pensionales, de los cuales cada afiliado está en la libertad de elegir libremente el de su preferencia y por lo tanto sabemos que aquella vinculación que hizo la señora Correal Chivita en el año 1994 la AFP PROTECCIÓN corresponde una elección inicial pues es darle manifestar que la demandante eligió el régimen en el año 82 cuando se afilió al ISS, ya que para esta fecha no coexistían ambos regímenes pensionales siendo así que solo hasta después de la expedición del estatuto general de seguridad social se tiene en cuenta que la demandante estuvo aquí inactiva hasta febrero del 2000, fecha en la cual inició su vinculación con la AFP PORVENIR, lo anterior tiene sustento lo señalado por el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en procesos a radicación 11001310500520170022301 cuyo magistrado ponente es el doctor Luis Carlos González en donde la Sala en un caso de similares características manifiesta que en este tipo de procesos no puede alegarse una ineficacia de traslado dado que lo que realmente ocurrió fue una elección inicial de régimen pensional y por tanto no hay lugar a la declaratoria de ineficacia ya que los efectos de estas declaraciones o regresar las cosas a su estado inicial el cual no puede ser retornar al RPM porque pues no había sido elegido inicialmente ese régimen pues no existía.

En consecuencia, pues ruego al Honorable Tribunal se revoque la condena impartida en contra de mi representada teniendo en cuenta pues que no se lograron acreditar vicios del consentimiento tampoco adolece alguna circunstancia que permita declarar la ineficacia del traslado pues no se demostró por parte de las aquí accionantes o de las de aquí accionantes que las entidades hayan omitido, el deber de información pues para la fecha en que se efectuaron los traslados solo existía y como obligación legal suscribir el formulario de vinculación, en los anteriores términos dejó sustentado sustentados mis recursos de apelación solicitando a los honorables magistrados nuevamente se revoquen en su integridad las sentencias Así mismo, solicito se estudien en grado jurisdiccional de consulta y se absuelva a mi representada en la totalidad de pretensiones".

s

señora Mirtha Isabel Correal Chitiva se encontraba inmersa dentro de la prohibición legal contemplada en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues se encontraba a menos de 10 años de adquirir la edad para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media, no es solo un arbitrio del legislador, sino que lo que busca es proteger el derecho a acceder a una pensión de vejez de aquellas personas que sí se encuentran afiliadas al régimen de prima media y han proyectado su prestación pensional en virtud del cálculo actuarial y de los aportes que realiza la nación a efectos de financiar estas pensiones, reconocer o permitir que una persona que no ha realizado cotizaciones al régimen de prima media se traslade al régimen de prima media menoscaba el derecho a la equidad e igualdad respecto a estos afiliados que si han realizado cotizaciones al sistema general de pensiones del régimen de prima media.

Adicionalmente, argumentó, la señora Mirta Isabel Chitiva, cuyo traslado se dio en el año 1994 con PROTECCIÓN, la demandante ni siquiera recuerda haber suscrito este formulario de vinculación, haber tenido un asesor de la AFP que le suministrara la información, por lo tanto, pues esta obligación inclusive no recaería sobre la administradora, sino sobre la afiliada en solicitar información respecto a qué régimen pensional se encontraba afiliada.

Aunado a lo anterior, señaló, la Corte Suprema utiliza como norma para la aplicación del deber de información el Decreto 663 de 1993, sin embargo, como es de conocimiento general, se materializó solo con la expedición de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015 y en ese orden de ideas, en el año 1994 y 1998 resultaba imposible para las administradoras de fondos contaran con una prueba adicional, al formulario de vinculación para soportar que efectivamente se le brindó una asesoría idónea al potencial afiliado. Agregó, la afiliada contaba con la obligación como consumidora financiera de constatar, tanto sus saldos, y toda la información adicional respecto de la vinculación con los fondos de pensión privados. En su sentir, no existe en el caso de la señora Mirtha Isabel una prueba que permita acreditar que efectivamente existió un vicio en el consentimiento consistente en la fuerza tendiente a la suscripción de formulario y vinculación con la AFP.

La señora Mirtha Isabel Correa Chitiva no acredita los supuestos legales para que se declare esta ineficacia, pues la vinculación efectuada al RAIS en el año 1994 al suscribir el formulario de vinculación con la AFP PROTECCIÓN,

obedece a una vinculación inicial y no un traslado de régimen como se pretende o como se declaró dentro del presente proceso, si bien es cierto la demandante estuvo vinculada con el Instituto de los Seguros Sociales desde el 1° de abril de 1978 hasta el 25 de julio de 1988, lo cierto es que después de esta última fecha continuó inactiva en el sistema, durante y después de la expedición de la Ley 797, por lo tanto aquella vinculación que hizo la señora Correal Chivita en el año 1994 la AFP PROTECCIÓN corresponde una elección inicial, habiendo elegido el régimen en el año 1982 cuando se afilió al ISS, ya que para esa fecha no coexistían ambos regímenes pensionales siendo así que solo hasta después de la expedición del estatuto general de seguridad social se tiene en cuenta que la demandante estuvo inactiva hasta febrero del 2000, fecha en la cual inició su vinculación con la AFP PORVENIR, lo anterior tiene sustento lo señalado por el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en procesos a radicación 11001310500520170022301 cuyo magistrado ponente es el doctor Luis Carlos González en donde la Sala en un caso de similares características manifiesta que en este tipo de procesos no puede alegarse una ineficacia de traslado dado que lo que realmente ocurrió fue una elección inicial de régimen pensional y por tanto no hay lugar a la declaratoria de ineficacia ya que los efectos de estas declaraciones o regresar las cosas a su estado inicial el cual no puede ser retornar al RPM porque no había sido elegido inicialmente ese régimen.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*páginas 1 y 2, archivo 01),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en la subsanación de la demanda (*página 2, archivo 06),* aspirando se declare:

1. DECLARATIVAS:

1.1. Declarar la ineficacia de la afiliación existente entre la Administradora de Fondo de pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la señora Mirtha Isabel Correal Chitiva, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.775.562 de Bogotá, en virtud del incumplimiento con el deber de información en que incurrió la entidad, teniendo en cuenta que tanto en la etapa precontractual, como en el momento de la ejecución del contrato, se le ocultó información sobre los riesgos que debía asumir cuando suscribió el formulario de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., específicamente el hecho de no haberle informado que el valor de su mesada pensional podría ser inferior a la que recibiría en COLPENSIONES.

1.2. Declarar que la AFP Porvenir incurrió en omisión y/o incumplimiento con el deber de información que tienen las entidades financieras con relación a la comunicación a la afiliada de todos los beneficios y desventajas que se tienen en el Régimen de Ahorro Individual.

1.3. Declarar la ineficacia del traslado de Administradora de Fondo de pensiones y/o traslado de régimen pensional, realizado y promovido por PORVENIR S.A., a favor de Mirtha Isabel Correal Chitiva, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.775.562 de Bogotá; efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) - Instituto de los seguros Sociales (ISS), hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) - Porvenir S.A., en virtud del incumplimiento con el deber de información aludido en el numeral anterior.

1.4. Como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, establecer que la demandante nunca dejó de pertenecer al régimen de prima media con prestación definida, y que en ningún momento perdió solución de continuidad en su afiliación con el régimen público de pensiones.

1.5. Declarar que la señora Mirtha Isabel Correal Chitiva, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.775.562 de Bogotá, se encuentra válidamente afiliada a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y que en consecuencia nunca dejó de pertenecer al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD).

2. CONDENATORIAS:

2.1. Que como consecuencia de la anterior omisión al deber de información, se condene a la Administradora de Fondos de pensiones y Cesantías Porvenir S.A., como administradora de pensiones en la cual se encuentra actualmente afiliada la señora Mirtha Isabel Correal Chitiva, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.775.562 de Bogotá; a la ineficacia de la afiliación y traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

2.2. Que como consecuencia de la ineficacia y/o invalidación de la vinculación, se condene a la Administradora de Fondo de pensiones PORVENIR S.A., a trasladar las sumas y/o aportes pensionales cotizados por la demandante en el Régimen de Ahorro Individual, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cabeza de COLPENSIONES.

2.3. Que como consecuencia de dicho traslado se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a aceptar dichos aportes y a registrar a la Mirtha Isabel Correal Chitiva, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.775.562 de Bogotá, como su afiliada.

2.4. Que se condene a las entidades demandadas al pago de las costas procesales y las agencias en derecho.

2.5. Que se condene a las pretensiones extra y ultrapetita que sean probadas durante el proceso.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado el día 31 de octubre de 1994, por la señora Mirta Isabel Correal Chitiva del régimen de prima media con prestación definida administrada por Cajanal hoy liquidada, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la AFP Davivir hoy AFP Protección S.A y su posterior traslado entre administradoras del mismo RAIS, efectuado el 24 de febrero del 2000, se condenó a las AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de las sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones realizadas por la demandante durante su permanencia en dichas administradoras del RAIS, incluyendo en el caso de Protección de las AFP Davivir y la AFP ING hoy AFP Porvenir S.A., el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias realizadas por la demandante, con sus respectivos rendimientos financieros incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima,

se condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones a recibir a la demandante y activar su afiliación al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, y además de recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído. **Lo anterior tras considerar que,** con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias de su traslado,

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[2].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 30 de septiembre de 1960 *(página 193, archivo 11),* por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 23 de noviembre de 2020 (*páginas 1 a 16 y 17 a 27 del archivo 02 del expediente digital),* esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional y de otra parte, dentro del plenario no se acreditó que contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994[3], pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con **306,7** semanas de servicio prestado por lo que no se encontraba

---

[2] *En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".*

[3] *Se encontraba laborando para el Instituto Nacional de Vías -INVIAS- en el cargo de Secretaria Ejecutiva Grado 15, conforme lo indicó en el interrogatorio de parte recepcionado en audiencia del 30 de enero de 2023.*

en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.[4]

Reporte de semanas cotizadas desde el 11 de abril de 1978 al 31 de marzo de 1994 (página 33, archivo 02):

Semanas cotizadas en las Entidades Públicas

Tipo	N° Identificación	Razón Social del Empleador	Historia Laboral reportada en el sistema de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda (OBP)			
			Periodo Inicial Día/Mes/Año	Periodo Final Día/Mes/Año	Días Cotizados	Estado del aporte
PAT	1006117932	PRODUCTOS AGRIPPA LTDA	11/04/1978	25/01/1979	290	
PAT	1002801397	PAPELES Y EQUIPOS LTDA	26/03/1979	01/05/1979	37	
PAT	1003301165	INCOLBESTOS S A	21/11/1983	15/01/1984	56	
PAT	1008222389	EXPERTOS LTDA	31/10/1986	15/04/1987	167	
PAT	1008222389	EXPERTOS LTDA	30/11/1987	30/12/1987	31	
PAT	1008229917	CIA.NAL DE SEVICIOS TEMPORA	19/07/1988	25/07/1988	7	
NIT	908800215809	MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE.	26/12/1989	23/12/1991	728	
NIT	908800215809	MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE.	25/12/1991	31/05/1992	159	
NIT	908800215809	MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE.	01/06/1992	31/12/1993	579	
NIT	800215807	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS	01/01/1994	31/03/1994	90	

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 **31 de octubre de 1994** con fecha de efectividad a partir del **1º de noviembre de 1994** (página 80, archivo 13), específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación (página 29, archivo 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

---

[4] ***Naturaleza Jurídica INVIAS:*** *El Instituto Nacional de Vías inició labores el primero de enero de 1994 mediante el Decreto 2171 del 30 de diciembre de 1992, que creó un* ***establecimiento público del orden nacional,*** *con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Transporte, que tuviera como objetivo ejecutar las políticas y proyectos relacionados con la infraestructura vial a cargo de la Nación.*

Durante el fortalecimiento del sector transporte INVIAS también asumió nuevas funciones y su estructura interna cambió con los Decretos N° 2056 y 2067 del 24 de julio de 2003. Como organismo adscrito al Ministerio de Transporte, el Instituto Nacional de Vías pertenece a la Rama Ejecutiva.

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 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

---

[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

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*

---

proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen 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] ***Interrogatorio Demandante, 49:30 archivo 35****: "Tengo 65 años, Soy empleada oficial, trabajo en INVIAS, EN 1994 yo estaba en INVIAS, yo inicié en el año 1989, quedé vinculada en la parte de INVIAS, tengo la calidad de trabajadora oficial, creo. No lo tengo claro, yo estaba afiliada a CAJANAL ante de trasladarme a la AFP privada, no recuerdo trasladarme a PROTECCIÓN, yo tuve fue con Porvenir, no lo tengo claro, el motivo del traslado fue por mejores condiciones de pensión que daba el fondo privado, el único traslado que yo recuerde es Colpensiones a Porvenir, el anterior no, un formulario a ING, el formulario que obra en el expediente si es mi firma, en fecha 31 de octubre de 1994 si es la misma, el apoderado me dijo que el traslado se daba de Porvenir, me entero que también fue Protección, el anterior no lo recuerdo, nunca tuve ninguna relación con Protección, me trasladé a Porvenir porque supuestamente me estaba trasladando de Colpensiones Porvenir, lo fue porque nos pintaron una maravilla como futuros pensionados, que la pensión iba a ser mejor, fue por eso que me trasladé, nos hablaron sobre beneficios a la familia, herederos, unas condiciones nuevas u diferentes para los futuros pensionados, que heredaba cualquier pariente como mi hijo, el valor mensual iba a ser mejor remunerado que Colpensiones, no estoy conforme con Porvenir, las condiciones son mejor en Colpensiones por mesadas, eso me motiva a devolverme a Colpensiones tengo una mejor pensión con Colpensiones que con el fondo privado, sobre el monto del capital no explicaron, no fueron claras las condiciones solo hasta hace poco que me explicó el Abogado, nunca me explicaron beneficios, no me dijeron cuánto dinero necesitaba, solo mandaban asesores y llegaban al escritorio de uno y ya, no explicaban nada, solo llevaban el formulario y ya, no daban información sino básica, debo tener la edad y cierto número de semanas, hubo mucha competencias entre los mismos fondos privados, mi pensamiento era que con el estado estaba más segura pero luego dijeron que estaba en crisis, no solicité mi pensión".*

implicaciones de su traslado de régimen, pues frente a la AFP Protección S.A. no recordó situaciones de tiempo, modo y lugar, sin embargo, reconoció su firma en el formulario. Ahora, con relación a la AFP PORVENIR S.A, sin que tenga mayor trascendencia al haberse efectuado con anterioridad el traslado de régimen (**1994**), manifestó que el asesor le aseguró que el Seguro Social se iba a acabar, y que no recibió información respecto a las características y ventajas del régimen, precisó, se le informó que podía tener una pensión más alta en el fondo privado y pensionarse sin restricción alguna a la edad deseada, adicionalmente, le informaron, la pensión seria heredable sin limitaciones.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. (Página 29, archivo 21*),* 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 S.A. proporcionará a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora PROTECCIÓN S.A. no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la

Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
> *...*
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y*

voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año **1994**, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PROTECCIÓN S.A. estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN S.A., omitió en el momento del traslado de régimen **(31 de octubre de 1994 con fecha de efectividad 1º de noviembre de 1994),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han

quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP, en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual según se observa en el historial de vinculación, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio (página 31, archivo 02).

Frente al de traslado a diversas AFP memórense los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, aquel con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y más recientemente la sentencia CSJ SL1055-2022 radicación 87911 de 2 de marzo de 2022, última en la cual se indicó:

> *«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*
>
> *De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la*

> *perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.*
>
> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*
>
> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias».*

Así también se reiteró en la sentencia CSJ SL2379-2022:

> *«De otra parte, hay que resaltar que* ***los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS****. De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión».*
>
> *En este sentido, se indicó que «los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente* ***porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz****, el cual no puede sanearse como la nulidad»* (Negrillas y subrayas de la Sala).

Bajo tal orientación, en tratándose de la ineficacia del traslado, como ya se anotó, no resulta relevante los traslados efectuados por el afiliado dentro del mismo régimen.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A., como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, la Sala adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán retornar además de lo anterior, las **primas de**

seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[8] y las comisiones, todo debidamente indexado con cargo a sus propias utilidades[9], por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

> *«(…)*
> *De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional* ***deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor,*** *sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil.* ***En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»*****.**

Asimismo, se adicionará la decisión de primer grado en aras de disponer que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Ahora, con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> *"****Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***

[8] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[9] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***"7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor."* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Ahora, en punto al recurso de apelación de Colpensiones, relacionado con el hecho de que la actora antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a CAJANAL (páginas 29, archivo 21 - formulario vinculación PROTECCIÓN S.A.), basta con indicar, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende, siendo la accionante afiliada a dicha Caja de Previsión Social, que continuo después de la vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993), afiliada al régimen de prima media con prestación definida, destacando, incluso con posterioridad en el Decreto 2196 de 2009, mediante el cual se dispuso la liquidación de Cajanal, se estableció de forma expresa en su

artículo 4[10] que los afiliados cotizantes, debían ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, es decir, siendo Colpensiones la única administradora del régimen de prima media, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación de la demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado de régimen, máxime teniendo en cuenta, la UGPP conforme el artículo 3[11] de la misma disposición normativa, al liquidarse Cajanal, únicamente asumió la administración de la nómina de pensionados, mas no la afiliación de los cotizantes.

Igualmente, debe advertirse la demandante desde su vinculación al extinto ISS y posterior traslado a CAJANAL nunca estuvo inactiva como lo adujo la entidad recurrente, nótese de la historia laboral de semanas cotizadas por Colpensiones que efectuó cotizaciones entre el 11 de abril de 1978 al 25 de julio de 1988 y con posterioridad estuvo en CAJANAL hasta la fecha del traslado siendo efectiva el 1º de noviembre de 1994 (página 259, archivo 11), así:

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1006117932	PRODUCTOS AGRIPPA LT	11/04/1978	25/01/1979	$3.300	41,43	0,00	0,00	41,43
1002801397	PAPELES Y EQUIPOS LT	26/03/1979	01/05/1979	$4.410	5,29	0,00	0,00	5,29
1003301165	INCOLBESTOS S A	21/11/1983	15/01/1984	$17.790	8,00	0,00	0,00	8,00
1008222389	EXPERTOS LTDA	31/10/1986	15/04/1987	$30.150	23,86	0,00	0,00	23,86
1008222389	EXPERTOS LTDA	30/11/1987	30/12/1987	$30.150	4,43	0,00	0,00	4,43
1008229917	CIA.NAL DE SEVICIOS	19/07/1988	25/07/1988	$47.370	1,00	0,00	0,00	1,00
					[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 84,00			
					[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 " "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"): 0,00			

Aunado a ello, del reporte de semanas arrimado por la actual administradora de pensiones -PORVENIR S.A.- se puede extraer que la demandante con posterioridad al 25 de julio de 1988 siguió efectuando cotizaciones por parte del Ministerio de Obras Públicas y Transporte e Instituto Nacional de Vías -INVIAS- retomando las mismas el 26 de diciembre de 1989, incluso, en la actualidad la

[10] *"ARTÍCULO 4o. DEL TRASLADO DE AFILIADOS. La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS. Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado."*

[11] *"(...) de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente, Cajanal, EICE, en liquidación continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, creada por la Ley 1151 de 2007 (...)".*

demandante sigue laborando en dicha entidad tal como lo puso en conocimiento en el interrogatorio de parte recepcionado por el *a quo* (página 107, archivo 13), no asistiéndole razón a la recurrente en este aspecto, pues nunca se desvinculó y efectuó cotizaciones hasta el año 2000 cuando efectuó el traslado horizontal a la AFP PORVENIR S.A.:

Semanas cotizadas en las Entidades Públicas

Tipo	Nº Identificación	Razón Social del Empleador	Historia Laboral reportada en el sistema de bonos pensionales del Ministerio de Haciendo (OBPI			
			Periodo Inicial Día/Mes/Año	Periodo Final Día/Mes/Año	Días Cotizados	Estado del aporte
PAT	1006117932	PRODUCTOS AGRIPPA LTDA	11/04/1978	25/01/1979	290	
PAT	1002801397	PAPELES Y EQUIPOS LTDA	26/03/1979	01/05/1979	37	
PAT	1003301165	INCOLBESTOS S A	21/11/1983	15/01/1984	56	
PAT	1008222389	EXPERTOS LTDA	31/10/1986	15/04/1987	167	
PAT	1008222389	EXPERTOS LTDA	30/11/1987	30/12/1987	31	
PAT	1008229917	CIA.NAL DE SEVICIOS TEMPORA	19/07/1988	25/07/1988	7	
NIT	908800215809	MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE.	26/12/1989	23/12/1991	728	
NIT	908800215809	MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE.	25/12/1991	31/05/1992	159	
NIT	908800215809	MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE.	01/06/1992	31/12/1993	579	
NIT	800215807	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS	01/01/1994	31/03/1994	90	
NIT	800215807	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS	01/04/1994	30/04/1994	30	
NIT	800215807	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS	01/05/1994	31/05/1994	31	
NIT	800215807	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS	01/06/1994	30/06/1994	30	
NIT	800215807	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS	01/07/1994	31/07/1994	31	
NIT	800215807	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS	01/08/1994	31/08/1994	31	
NIT	800215807	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS	01/09/1994	30/09/1994	30	
NIT	800215807	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS	01/10/1994	30/10/1994	30	

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Igualmente, es dable advertir 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).

Es de advertir a COLPENSIONES en punto a su apelación, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de esta Corporación no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

En lo relativo a la excepción de prescripción formulada por Colpensiones *(fls. 32 y 33 archivo 11 expediente digital)*[12]*,* -entidad a favor de quien se surte la Consulta-*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por ésta encartada, acogiendo la Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

---

[12] *Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 06 de mayo de 2022, archivo 18 expediente digital.*

"…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 adicionarán conforme a lo expuesto y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C**., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN**

S.A, devolver a **COLPENSIONES** además de los rendimientos, gastos de administración y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, **las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esas administradoras, conforme lo considerado.

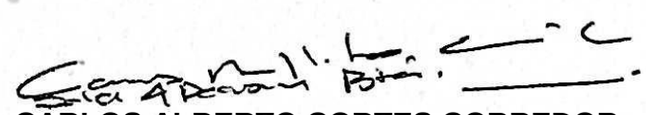
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

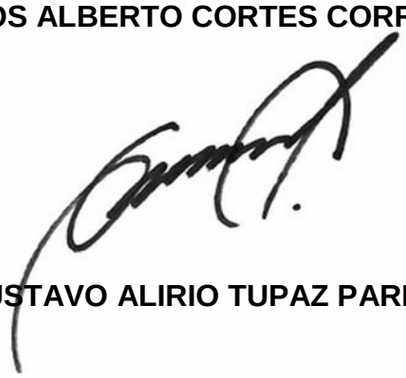
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JAIRO PEÑARANDA CARRERO CONTRA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DIABETES (RAD. 12 2020 00265 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 13 numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de marzo del 2023 (*Audiencia virtual, archivo 39AudioAudienciaVirtualParte8, récord 25:08)*, en la que se resolvió:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DIABETES** de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **JAIRO PEÑARANDA CARRERO,** conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia, a cargo del demandante, inclúyase como agencias en derecho la suma de $600.000 pesos.*
>
> ***TERCERO:** en caso de no ser apelada, la presente decisión por el accionante remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a su favor.".*

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación[1], argumentando, en la carta de terminación del contrato se hace

[1] ***Recurso Demandante (récord: 26:10): "**Gracias su señoría, este apoderado ha escuchado atentamente su exposición y dentro de ella, observa, que en sus argumentos menciona que en la carta de terminación de*

mención de una investigación exhaustiva, no entendiéndose a qué se refiere este tipo de "investigación", porque el término es muy profundo y no hay lugar a ello cuando no existe un dictamen forense, que diga que el demandante es el culpable y no auditoria realizada por la empresa.

Igualmente relató, el Banco argumenta que Jairo Peñaranda es operador y autorizador del token, siendo incorrecto porque él no era operador, siendo solo "autorizador", es decir, no realizaba ni manipulaba transacciones. También la *a quo* indicó que se realizaron controles internos sin que aparezca un dictamen forense que demuestre quién investigó y aparte de eso, adujo que existen estudios forenses, los cuáles no han sido puestos en conocimiento de dicho extremo procesal.

Añadió, no es posible que se diera por terminado el contrato de trabajo, fundamentando la decisión en el señalamiento de un tercero que es el banco,

---

contrato, que se le presenta a Jair, por parte de la parte aquí demandada, dice que realizaron una investigación exhaustiva, no entiendo qué es para ellos, "una investigación exhaustiva" porque el termino, es muy profundo y por consiguiente no podría haber hecho eso cuando no le presentan un dictamen forense, cuando digan, oiga, usted fue el culpable de esto, no una auditoría interna y externa.

Igualmente, su señoría, dentro de su exposición, dice que el banco, dice, argumenta, razona, señala que el responsable es la entidad, en este caso, pues el responsable de la autorización era ***JAIRO PEÑARANDA****. Igualmente, dice su señoría, pues que el banco argumenta que Jairo es operador y autorizador, y eso es un argumento y una señal de parte del banco que no es cierta porque él no era operador, él es, sencillamente autorizador, y el, no, realizaba, no manipulaba las operaciones.*

También se argumenta a través de su señoría cuando dice que se realizaron controles internos por parte de la entidad, entonces no se evidencia ese informe y no aparece un dictamen forense como se debe tener por parte de la persona que investigó y aparte de eso, su señoría termina diciendo en su argumento que hay unos, unos estudios forenses y los en eso nunca los hemos conocido y eso para ese tipo de información, nosotros no los conocemos, no los conocemos y no hay evidencia de que hayan hecho estudios.

Ahora bien, su señoría, con respecto a su decisión, el apoderado de la parte actora, con el respeto que se merece su honorable despacho, presenta recurso de apelación en el sentido de que no es posible que se tome una decisión en derecho cuando la terminación del contrato no lo hizo la empresa esto es, lo firmó la empresa, pero lo hizo fundamentado en el señalamiento de un tercero, que es el banco y el banco es el que ahí dice, ustedes son responsables y la responsabilidad es evidente y su señoría lo argumentado de que, Jairo era el autorizador, era el autorizador, pero no el operador, por consiguiente, la responsable era la empresa, la empresa y pues para el banco, el autorizador, el vínculo, la articulación que había entre la empresa y el banco era el funcionario Jairo Peñaranda, por lo tanto, ese señalamiento y a dónde va la inconformidad de6 este apoderado, su señoría es que, el contrato no lo terminó la empresa por investigaciones, por razones, por demostración, por certeza de la empresa como tal, sino porque sencillamente, el banco señala que los responsables son ellos y por consiguiente la empresa, dentro de la sociedad, con la prepotencia y el poder, termina el contrato y termina el contrato de la de quien es, es en materia ¿y quién es el trabajador? en este caso, Jairo Peñaranda.

Entonces, su señoría, con el respeto que usted se merece, le solicito, conceder el recurso de apelación y ordenar que se dé traslado toda la información para que, en segunda instancia, se proceda analizar en derecho, incluso tener en cuenta la respuesta que dio el banco en forma coherente y certera las razones por las cuales ellos reintegraron el dinero".

cuando la entidad financiera informó que la empresa es responsable de la articulación que había al interior de la sociedad, siendo viable concluir, el contrato no lo terminó la empresa por investigaciones sino porque el banco señala que los responsables son los de la empresa y por ende, solicitó tener en cuenta la respuesta que dio el banco en forma coherente y certera, así como las razones por las cuales reintegraron el dinero.

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 PEÑARANDA CARRERO en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones consignadas en la demanda páginas 2 a 3 (Archivo 01 expediente virtual), **los cuales encuentran sustento en los hechos relatados en las páginas 1 a 2 (ibidem)**, solicitando de manera principal se declare que La Asociación Colombiana de Diabetes dio por terminado el contrato laboral y sin justa causa, que no le probó omisión alguna en sus funciones, que solo pagó las prestaciones sociales hasta el 14 de mayo de 2020, es decir, 24 días después de dar por terminado el contrato laboral, por lo que tiene derecho a ser indemnizado por la terminación del contrato laboral sin justa causa y el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, lo que se encuentre probado extra y ultra petita y pago de costas procesales y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante**, tras considerar la *a quo*, la empresa enjuiciada acreditó la justa causa endilgada al demandante, pues quedó probado que el señor Jairo Peñaranda tenía a su cargo una responsabilidad inherente a la custodia del token con el fin de que autorizara las transacciones bancarias, siendo desde dicho token donde se autorizaron las 2 transacciones por valor de $204.420.040, transferencias que además, se consolidaron desde el mismo IP habitual de la empresa, tal como lo analizó la entidad financiera. En su sentir las transacciones se aprobaron desde el token del demandante, y si bien, no se encuentra probado que el actor participó directa o indirectamente, lo cierto es que, sí incumplió con el deber de custodia del token, faltando a las obligaciones del artículo 62 del C.S.T., siendo una falta grave previamente calificada por las partes.

Pues bien, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en los puntos concretos objeto de censura, dirigidos únicamente a la indemnización por despido sin justa causa, 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, no fue motivo de controversia la existencia de la relación laboral entre las partes, pues tal como lo determinó la juzgadora de primer grado, la relación laboral mediante contrato de trabajo a término indefinido inició el 1º de abril de 2000 y culminó el 17 de abril de 2020, circunstancias que además de no ser objeto de apelación, se constatan con la copia del contrato, liquidación final de prestaciones y la misiva del despido (archivo 07, páginas 26, 27, 45 a 49).

En esa dirección, en lo que corresponde al despido, 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, al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa.[2]

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

---

[2] *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…"*

por terminado el contrato de trabajo, concretamente, si el actor incurrió en el incumplimiento de sus obligaciones en el cargo de Contador Público, derivado de las 2 transacciones efectuadas el día 6 y 10 de septiembre de 2019 por valores de $105.858.257 y $98.561.783 para un total de **$204.420.040**, operaciones que se llevaron a cabo empleando el token "*autorizador*", el cual era de uso exclusivo y custodia del demandante.

De tal suerte, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada, en comunicación calendada del 15 de abril de 2020 (*páginas 45 a 47, Archivo 07 y archivo 01 del expediente virtual*), de la que se tiene certeza fue entregada por la demandada al accionante, dado que así se expuso en los hechos del libelo introductor (*hecho 2, pág. 01, Archivo 1 expediente virtual),* misiva en la que señaló como justa causa del despido la siguiente:

ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DIABETES
MIEMBRO DE LA FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DIABETES
Centro de Referencia a nivel nacional e internacional de la Diabetes y sus complicaciones
NIT. 860.053.578-2

Bogotá, D.C., abril 15 del 2020

Señor
JAIRO PEÑARANDA CARRERO
Ciudad.

REF: Terminación de contrato con justa causa

Respetado señor Peñaranda:

ASODIABETES ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa a partir de la fecha de esta comunicación en razón a los graves incumplimientos en los que ha incurrido respecto sus obligaciones laborales en desempeño del cargo de Contador Público.

Lo anterior se deriva de la situación que se presentó los días seis (6) y diez (10) de septiembre del año dos mil diecinueve (2019) cuando de la cuenta bancaria No. 26500327702 que la Asociación tiene con la entidad Banco Caja Social se realizaron dos transacciones no autorizadas, a título de una supuesta dispersión de nómina, mediante las cuales se transfirieron a un total de $204.420.040 cuentas indeterminadas sumas de dinero de propiedad de la Asociación por valor de $105.858.257 y $98.561.783, respectivamente para cada una de las fechas señaladas, arrojando un total diferido injustificadamente de nuestra cuenta a terceros de $204.420.040.

Una vez evidenciado que las cuentas bancarias de destino de tales transferencias de dinero no corresponden a ninguna de las cuentas de nómina de los trabajadores de la Asociación; que las mismas tampoco pertenecen a ninguno de nuestros proveedores ni acreedores; y, en últimas, que dichas transferencias por valor total de $204.420.000 no cuentan con justificación alguna ni fueron autorizadas por **ASODIABETES**, se dio inicio a una exhaustiva investigación en relación con lo ocurrido.

Al respecto, se ha podido concluir que usted, en calidad de Contador Público y en ejercicio de las responsabilidades y funciones asociadas al mismo, recibió desde el quince (15) de julio del 2008 el token de acceso por internet y en calidad de PAGADOR a la cuenta No. 26500327702 del Banco Caja Social.

Dicho token funciona como elemento físico que genera un Código numérico de verificación (OTP One Time Pasword o contraseña de un solo uso para autenticación) requerido para realizar cualquier tipo de transacción desde esa cuenta bancaria por internet, siendo entonces su obligación dar uso correcto y debida custodia a tal elemento, garantizando que el mismo no fuera empleado por terceros, ni utilizado para realizar transacciones que no estuvieran previamente avaladas por la Asociación.

Así las cosas, fue mientras ese token estuvo bajo su custodia, que se realizaron las referidas transferencias de dinero no autorizadas de los días seis (6) y diez (10) de septiembre del año dos mil diecinueve (2019). Es así que resulta responsabilidad suya el haber dado manejo negligente a dicho elemento (token de pagador), lo que derivó en la situación que se ha narrado.

Así las cosas, la Asociación solicitó explicaciones al Banco Caja Social sobre de lo sucedido, recibiendo comunicación escrita en la que esa entidad bancaria nos indica que para poder hacer transacciones por internet como las antes descritas se requiere, además, la clave alfanumérica creada por el usuario administrador, así como la siguiente información todo lo cual, cabe señalar, también se encontraba en su poder para la época de los hechos:

> *"La ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DIABETES, se obliga a enviar al Banco - a través del Portal de Internet Empresarial - en los horarios establecidos para tal fin, la información relativa a las transacciones a realizar, la cual debe contener los siguientes datos: a) Nombre del empleado, proveedor o tercero, b) NIT o cédula de ciudadanía, c) Número de la Cuenta, d) Código del Banco, e) Valor del abono." (Reglamento de Nómina, Cláusula Novena, Capítulo Cuarto, Obligaciones de la Empresa)".*

Concluye además en su comunicación la entidad bancaria los siguiente:

> *"Las transacciones que cursaron a través del portal de Internet Empresarial los días seis (6) y 10 de septiembre del 2019, fueron ejecutadas con el usuario del Señor Jairo Peñaranda Carrero, designado como Operador y Autorizador para las operaciones por internet, internamente en dicha Asociación y con la utilización del respectivo TOKEN que el Banco le entregó."*
>
> (...)
>
> *"...las transacciones cuestionadas cursaron conforme a los parámetros establecidos por el Banco para las operaciones con TOKEN en la plataforma de Internet Empresarial y de acuerdo con los parámetros determinados por el cliente. De igual manera en el documento en mención se pone de presente que: "Necesariamente quien las realizó debió ingresar a la plataforma digitando la clave alfanumérica creada por el usuario administrador y la digitación de los OTP (One Time Pasword o contraseña de un solo uso para autenticación) generados para tal fin por el citado dispositivo electrónico. Adicionalmente, para realizar las transferencias el sistema requirió de nuevo la digitación de los OTP que obligatoriamente emitió el mismo TOKEN."*

Ante tal panorama fue llamado a rendir sus explicaciones respecto de los graves hechos narrados, en virtud de lo que se realizó una diligencia de descargos el pasado 8 de abril del año en curso, oportunidad en la cual no logró dar justificación satisfactoria para lo ocurrido

con esas transacciones bancarias no autorizadas y que implicaron tan significativa pérdida de dinero para la Asociación, ni tampoco logró restar fundamento a las explicaciones técnicas que ofreció el Banco Caja Social sobre el uso del token y de su usuario personal de acceso a la cuenta bancaria.

En razón a todos los hechos descritos, los cuales constituyen faltas graves a sus obligaciones laborales, la decisión de dar por terminado con justa causa el vínculo laboral, se toma con base en lo dispuesto en su contrato de trabajo, así como en el reglamento de trabajo de la empresa, y en lo previsto en el numeral 6º, del literal a), del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así las cosas, el valor de su liquidación final de salarios, prestaciones sociales y vacaciones será consignado en su cuenta de nómina número 24510690209 del Banco Caja Social, en los próximos cinco (5) días hábiles. A esta comunicación se anexan los siguientes documentos: la orden de la evaluación médica ocupacional de egreso, los comprobantes de pago de aportes a seguridad social de los últimos tres meses, los comprobantes de pago de nómina de los últimos tres meses, la respectiva autorización de retiro de cesantías y las certificaciones laborales de rigor.

Atentamente.

MARIA MERCEDES OTALORA V.
Directora Administrativa

Conforme lo anterior, es claro que lo que motivó el despido del convocante fue el presunto incumplimiento a sus obligaciones como Contador Público, particularmente, por los hechos ocurridos el día 6 y 10 de septiembre de 2019 cuando de la cuenta Bancaria que figura a nombre de la enjuiciada bajo el No. 26500327702 del Banco Caja Social se realizaron 2 transacciones no autorizadas a título de una dispersión de “nómina”, transfiriéndose un total de $204.420.040, sin que correspondiera a una cuenta de nómina real de algún trabajador de la Asociación, proveedor o acreedor.

La empresa demandada concluyó que el demandante como Contador Público y en ejercicio de las responsabilidades y funciones que le asistían recibió desde el 15 de julio de 2008 el token de acceso a internet en calidad de pagador de la cuenta del Banco Caja Social, estando incluso a su cargo y custodia los días de las calamitosas transacciones, originando el desvío de dineros de la Asociación.

En ese orden, frente a los hechos invocados en la misiva de despido, la demandada, a través de la Directora Administrativa, citó al señor JAIRO PEÑARANDA CARRERO con el fin de que acudiera a diligencia de descargos el día 08 de abril de 2020 a las 08:00 a.m., a efectos de escuchar su versión respecto de lo sucedido los días 6 y 10 de septiembre de 2019 cuando, aparentemente no cumplió con el procedimiento de custodia del token que autorizó las 2 transacciones.

Textualmente, argumentó la empresa en la citación (archivo 01, página 21):

Bogotá, D.C., abril 7 del 2020

Señor:
JAIRO PEÑARANDA CARRERO
Contador - Asociación Colombiana de Diabetes
Ciudad:

Respetado Señor:

En cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa y demás normas laborales, a través de la presente, nos permitimos citarlo a una diligencia de carácter meramente administrativo laboral, para que asista como trabajador de la empresa ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DIABETES y a efecto de oír sus descargos sobre los hechos que se le atribuyen, y que se relaciona a Continuación:

- ✓ La negligencia que tuvo, uso, custodia y manejo de los tokens y demás filtros de acceso a la cuenta de ahorros del Banco Caja Social de Ahorros No. 26500327702del Banco Caja Social a nombre de Asodiabetes, permitiendo que, durante los días, viernes seis (6) y martes diez (10) de septiembre del dos mil diecinueve (2019), se dispersara sin autcrización de dicha cuenta del Banco Caja Social de Ahorros, la suma de Doscientos Cuatro Millones Cuatrocientos Veinte pesos ($204.420.000) M/cte.

Por esta razón los citamos el día ocho (8) de Abril del dos mil veinte (2020) las 8:00 a.m. horas en la oficina de la Líder de Recursos Humanos, los cuales serán realizados por La Señora IVONNE HERRERA PAREDES.

Las presuntas faltas para investigar antes mencionadas se encuentran establecidas como **OBLIGACIONES ESPECIALES PARA LA EMPRESA Y LOS TRABAJADORES** dentro del Reglamento Interno de Trabajo y, además, son obligaciones especiales del trabajador en virtud de lo establecido en su contrato individual de trabajo y en el Código Sustantivo del Trabajo, por lo que se insta para que presente las pruebas pertinentes que tenga a su favor.

Atentamente:

IVONNE HERRERA PAREDES
Líder de Recursos Humanos

Luego, en diligencia de descargos adelantada el referido día (páginas 22 a 28, archivo 01 del expediente digital), sobre los hechos enunciados en la citación, quedó consignado lo siguiente:

PREGUNTA: Sírvase manifestar por favor ¿cuál es su cargo y las funciones que desempeña en ejercicio de este?

RTA: CONTADOR PUBLICO de La Asociación Colombiana de Diabetes, funciones inherentes al contador como: Estar pendiente de las presentaciones y pagos de las declaraciones tributarias, como son: IVA ,RETEFUENTE, ICA, RETEICA, impuesto predial, declaración de renta, presentación, información exógena ante la DIAN, y ante la Secretaria de Hacienda, presentación de informes requeridos por la SUPERSALUD y por la Secretaria de Salud, responder encuesta mensual que solicita el DANE.

Diariamente, estar pendiente de la aplicación de contabilidad, revisando los saldos que genera, el libro de inventario y balance o mayor y balances, donde muestran los saldos iniciales y valores del movimiento diario para establecer las realidades, de la información.

A diario, revisar los soportes como son: Ordenes de pago, que realiza el almacén, para constatar el valor de la factura versus orden de pago y montar dentro de la factura el porcentaje de descuento por pronto pago, a diario revisar las contabilizaciones que hace la tesorera en el modulo de Tesoreria, cuando realiza, comprobantes de ingreso, comprobantes de egreso, causaciones, notas, facturas de venta, revisión y pagos de nómina, vacaciones, cesantías y seguridad social.

PREGUNTA: Sírvase manifestar ¿desde qué fecha le fue entregado el TOKEN correspondiente a la cuenta número 26500327702 que la Asociación tiene con el Banco Caja Social?

RTA: El Token de autorizador de pagos me fue entregado en el año 201,no me acuerdo el mes

PREGUNTA: Sírvase manifestar ¿Cuándo hizo entrega del TOKEN correspondiente a la cuenta número 26500327702 Banco Caja Social a la Señora Maria Mercedes Otalora Directora Administrativa de la Asociación Colombiana de Diabetes?

RTA: Fue aproximadamente el 26 septiembre del 2019, me presentan el acta donde se entregó.

PREGUNTA: Sírvase manifestar ¿si, además del mencionado TOKEN, la cuenta número 26500327702 tiene otros filtros de acceso o seguridad que restrinjan la posibilidad de realizar transacciones por internet?

RTA: Si tiene filtros de seguridad. Nómina y Tesoreria.

PREGUNTA: Sírvase manifestar: ¿Cuáles, son las medias de precaución que Usted debe implementar en el manejo del TOKEN y de los usuarios y claves de acceso por internet a la cuenta bancaria número 26500327702 del Banco Caja Social?

RTA: E! Banco Caja Social le entrego a la Asociación Colombiana de Diabetes, cuatro token, uno para nomina que estaba a cargo de la señora Elena Mateus y Diana Diaz, ellas preparaban los pagos para nómina, otro para Teoría prepara pago a proveedores y a terceros. El otro para Jairo Peñaranda, yo siendo el contador, como autorizador de pagos y otro como Administrador que también me lo entregaron como administrador del portal Web, de acuerdo a la Asociación colombiana de Diabetes.

Evidenciado que los días, viernes 6 y martes 10 de septiembre de 2019 fueron días hábiles en los cuales usted se presentó a trabajar en las instalaciones de la Asociación

PREGUNTA: Sírvase manifestar, ¿Cómo explica el hecho de que en esas fechas se realizaron transacciones desde la cuenta bancaria número 26500327702 del Banco Caja Social por valor total que ascendió a $204.420.000 y que se registraron como pagos de nómina, pero cuyas cuentas destinatarias no corresponden a las de ningún trabajador de ASODIABETES?

RTA: La Asociación colombiana de Diabetes. No autorizo pagos de nómina para esas fechas.

Siendo usted único responsable del manejo del TOKEN y de los usuarios y claves de acceso a la cuenta bancaria número 26500327702 del Banco Caja Social.

PREGUNTA: Sírvase manifestar: ¿con qué finalidad se realizaron transacciones por valor hasta de $204.420.000 los días 6 y 10 de septiembre de 2019 y quiénes fueron los destinatarios de esas sumas de dinero?

RTA: La Asociación Colombiana de Diabetes no autorizo pagos en esas fechas.

PREGUNTA: ¿Quién autorizo esos pagos?

RTA: No se

PREGUNTA: Sírvase manifestar: ¿Cómo puede explicar usted que se hubieran hecho transferencias bancarias con destino a cuentas cuya información no coincide en forma alguna con la de los trabajadores que hacen parte de la nómina de la Asociación?

RTA: No se explicar ese tema y repito que la asociación Colombiana de Diabetes no autorizo dichos pagos.

En la misma comunicación antes mencionada, la entidad bancaria señaló que *"Las transacciones que cursaron a través del portal de Internet Empresarial los días seis (6) y 10 de septiembre del 2019, fueron ejecutadas con el usuario del Señor Jairo Peñaranda Carrero, designado como Operador y Autorizador para las operaciones por internet. internamente en dicha Asociación y con la utilización del respectivo TOKEN que el Banco le entregó."*

PREGUNTA: Sírvase manifestar: ¿Qué tiene que decir al respecto?

RTA: No autorice ninguna transferencia y solicito copia de la carta del Banco y de la hora exacta que se realizó esas transferencias. (se le entrega la carta), queda pendiente la hora

En esa comunicación de respuesta por parte el Banco Caja Social este concluyó que "*la empresa fue víctima de un fraude interno*". Siendo usted el **único** responsable del uso del TOKEN y de los usuarios y claves de acceso a las transacciones de esa cuenta bancaria.

PREGUNTA: Sírvase manifestar: ¿Cómo responde a tal conclusión que emite el Banco Caja Social?

RTA: No soy responsable de todos los token, respondía por el Token de Autorizador, que estaba en mi poder

PREGUNTA: Sírvase manifestar: ¿Tiene alguna aclaración, ampliación u observación sobre lo dicho anteriormente?

RTA: Solicito que tanto la Asociación Colombiana de Diabetes, y el Banco Caja Social, realicen una investigación sería y justa, y que encuentren la realidad de lo sucedido, también tengo muchas dudas, que, en septiembre 20 del 2019, YO le solicite a la Auditora de La Salud de Asociación colombiana de Diabetes, que en el Acta que estaba haciendo la custodia de los equipos de tesorería y contabilidad, incluyera los equipos de nómina. (solicito ver esa acta) y que quedarán los 4 equipos en custodia

Posteriormente me enteré, que la Directora Administrativa Sra. Maria Mercedes Otalora, autorizo sacarlos de custodia y entregarlos al Ingeniero Carlos Alvis y a la Ingeniera Martha Roncancio. Quedando solo los equipos de Tesoreria y Contabilidad en custodia hasta hoy 8 de abril del 2020, y los 2 equipos de nómina los entregaron nuevamente a nómina.

Se destaca de dicha diligencia adelantada por LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DIÁBETES, la aceptación de la ocurrencia de los hechos endilgados al demandante, esto es, que en efecto los días 6 y 10 de septiembre de 2019 sí se realizaron 2 transacciones por valores de $105.858.257 y $98.961.783, respectivamente, para un total de $204.420.040, es decir, esta situación no esta en discusión ya que se admite, si aconteció.

De lo anterior es clara la admisión del demandante frente a los hechos ocurridos los días 6 y 10 de septiembre de 2019, consistente en las 2 transacciones realizadas a nombre de la sociedad ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DIÁBETES por un valor total de $204.420.040.

Ahora bien, a fin de verificar el soporte probatorio de la comisión de la falta frente a las responsabilidades y funciones que tenia a cargo el aquí demandante como Contador Público de la Asociación Colombiana de Diabetes, se debe analizar los documentos aportados, que consisten en:

- **Denuncia interpuesta por el demandante ante la Sala de Denuncia URI Usaquén (COPER 01), páginas 31 y 31, archivo 01:**

SALA DE DENUNCIAS - URI USAQUEN (COPER1)
URI USAQUEN (COPER1) - Telefono: SIN DEFINIR

Numero Unico: 110016101603201909227 Autoridad a la cual se remitira la noticia criminal: FISCALIA LOCAL
Ciudad: CUNDINAMARCA Fecha: 12/09/19 Hora: 11:09:03
Numero asignado en SIEDCO: 25545633

DATOS DEL DENUNCIANTE
Nombres: JAIRO Apellidos: PENARANDA CARRERO
Tipo identificacion: CEDULA DE CIUDADANIA Numero: 13459618
Lugar Exp: Cúcuta (CT) Edad: 60
Sexo: MA Estado civil: CASADO
Lugar nacimiento: El Zulia Ocupacion: EMPLEADO
Fecha nacimiento: 12/01/1959
Direccion residencia: DG 39A BIS 14 78 Telefono residencia: 3166171810
Municipio residencia: Bogotá D.C. (CT) Barrio residencia: LA MAGDALENA E-13
Direccion trabajo: No reporta Telefono trabajo: No reporta

DATOS DE LAS VICTIMAS
Tipo identificación: NIT Identificación: 8600535782
Razón social: ASOCIACION COLOMBIANA DE DIABETES
Tipo empresa: PRIVADA Clase: SERVICIOS
Dirección: DG 39A BIS 14 78 Teléfono: 7440888

CONDUCTAS DENUNCIADAS:
ARTÍCULO 269I. HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS Y SEMEJANTES
Modalidad: BANCA MOVIL
Arma empleada: SIN EMPLEO DE ARMAS
Cuantia (pesos colombianos): 98561793

DATOS SOBRE LOS HECHOS
DATOS SOBRE LOS HECHOS: Se hace constar que el denunciante está informado sobre la obligación legal que tiene toda persona mayor de dieciocho años de denunciar cualquier hecho punible de cuya comisión tenga conocimiento y que deba investigarse de oficio; de la exoneración del deber de denunciar contra si mismo, contra su cónyuge o compañero(a) permanente, pariente dentro de cuarto grado de consanguinidad, segundo en afinidad y primero civil; ni los hechos que haya conocido en el ejercicio de una actividad amparada por el secreto profesional y sobre las sanciones penales que serán impuestas a quien preste falsa denuncia (Art. 67,68 y 69 C.P.P., 435 - 436 C.P.). Artículo 11 del codigo de procedimiento penal, ley 906 de 2004, usted tiene derecho a: 1. Recibir atención y protección inmediata, 2. Recibir durante todo el proceso un trato humano y digno, 3. Obtener medidas de atención y protección, 4. Recibir información e intervencion en la actuacion penal, 5. Ser oidas y a que se les facilite el aporte de pruebas, 6. Ser informadas sobre las decisiones definitivas relativa a la persecución penal, 7. Recibir asistencia integral para su recuperacion en los terminos que señala la ley, 8. Ser asistida durante el juicio y el incidente de reparacion integral si el interes de la justicia lo exigiere, 9. Que se consideren sus intereses al adoptar una decision de discrecion sobre la persecucion del injusto. Usted tiene el deber de: 1. Colaborar para el buen funcionamiento de la administracion de justicia, 2. Asistir a los requerimientos realizados por la fiscalia general de la nacion con ocasion a su denuncia, 3. Ofrecer un trato respetuoso hacia los funcionarios que intervinienten en su procedimiento.

Fecha de comision de los hechos: 10/09/19
Hora de ocurrencia: 16:30:00
Direccion de los hechos: POR ESTABLECER
Clase de sitio: RED VIRTUAL O INTERNET
Ciudad: BOGOTÁ D.C. (CT) , Departamento: CUNDINAMARCA
RELATO DE LOS HECHOS: Relato de los hechos (describir las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los acontecimientos); ¿SI EL IMPUTADO ES CONOCIDO, EXISTEN TESTIGOS PRESENCIALES Y HAY DATOS PRECISOS DE VEHICULOS QUE HAYAN PARTICIPADO EN EL HECHO, RELACIONARLOS DETALLADAMENTE AL FINAL DEL RELATO).
PREGUNTADO: Manifieste a esta diligencia, si tiene usted conocimiento que la denuncia que instaura, es penal, bajo la gravedad de juramento CONTESTO: si PREGUNTANDO: Haga una descripción breve y concreta de los hechos que va a denunciar. CONTESTO: Soy JAIRO PEÑARANDA CARRERO CC 13459618, soy el contador público de la asociación colombiana de diabetes NIT 860.053.578-2, el día martes 10/09/2019 siendo las 16:30 aproximadamente el gerente del banco caja social sucursal parque nacional JIMMIE CARDENAS llamo a la asociación colombiana de diabetes, llamada que contesto NORMA JIMENEZ tesorera de la institución y le pregunto si la asociación había hecho un pago de nómina por valor de $98.561.783, NORMA JIMENEZ Le contesto que no, que la nómina hasta ahora la estábamos preparando, él le

SALA DE DENUNCIAS - URI USAQUEN (COPER1)
URI USAQUEN (COPER1) - Telefono: SIN DEFINIR

informo que aparecía realizado ese pago, NORMA JIMENEZ le recalco que la asociación no había hecho esa diligencia y procedió a decirle al señor JIMMIE CARDENAS que bloqueara las cuentas por seguridad, la cuenta de ahorros de donde se realizó el supuesto pago de nómina es la 26500327702 cuenta de ahorros banco caja social, procedieron a bloquear la cuenta por seguridad, después me llamo a mi celular la señora HELENA MATEUS quien es la auxiliar de nómina y me dijo que el gerente del banco caja social sucursal parque nacional JIMMIE CARDENAS las había llamado para informar que habían robado $98.561.783 por un concepto de pago de nómina, le pregunte si solicitaron el bloqueo de las cuentas y que le preguntara a NORMA que había sugerido el gerente del banco, al día siguiente 11/09/2019 fuimos a esta sucursal del banco caja social en compañía de la directora administrativa MARIA MERCEDES OTALORA, hablamos con el gerente del banco y le pedí unos listados para confirmar el número de transacción y el valor real de lo que nos habían robado, él nos entregó este documento y nos contó lo que había pasado sobre este hurto, con ese listado yo constate que aparecía un retiro de pago de nómina con el documento 08401208 por valor de $98.561.783 que fue hecho el día 10/09/2019 pero en ningún momento fue hecho por la asociación colombiana de diabetes, empozando que para hacerlo se necesita una preparación por parte de la persona de nómina quien maneja una clave y adicionalmente tiene un token físico, ya con la preparación yo como contador y administrador del portal autorizo y también necesito una clave que no está escrita en ningún lado y un token en físico y en ningún momento nunca ese día ni HELENA de nómina ni yo que soy el autorizador hicimos esa transacción, por tal motivo me encuentro en este despacho interponiendo denuncia por estos hechos. PREGUNTADO: Manifieste características delos elementos hurtados y los perjuicios que tuvo por este hecho CONTESTO: Lo hurtado son $98.561.783 pertenecientes a la asociación colombiana de diabetes NIT 860.053.578-2. PREGUNTANDO: Indique si sospecha o tiene conocimiento de la persona que haya cometido esta conducta. CONTESTO: No tenemos conocimiento. PREGUNTADO: hubo empleo de algún tipo de arma para cometer el hurto. CONTESTADO: no señor. PREGUNTADO: Manifieste a este despacho en el lugar de los hechos hay cámaras de seguridad. CONTESTADO: En el banco hay cámaras. PREGUNTANDO: Lo hurtado cuenta con algún tipo de póliza o seguro. CONTESTO: No señor. PREGUNTADO: Existen testigos de estos hechos, CONTESTO: Si señor, NORMA JIMENEZ celular 3156019020, HELENA MATEUS celular 3156019020, JIMMIE CARDENAS celular 3177580719 PREGUNTADO: Cuenta con algún elemento o prueba para aportar a esta denuncia, CONTESTO: Nuestros testimonios aclarando que nunca hicimos dicha diligencia PREGUNTANDO: Tiene algo más que agregar a la presente denuncia. CONTESTO: Si señor, fallaron los controles de seguridad por parte de la institución financiera porque quincenalmente jamás por nomina la asociación colombiana de diabetes hace pagos superiores a $45.000.000 NOTA: Se le explica al denunciante que su denuncia la puede consultar en el siguiente link http://www.fiscalia.gov.co/colombia/servicios-de-informacion-al-ciudadano/consultas/denuncias-ley-906-de-2004/, con el fin de tener conocimiento, que fiscal fue asignado para su caso y le haga el respectivo seguimiento.
No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se dá por terminada y una vez leída y aprobada se firma tal y como aparece por los que en ella intervinieron. SE OBSERVÓ LO DE LEY.

Firman:

Denunciante:
JAIRO PENARANDA CARRERO

- **Contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre las partes (archivo 12, páginas 26 y 27), el cual prevé en las cláusulas primera y séptima:**

PRIMERA: **OBJETO.** EL EMPLEADOR contrata los servicios personales del TRABAJADOR y éste se obliga: a) a poner al servicio del EMPLEADOR toda su capacidad normal de trabajo, en forma exclusiva en el desempeño de las funciones propias del oficio mencionado y en las labores anexas y complementarias del mismo, de conformidad con las órdenes e instrucciones que le imparta EL EMPLEADOR directamente o a través de sus representantes. b) a no prestar directa ni indirectamente servicios laborales a otros EMPLEADORES, ni a trabajar por cuenta propia en el mismo oficio, durante la vigencia de este contrato; y c) a guardar absoluta reserva sobre los hechos, documentos, informaciones y en general, sobre todos los asuntos y materias que lleguen a su conocimiento por causa o con ocasión de su contrato de trabajo.

SEPTIMA: **TERMINACION UNILATERAL.** Son justas causas para dar por terminado unilateralmente este contrato, por cualquiera de las partes, las enumeradas en los Arts. 62 y 63 del C.S.T., modificados por el Art. 7º del Decreto 2351/65 y además, por parte del EMPLEADOR, las faltas que para el efecto se califiquen como graves en reglamentos y demás documentos que contengan reglamentaciones, órdenes, instrucciones o prohibiciones de carácter general o particular, pactos, convenciones colectivas, laudos arbitrales y las que expresamente convengan calificar así en escritos que formarán parte integrante del presente contrato. Expresamente se califican en este acto como faltas graves la violación a las obligaciones y prohibiciones contenidas en la cláusula primera del presente contrato. El TRABAJADOR podrá dar por terminado el presente contrato mediante aviso escrito al EMPLEADOR con antelación no inferior a treinta (30) días. En caso de no dar el TRABAJADOR el aviso, o darlo parcialmente, deberá al EMPLEADOR una indemnización equivalente a treinta (30) días de salario o proporcional al tiempo faltante, deducible de sus prestaciones sociales; este descuento se depositará a órdenes del Juez mientras la justicia decide, todo de conformidad con el numeral 5º del Art. 6º de la Ley 50/90 que modificó el Art. 64 del C.S.T.

- **Orden de pago asegurado por pérdida (archivo 26, páginas 4 a 7), por medio del cual la Aseguradora reconoció un monto a la demandada en los siguientes términos:**

Descripción	Valor COP$
Pago de Nómina fraudulento realizado en septiembre 6 de 2019	$ 105.858.257,00
Pago de Nómina fraudulento realizado en septiembre 10 de 2019	$ 98.561.783,00
Pérdida Establecida	**$ 204.420.040,00**
Limite Asegurado para el Amparo de Manejo	$ 30.000.000,00
10% de la pérdida mínimo 3 SMMLV.	$ 3.000.000,00
Ajuste Recomendado	**$ 27.000.000,00**

- **Acta No. 119 levantada por la demandada en fecha 20 de septiembre de 2019, en la que destacó (archivo 16, páginas 26 y 27):**

SOBRE EL SUCESO DE SEGURIDAD INFORMATICA Nº 01

Este informe describe actividades desde el día 20 de Septiembre del 2019 y Acta de Calidad – P.A.M.E.C. Nº 113. Sobre los sucesos acontecidos y denunciados sobre la transferencia de asesoría y alcance de la gestión de Auditoria Interna de Calidad en los temas relacionados del presente informe.

Tema tratado por:	Sra. MARIA MERCEDES OTALORA DIANA DIAZ. Lider Talento Humano.
Tema gestionado por:	DIANA DIAZ. Lider Talento Humano. ASTRIT MARITZA GOMEZ. Auditoria Interna
Solicitud por:	Sra. MARIA MERCEDES OTALORA

ANTECEDENTES NORMATIVOS LEGALES:

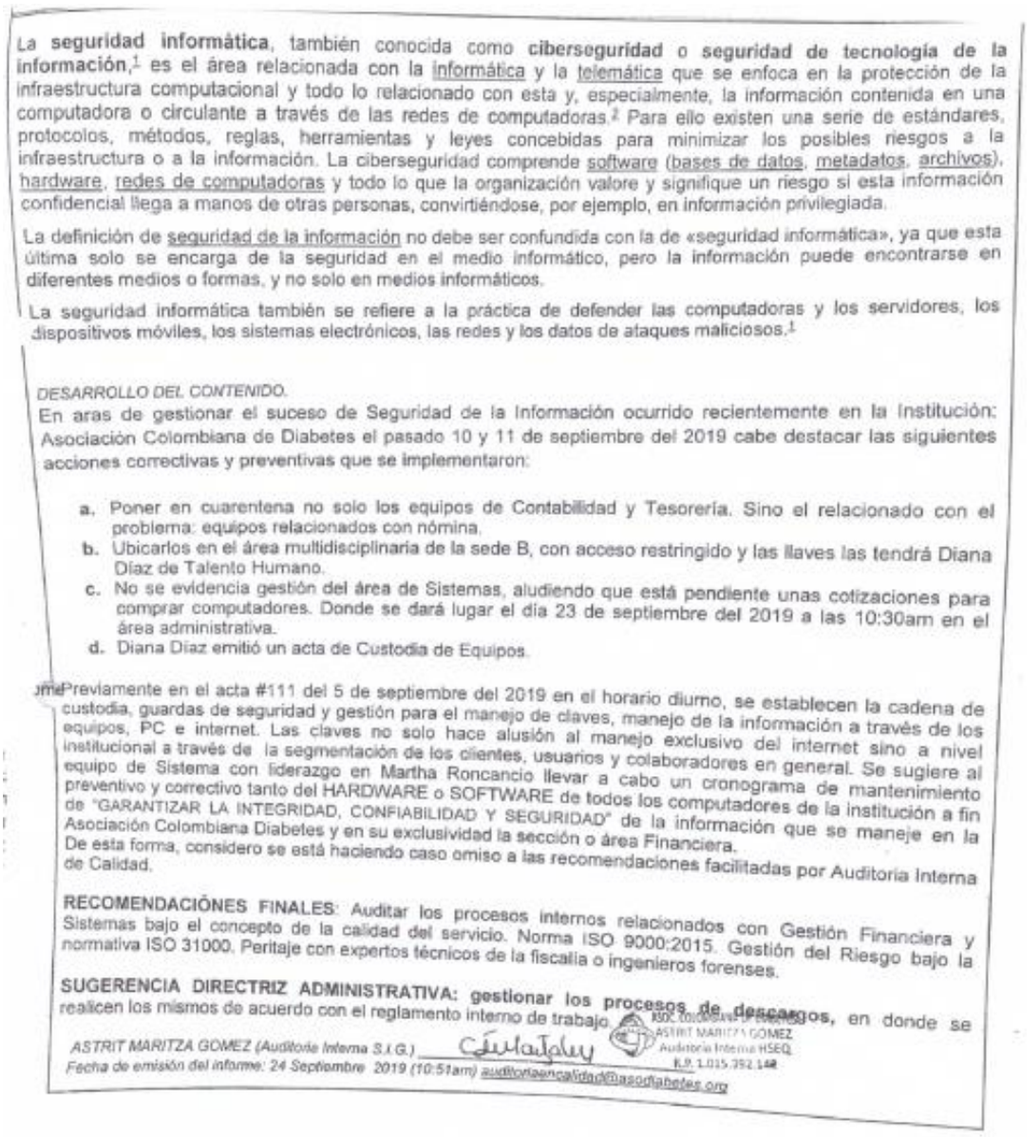
1. **LEY 1273 DE 2009:** Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado - denominado "de la protección de la información y de los datos"- y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones

Artículo 269J: TRANSFERENCIA NO CONSENTIDA DE ACTIVOS. El que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consiga la transferencia no consentida de cualquier activo en perjuicio de un tercero.

2. **LEY 527 DE 1999:** Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

FUNDAMENTOS TEÓRICOS:
La razón de este documento se apoya en el incremento de los delitos informáticos. "Conductas como el hurto por medios informáticos y la transferencia no consentida de activos, afectan en nuestro país, tanto a personas naturales como jurídicas, padeciendo cada una de ellas graves detrimentos patrimoniales a través de la pérdida de sus bienes económicos e información privada a la que acceden de manera ilegal los delincuentes cibernéticos". (Grisales 2014).

El termino **Phishing**: método más utilizado por delincuentes cibernéticos para estafar y obtener información confidencial de forma fraudulenta como puede ser una contraseña o información detallada sobre tarjetas de crédito u otra información bancaria de la víctima.



La **seguridad informática**, también conocida como **ciberseguridad** o **seguridad de tecnología de la información**,[1] es el área relacionada con la informática y la telemática que se enfoca en la protección de la infraestructura computacional y todo lo relacionado con esta y, especialmente, la información contenida en una computadora o circulante a través de las redes de computadoras.[2] Para ello existen una serie de estándares, protocolos, métodos, reglas, herramientas y leyes concebidas para minimizar los posibles riesgos a la infraestructura o a la información. La ciberseguridad comprende software (bases de datos, metadatos, archivos), hardware, redes de computadoras y todo lo que la organización valore y signifique un riesgo si esta información confidencial llega a manos de otras personas, convirtiéndose, por ejemplo, en información privilegiada.

La definición de seguridad de la información no debe ser confundida con la de «seguridad informática», ya que esta última solo se encarga de la seguridad en el medio informático, pero la información puede encontrarse en diferentes medios o formas, y no solo en medios informáticos.

La seguridad informática también se refiere a la práctica de defender las computadoras y los servidores, los dispositivos móviles, los sistemas electrónicos, las redes y los datos de ataques maliciosos.[1]

DESARROLLO DEL CONTENIDO.

En aras de gestionar el suceso de Seguridad de la Información ocurrido recientemente en la Institución: Asociación Colombiana de Diabetes el pasado 10 y 11 de septiembre del 2019 cabe destacar las siguientes acciones correctivas y preventivas que se implementaron:

a. Poner en cuarentena no solo los equipos de Contabilidad y Tesorería. Sino el relacionado con el problema: equipos relacionados con nómina.
b. Ubicarlos en el área multidisciplinaria de la sede B, con acceso restringido y las llaves las tendrá Diana Díaz de Talento Humano.
c. No se evidencia gestión del área de Sistemas, aludiendo que está pendiente unas cotizaciones para comprar computadores. Donde se dará lugar el día 23 de septiembre del 2019 a las 10:30am en el área administrativa.
d. Diana Díaz emitió un acta de Custodia de Equipos.

Previamente en el acta #111 del 5 de septiembre del 2019 en el horario diurno, se establecen la cadena de custodia, guardas de seguridad y gestión para el manejo de claves, manejo de la información a través de los equipos, PC e internet. Las claves no solo hace alusión al manejo exclusivo del internet sino a nivel institucional a través de la segmentación de los clientes, usuarios y colaboradores en general. Se sugiere al equipo de Sistema con liderazgo en Martha Roncancio llevar a cabo un cronograma de mantenimiento preventivo y correctivo tanto del HARDWARE o SOFTWARE de todos los computadores de la institución a fin de "GARANTIZAR LA INTEGRIDAD, CONFIABILIDAD Y SEGURIDAD" de la información que se maneje en la Asociación Colombiana Diabetes y en su exclusividad la sección o área Financiera.
De esta forma, considero se está haciendo caso omiso a las recomendaciones facilitadas por Auditoria Interna de Calidad.

RECOMENDACIÓNES FINALES: Auditar los procesos internos relacionados con Gestión Financiera y Sistemas bajo el concepto de la calidad del servicio. Norma ISO 9000:2015. Gestión del Riesgo bajo la normativa ISO 31000. Peritaje con expertos técnicos de la fiscalía o ingenieros forenses.

SUGERENCIA DIRECTRIZ ADMINISTRATIVA: gestionar los procesos de descargos, en donde se realicen los mismos de acuerdo con el reglamento interno de trabajo.

ASTRIT MARITZA GOMEZ (Auditoria Interna S.I.G.)
Fecha de emisión del informe: 24 Septiembre 2019 (10:51am) auditoriaencalidad@asodiabetes.org

ASTRIT MARITZA GOMEZ
Auditoria Interna HSEQ
C.C. 1.015.392.148

-

- **Entrevista de Investigación Interna efectuada por la demandada a partir del 26 de septiembre de 2019 (archivo 26, páginas 4 a 25) a los señores Norma Jimenez Hernández, Jairo Peñaranda, Carlos Alvis, Martha Roncancio, Elena Mateus, Marcela Alejandra Téllez, Diana Paola Bonilla y Maria Mercedes Otalora.**

Introducción:

Con objetivo de realizar una investigación interna del robo de dinero que fue debitado de la cuenta bancaria de la ACD los días 06 y 10 de septiembre de 2019, se procedió el día 26 de septiembre a establecer entrevistas con todo el personal que tuvo conocimiento de lo sucedido y que por sus cargos o funciones dentro de la institución hacen parte de los procesos previos a desembolsos de dinero y quienes administran el sistema operativo informático de la institución. Esta investigación se realiza a petición de la dirección administrativa y pretende establecer un plan de mejora para prevenir eventos futuros.

Antecedentes de la investigación: informe de Auditoría Interna de Calidad Nº 119 y Acta de Calidad Nº119.

- **Respuestas emitidas por la Unidad de Atención de Reclamos del Banco Caja Social radicados 950202 y 962592 de fechas 03 de diciembre de 2019 y 03 de enero de 2020, respectivamente; generadas para atender la solicitud de reintegro de las transacciones efectuadas por valor de $105.858.257 y $98.561.783 por parte de la Asociación Colombiana de Diabetes (archivos 36, páginas 3 a 6 y 9 a 11):**

Respuesta 1.

Respetado doctor Ernesto:

En atención al oficio citado en el asunto, recibido a través de la Superintendencia Financiera el 29 de diciembre del 2019, nos permitimos dar respuesta de fondo a los puntos de su petición en el mismo orden en que fueron formulados:

a) La dirección IP desde donde se ejecutaron las operaciones objetadas en su escrito para los días seis (6) y 10 de septiembre del 2019 es 190.85.141.80, esta corresponde a la utilizada de manera habitual por la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DIABETES (En adelante ACD) para la realización de sus operaciones. La información se encuentra en archivo (log transaccional), junto con las fechas, horas de inicio y finalización de las transacciones, columnas AK, D, E, que puede ser consultado y descargado por ustedes, a través del módulo administrativo de internet empresarial al cual tienen acceso con el usuario administrador por ustedes asignado.

b) Las transacciones del seis (6) de septiembre del 2019 cursaron exitosas a las 11:07:32 a.m. Las correspondientes al día 10 de septiembre del 2019 cursaron exitosas a las 01:32:08 p.m., ambas con la digitación de la clave alfanumérica de ingreso a la plataforma creada por el usuario y la digitación de las claves que genera el mecanismo de autenticación fuerte suministrado por el Banco y que este posee - OTP (ONE TIME PASSWORD) o contraseña de un solo uso para autenticación.

c) Sobre el particular, precisamos lo siguiente: El portal de internet empresarial del Banco está diseñado para que sea el cliente quien "autorice" las transacciones. Esto teniendo en cuenta los usuarios que asigna, las contraseñas de ingreso y las que genera el mecanismo de autenticación fuerte que se encuentra en su poder. Lo solicitado en el derecho de petición corresponde a los mecanismos para confirmar las transacciones, los cuales son desplegados cuando las transacciones no corresponden a sus hábitos, situación que no ocurrió debido a que el monto de las operaciones objeto de su inconformidad se encontraban dentro del perfil transaccional de la asociación.

d) La información requerida en este literal de su escrito puede ser verificada en las columnas J (número de identificación) y K (nombre) del log transaccional que adjuntamos en atención a su solicitud. Adicional a lo anterior, puede ser descargada por ustedes desde su portal transaccional, dado que este cuenta con la funcionalidad que permite verificar los usuarios que efectúan las transacciones.

Igualmente, consideramos oportuno precisar que en los registros del Banco se tiene que el 15 de julio del 2008, el usuario ADMINISTRADOR asignado por la ACD creó dos (2) tipos de dependencias para las operaciones, a saber:

- Dependencia a la que dio el nombre CONTABILIDAD y le definió el perfil de requerir nivel de autorización. (Subrayado es nuestro)
- Dependencia a la que dio el nombre CONSULTAS y le definió el perfil de no requerir nivel de autorización. (Subrayado es nuestro)

En este punto es importante mencionar, que las operaciones enviadas por la ACD se generaron desde la dependencia CONSULTAS conforme a las condiciones de configuración que definió el usuario ADMINISTRADOR para la misma y que no requería nivel de autorización.

Para la atención integral de lo solicitado en este literal de su petición, adjuntamos el log transaccional con las características requeridas, periodo comprendido entre el 5 y 7 de Septiembre y el 9 y 11 de Septiembre de 2019.

e) Con el fin de responder de fondo a esta inquietud, reiteramos que adjuntamos el log transaccional con las características requeridas, periodo comprendido entre el 5 y 7 de Septiembre y el 9 y 11 de Septiembre de 2019.

f) Las cuentas destinatarias de los recursos transferidos, corresponden a cuentas de ahorro del Banco Caja Social y están registradas en la columna O del archivo – Log -que contiene la transaccionalidad de la cuenta de ahorros a nombre de la asociación.

No obstante lo anterior, las cuentas materia de su solicitud son las siguientes

Para la operación del día seis (6) de septiembre del 2019: 24083227976, 24047538656, 24095600822 y 24064057943. Para el 10 de septiembre del 2019 fueron: 24094815993, 24064057145, 24094966334 y 24096273571.

2) Como quiera que el derecho de petición ha sido atendido de fondo, suministrando toda la información que fue solicitada, indicamos que no es posible atender de manera favorable la solicitud contenida en ese numeral en virtud a lo manifestado a través de nuestra comunicación del pasado tres (3) de diciembre del 2019 y a la información y soportes adjuntos al presente escrito.

Esperamos de esta manera haber atendido su solicitud y le reiteramos nuestra voluntad de servicio. Si tiene alguna inquietud adicional puede comunicarse con nosotros llamando a la Línea Amiga 307 7060 en Bogotá, 01 8000 910 038 desde el resto del país, opción 2, o #233 desde su celular. También podrá contactarnos a través de nuestro sitio web www.bancocajasocial.com.

Cordialmente,

GLORIA VALLEJO OSORIO
Gerente Servicio a Clientes

Respuesta 2

Asunto: Derecho de Petición 13 de septiembre del 2019
Radicado N.° 950202

Respetado doctor Ernesto, en nombre del Banco Caja Social reciba un cordial saludo.

En atención al tema mencionado en el asunto y encontrándonos dentro de la oportunidad conferida en la ley, de manera atenta, nos permitimos dar respuesta de fondo a su petición en los siguientes términos:

1. Respecto de las sumas de dinero reclamadas y las peticiones efectuadas en sus comunicaciones radicadas el 13 de septiembre y ocho (8) de noviembre del 2019:

Sobre el particular, de manera respetuosa indicamos que no es posible acceder a su solicitud de abonar en la cuenta de la entidad que usted representa la suma de Doscientos Cuatro Millones Cuatrocientos Veinte Mil Cuarenta Pesos ($ 204 420 040,oo).

2. Fundamento de la posición del Banco.

Las reclamaciones presentadas por la entidad que usted representa se basan en que el Banco autorizó unas transacciones sin haber implementado con la debida diligencia los protocolos y controles internos de seguridad que ha debido usar; en que la Entidad no advirtió que las transacciones eran distintas a las ordinarias para el pago de la nómina y, en que tales operaciones no fueron efectuadas ni autorizadas por la Asociación.

A este respecto, consideramos pertinente destacar lo siguiente:

1. El Banco Caja Social ha dado cumplimiento a las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera en materia de seguridad y calidad en la realización de operaciones. De hecho, el Banco cuenta con el perfil transaccional de la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DIABETES y las operaciones realizadas en la fecha en que ocurrieron los hechos se ajustan a las costumbres transaccionales de esta. Así las cosas, cualquier afirmación que se realice en un sentido contrario carece de sustento alguno.

2. En esa línea, resulta pertinente poner de presente que el Banco como Entidad vigilada que es, ha observado los criterios y ha cumplido los requerimientos generales y particulares por tipo de canal, en este caso Internet, establecidos por la Superintendencia Financiera para garantizar la seguridad y la calidad de sus operaciones.

3. Si bien es cierto, las operaciones se identificaron por parte de la Asociación como de Nómina, también lo es que el Banco, en virtud de lo establecido en el Capítulo III, Cláusula Cuarta del convenio suscrito, se encuentra obligado a "Procesar y dar el debido curso a las instrucciones de transacción originadas por **LA EMPRESA de acuerdo con la información suministrada y verificada por ésta**" (Resaltado fuera del texto original).

   Por eso resulta particular que se cuestione al Banco porque las transferencias se identificaron de esta manera cuando es la empresa, a través de sus funcionarios, quien carga la información en Portal de Internet contentiva de los pagos de nómina y determina cuáles son las cuentas beneficiarias de los mismos haciendo uso de los mecanismos de autenticación fuerte – Token- que el Banco suministra y que son personales e intransferibles.

   En otras palabras, en nuestro criterio y, de acuerdo a los documentos que sustentan la relación contractual, a quien le correspondía verificar que los abonos se estuvieran realizando a los cuentas de nómina es al propio empleador, en este caso la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DIABETES, pues este es quien, por razones obvias, conoce como mínimo el número de cuenta a la cual debe realizarse el pago de la nómina. Por ello, es que precisamente la empresa, es decir, la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DIABETES, se obliga a enviar al Banco - a través del Portal de Internet Empresarial - ("...) en los horarios establecidos para tal fin, **la información relativa a las transacciones** a realizar, la cual debe contener los siguientes datos: a) **Nombre del empleado**, proveedor o tercero, b) NIT o cédula de ciudadanía, c) **Número de la Cuenta**, d) Código del Banco, e) Valor del abono." (Reglamento de Nómina, Cláusula Novena, Capítulo Cuarto, Obligaciones de la Empresa. (Lo resaltado es nuestro)

4. A lo anterior, debemos agregar que el Portal de Internet Empresarial ofrece a sus clientes mecanismos que le permiten tener control y hacer seguimiento sobre las transacciones que se originan hacia el Banco. A nivel general, los clientes tienen la posibilidad de realizar el registro de direcciones IP, programar los horarios y generar notificaciones por las transacciones débitos y crédito que se realicen en los productos del cliente. Adicionalmente, el Portal de Internet Empresarial pone a disposición de los clientes los siguientes controles para garantizar que las operaciones se realicen de manera segura:

   a. Controles de Acceso: Con usuarios y claves que son personales e intransferibles, junto con su dispositivo dinámico de autenticación (TOKEN) que genera claves dinámicas de seis dígitos que son requeridas en el momento de ingresar al canal, o cuando se deseen hacer transacciones o dar autorizaciones.

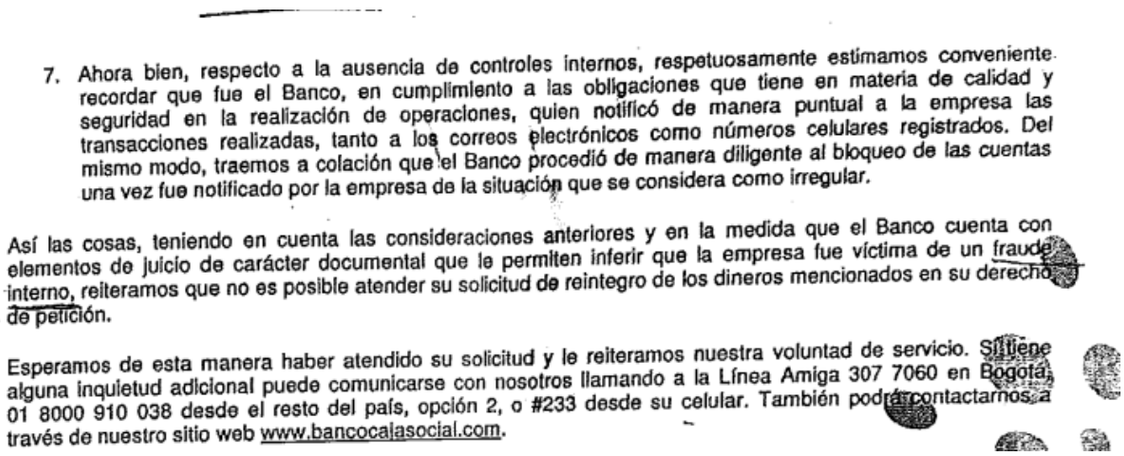
   b. Perfiles de Usuario: Nuestro portal permite que se configuren perfiles de Administrador, quien es el responsable de realizar la configuración y la parametrización de uso del canal; de Operador, quien se encarga de realizar las transacciones de acuerdo con la configuración y la parametrización definidas por el administrador para los productos y servicios y, de Autorizador quien es el que asegura que las transacciones enviadas por el Operador queden autorizadas, previa verificación.

   c. Configuración y parametrización de la empresa: El servicio ofrecido por el Banco para realizarlas transacciones como las que son objeto de su petición permite crear dependencias que permiten asociar los productos del cliente a un área específica de la empresa, como por ejemplo la Tesorería o Contabilidad, con el fin de que esa área tenga acceso a ellos y los utilice en las condiciones definidas por el usuario administrador. A su vez, para estas dependencias también pueden ser creados los usuarios asociados para que realicen transacciones específicas de acuerdo con la configuración realizada por el Administrador.

   d. Niveles de autorización y topes de transacciones. Con esta opción, se pueden crear niveles de autorización para la aprobación de transacciones, al igual que límites o topes para las operaciones. Para el caso de ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DIABETES, recordamos que la configuración, por decisión de la misma empresa no tiene definidos límites a los montos, o a las dependencias ni ha establecido niveles de autorización como los señalados en el literal b.

5. Las transacciones que cursaron a través del portal de Internet Empresarial los días seis (6) y 10 de septiembre del 2019, fueron ejecutadas con el usuario del Señor Jairo Peñaranda Carrero, designado como Operador y Autorizador para las operaciones por Internet, internamente en dicha Asociación y con la utilización del respectivo TOKEN que el Banco le entregó.

6. De acuerdo con lo indicado en el informe de seguridad, las transacciones cuestionadas cursaron conforme a los parámetros establecidos por el Banco para las operaciones con TOKEN en la plataforma de Internet Empresarial y de acuerdo con los parámetros determinados por el cliente. De igual manera en el documento en mención se pone de presente que: "Necesariamente **quien las realizó debió ingresar a la plataforma digitando la clave alfanumérica creada por el usuario administrador y la digitación de los OTP** (One Time Pasword o contraseña de un solo uso para autenticación) generados para tal fin por el citado dispositivo electrónico. Adicionalmente, para realizar las transferencias el sistema requirió de nuevo la digitación de los OTP..que obligatoriamente emitió el mismo TOKEN." (Lo resaltado es nuestro)



7. Ahora bien, respecto a la ausencia de controles internos, respetuosamente estimamos conveniente recordar que fue el Banco, en cumplimiento a las obligaciones que tiene en materia de calidad y seguridad en la realización de operaciones, quien notificó de manera puntual a la empresa las transacciones realizadas, tanto a los correos electrónicos como números celulares registrados. Del mismo modo, traemos a colación que el Banco procedió de manera diligente al bloqueo de las cuentas una vez fue notificado por la empresa de la situación que se considera como irregular.

Así las cosas, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores y en la medida que el Banco cuenta con elementos de juicio de carácter documental que le permiten inferir que la empresa fue víctima de un fraude interno, reiteramos que no es posible atender su solicitud de reintegro de los dineros mencionados en su derecho de petición.

Esperamos de esta manera haber atendido su solicitud y le reiteramos nuestra voluntad de servicio. Si tiene alguna inquietud adicional puede comunicarse con nosotros llamando a la Línea Amiga 307 7060 en Bogotá, 01 8000 910 038 desde el resto del país, opción 2, o #233 desde su celular. También podrá contactarnos a través de nuestro sitio web www.bancocajasocial.com.

Ahora, **al absolver el interrogatorio de parte, el demandante refirió** (récord 46:09, archivo 22): *"siempre se hacía transferencia, no tenía los tokens, el Banco Caja Social entregó 4 tokens, uno para Operador tesorería que estaba Norma Jiménez, otro para nómina a través de Helena Mateus y Diana, entre ellas compartían los tokens, a mí me entregaron 2 uno era administrador y desbloqueaba a los operadores, el token de administrador se dejaba bajo llave, el operador hacia el proceso de pago de nómina o proveedores, se creaba al proveedor internamente, en la aplicación del Banco Caja Social pedía una clave y un serial, ahí se preparaba el pago, yo pedía los soportes físicos ahí, luego tocaba autorizar el pago, a mí me pedía clave que solo yo manejaba y la clave el token autorizador que yo solo manejaba y autorizaba, en el robo cibernético no se hizo así, mi horario fue hasta la 1 p.m., y ese martes que llamó el Banco yo no estaba, sí, conocí el oficio del Banco en diciembre, el robo fue en septiembre, el token autorizador era el mío, confiscaron mi computador y el de la tesorera y hasta el 11 de marzo de 2020 el Banco mandó una comisión para revisar los 2 equipos contabilidad y tesorería, todos tenían la misma información, de esos equipos fue que se preparó la información para el desfalco no se siguió la secuencia para ese proceso, yo no pude volver a prender el computador, por la revisión fue que el Banco, se hizo el pago desde la Asociación por eso encontraron la razón*".

A la par, **el representante legal de la demandada, exclamó** (récord 22:33, archivo 22): " *(…) lo que tengo entendido en los documentos es que ambos Tokens generaron un procedimiento y ambos estaban a cargo de Jairo Peñaranda, eso es lo que sé, se manejaban 2 Tokens no más, eso está documentado en el Banco y hay una carta de administración donde se autorizaba a Jairo a retirar los tokens, no hay cámaras, los tokens estaban bajo el cuidado y Jairo Peñaranda, cuando una persona tiene bajo su manejo 2 tokens tiene la*

custodia sobre ellos, bajo esos 2 tokens se cometió un ilícito, hubo un siniestro en la Asociación, de la cuenta se trasladaron más de 200 millones de pesos, se hicieron a través de los 2 token que estaban bajo el cuidado de Jairo Peñaranda, luego se hizo una investigación y un estudio y se hizo un oficio al Banco y la entidad luego de un tiempo contestó y dijo que se habían hecho a través de los tokens y que por esa razón, siendo un funcionario de confianza de la Asociación faltó a sus obligaciones al no custodiar los tokens, las Directivas tomaron esa decisión, luego del caso se decidió dividir la responsabilidad de los tokens, luego del suceso los tokens estaban bajo el cuidado de Jairo Peñaranda, el Revisor Fiscal dijo que se dividieran los tokens, no tengo conocimiento de algún estudio de auditoria, desde que entré a manejar la Asociación sé que los Tokens estaban bajo custodia de Jairo Peñaranda, se hizo la transferencia desde la oficina, eso lo dijo el Banco, la entidad respondió en un oficio eso, no sé cuánto tiempo él manejó los tokens, lo que sí sé es que al momento del siniestro era el responsable de los 2 tokens, los hechos están en la carta descritos, se hizo la denuncia y luego el pago por parte de la Aseguradora, la misma Aseguradora debía iniciar el proceso para buscar los ejecutantes del delito, una vez la Aseguradora paga, nosotros desistimos de todo, las claves que arrojan los tokens son temporales, no son fijas".

Por último, las testigos recepcionadas en primera instancia, manifestaron:

NORMA CONSTANZA JIMÉNEZ HERNÁNDEZ[3]: *"Trabajo en la Asociación, soy la tesorera. Llevo 17 años allá trabajando, conocí a Jairo Peñaranda porque era el Contador de la empresa, él estuvo como 19 o 20 años, él estuvo hasta el 15 de abril de 2020 (…), no sé porque Jairo se fue exactamente, para las transacciones yo tenía el token de preparador y don Jairo tenía el token de autorizador, esas transacciones yo no los preparé, hubo un robo en la empresa e hicieron 2 transacciones y había un preparador y un autorizador, el token preparador no tengo claro quién era, yo manejo solo proveedores y en esas fechas yo no preparé esos pagos, autorizador es el que tenía Jairo Peñaranda, él era el único que tenía ese token, en mi oficina existe cámara, en la de Jairo no, las claves son personales, no se comparten, el serial era solo para mi token, se informaba que ya estaban los pagos preparados a Jairo para que autorizara, la clave de cada token es temporal y dura segundos, sé que el Banco mandó pruebas pero no las conozco, estuve en la diligencia de descargos pero no me acuerdo de las pruebas, no me acuerdo de este tema, se exhibieron más pruebas, en septiembre los*

[3] *(récord 033, archivo21)*

equipos funcionaban bien, no tuve problemas con el mío, el dinero si ingresó, no tengo clara la fecha, no sé el monto, los descargos se llevaron cuando el Banco respondió se hicieron auditorias los equipos por parte del Banco Caja Social, no tengo conocimiento de qué dijo el Banco, Jairo tenía 2 tokens, uno reposaba en un cajón sin llave, el día que el Banco reportó un giro, en ese momento tocaba bloquear todo, ese día Jairo no lo pudo hacer, por eso tocó con el Banco hacer todo el bloqueo, el Banco llamó como a las 4:30 p.m., llamó el Banco a preguntar si se autorizaba el pago y en ese momento dijimos que no y se procedió a bloquear todo, los tokens deben tenerse bajo llave y la clave es personal, la clave no sé cómo sea en token autorizador, los tokens son personales, habían 2 personas en ese momento, estaban Diana y Elena, si era topes altos el Banco llama y confirma, me llamaron como el 9 o 10 de septiembre, el día que me enteré el token estaba en el escritorio sin llave, yo me enteré fue por la llamada del Banco por eso llamé a Jairo y él me dijo que estaba el token sin llave en la mesa o cajón, el dinero se reintegró en abril a mayo de 2020…".

ROSA ELENA MATEUS MARROQUÍN[4]: *"Soy pensionada, trabajé en la Asociación hasta octubre 15 de 2019, yo tenía el cargo de Gestora de Nómina Jairo era el Contador y mi jefe, entró al año de yo estar ahí, token tenía el Contador, la Directora Administrativa la Tesorera y yo, el Banco dio 4 tokens, tenía el del contador, ese token era el autorizador, tenía el de la administrativa cuando se retiró en el 2018, yo manejé hasta julio de 2019 el de nómina, luego lo cogió la persona que me cubría en el puesto Diana Diaz, a Jairo le cancelaron el contrato y luego le pagaron la liquidación, lo que sé es que le cancelaron el contrato, no le pagaron 8 días después del retiro sino mucho tiempo después, sé eso porque Jairo me contó, yo ya estaba retirada, de las cuentas de la Asociación sacaron unas sumas elevadas, yo me retiré y eso estaba en trámite, yo ya había entregado mi token, yo salí en agosto de 2019 de vacaciones, una tarde la Tesorera Norma Jimenez, llamó y preguntó sobre lo que estaba pasando, el mouse se movía solo, y llamó a Jairo Peñaranda, don Jairo dijo que llamara al Banco y bloqueara las cuentas, yo escuchaba que Norma y Jairo se quejaban de que no funcionaban los computadores, no sé nada porque las llamadas que recibíamos era diferente, la señora que hablaba con el Banco era Norma, Norma se hizo a cargo de la situación y no supe más, yo preparaba la nómina y se la pasaba a Jairo Peñaranda y él pagaba, los token tenían seriales diferentes, no se compartían las claves, no había cámaras, solo 1 cámara en Tesorería, yo no estuve en la*

[4] *récord 00:24, archivo 24.*

diligencia de descargos, no sé si existieron llamados de atención ni nada, yo era la que archivaba las hojas de vidas y no vi nada de eso, no hacían manteamiento a los equipos y nos daban equipos de segunda, lo que escucha es que Norma y Don Jairo se quejaban con el Banco y decían que habían problemas, la nómina se pagaba el 15 o 30, pero se trataba 2 días antes para evitar congestión, los pagos de nómina se manejaba por trasferencia en mi planilla Compensar, como la nómina en los sueldos no eran altos, el Banco llamaba a confirmar, el token, cuando se hace el proceso en nómina cada movimiento genera un serial, siempre era diferente el número, el serial era por unos segundos".

Así las cosas, debe esta Corporación entrar a valorar la conducta del demandante en el sentido de escudriñar cuáles fueron los cuidados, procedimientos o lineamientos implementados por el actor para evitar la configuración de posibles delitos, sin embargo, nada de ello se probó ya que tanto en la diligencia de descargos como en la entrevista realizada al actor, éste se limitó a señalar que las transacciones si acaecieron pero que la demandada nunca las autorizó, sin dar a conocer o exponer las conductas de prevención que había implementado.

Advirtiéndose, como ya se expuso, en la carta de despido se le anunciaron al accionante los hechos endilgados, esto es, "*la negligencia que tuvo (sic), uso, custodia y manejo de los tokens y demás filtros de acceso a la cuenta de ahorros del Banco Caja Social No. 26500327702 del Banco Caja Social a nombre de Asodiabetes, permitiendo que los días, viernes seis (6) y martes diez (10) de septiembre de 2019 se dispersara sin autorización de dicha cuenta del Banco Caja Social de Ahorros, la suma de .. $204.420.000",* soportándose la decisión en lo previsto en el numeral 6º del artículo 62 del C.S.T., relacionado con: "*Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.",* situaciones que entrará esta Sala a verificar en aras de establecer si en efecto constituye una grave negligencia del demandante que de lugar a la finalización del contrato con justa causa, **ello, por cuanto ni en el contrato de trabajo ni en el Reglamento Interno de Trabajo se contempla dicha negligencia como una falta grave**

(calificada por las partes), con ente suficiente para dar por terminada la relación laboral.[5]

En esta dirección y en consonancia con las pruebas analizadas en conjunto, a juicio de esta Sala los hechos atribuidos al demandante como causal de terminación del contrato de trabajo **se encuentran acreditados** en los términos del artículo 6º del artículo 62 del C.S.T., esto, se comprueba en el s*ub lite*, que el señor JAIRO PEÑARANDA no ejerció la debida custodia del token entregado para **AUTORIZAR** las trasferencias bancarias a nombre de la demandada, constituyendo una negligencia que lo llevó a incumplir las directrices señaladas en cuanto a su custodia, mucho más cuando llevaba más de 10 años en el cargo profesional, adicionalmente, el propio actor tenia pleno conocimiento de la importancia sobre este procedimiento ya que era la única persona que autorizaba los pagos de la Sociedad, nótese que el demandante y las 2 deponentes recibidas por la *a quo* si bien advirtieron que el Banco Caja Social hizo entrega de 4 "*tokens*" lo cierto es que solo 1 autorizaba cada transacción, siendo una función exclusiva del demandante como Contador Público, tal como éste lo advirtió en el interrogatorio de parte recepcionado. Para concretar, el token que tenia el demandante era el único que autorizaba pagos.

Igualmente, contrario a lo afirmado por el recurrente, la sociedad demandada si efectuó una investigación para corroborar la falta atribuida, no siendo necesario o más bien, un requisito darle el nombre de "*dictamen forense*" a cualquier procedimiento que realice la empresa, como lo propuso el apoderado del extremo activo, pues lo relevante al momento de verificar la existencia de la justa causa invocada es que se pueda constatar con cualquier medio probatorio recaudado dentro del expediente la conducta endilgada, no asistiéndole razón en este punto al actor.

Puntualmente, la empresa una vez tuvo conocimiento de las transacciones efectuadas los días 6 y 10 de septiembre de 2019 por el monto de $204.420.040, perpetró de manera inmediata una serie de actividades en el ámbito penal y disciplinario, pues radicó un derecho de petición ante la entidad financiera con el fin de verificar los detalles que giraron en torno a las transacciones. En punto a las

---

[5] ***CSL SL 204-2023:*** *"Cuando el despido se produce por la violación grave de las obligaciones o prohibiciones,* ***la gravedad de la conducta le corresponde evaluarla y calificarla al juez****, cuando se produce por falta grave calificada en pactos o convenciones colectivas, la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran dicha falta". (Negrilla y subrayado fuera del texto).*

mismas, debe decirse, se pudo comprobar que la referida suma si salió de la cuenta de la demandada, producto bancario al cual tenía acceso el aquí demandante en el sentido de autorizar cualquier pago, facultad que, además, se itera, solo le asistía a este profesional y no el área de nómina, pues las 2 testigos coincidieron en exponer que aunque existían 4 tokens del Banco Caja Social, solo el demandante podía aprobar el pago una vez estuviera "ajustada" la operación, entonces no se entiende por qué el actor no tenía bajo custodia el token "que autorizaba", siendo un objeto de vital importancia para cuidar los dineros de la empresa demandada, debiendo hacer uso de los medios necesarios y suficientes para salvaguardar los intereses de la empresa.

Es más, la declarante **NORMA CONSTANZA JIMÉNEZ HERNÁNDEZ** expresó de manera espontánea que el demandante al tener conocimiento sobre estas transacciones le indicó vía telefónica que el token estaba en la oficina sin llave, por lo que la deponente tuvo acceso en este momento al token al no existir seguridad alguna, pudiendo entonces cerciorarse que no estaba bajo llave, conforme a los lineamientos dados desde la entrega.

En este punto, se puede concluir, la empresa demandada tomó las precauciones necesarias para convalidar la ocurrencia de los hechos señalados al actor como causal de despido, realizando entrevistas, incluso, al demandante, quien explicó entre el 26 y 27 de septiembre de 2019 a las 11:30 a.m., que como función debía autorizar pagos a proveedores, debiendo revisarlos previamente, a través de una plataforma BCS, existiendo un token físico y una clave secreta. Adicionalmente, la entidad financiera Banco Caja Social al realizar el estudio investigación interna indicó, quien realizó las transacciones debió ingresar a la plataforma digitando la clave alfanumérica creada por el usuario o administrador y la digitación de los OTP (One Time Pasword) o contraseña de un solo uso para autenticación), generados para tal fin por el dispositivo electrónico (token); dispositivo que reitera la Sala, era de uso exclusivo del aquí demandante, sin que en autos se acreditara la intervención de un tercero en el insuceso.

Asimismo, debe anotar esta Corporación que la entidad financiera manifestó que la dirección IP desde donde se ejecutaron las transacciones los días 6 y 10 de septiembre de 2019, corresponde a la utilizada de manera habitual por la Asociación demandada para la realización de las operaciones., brindando un reconocimiento de fechas, horas de inicio y finalización de las transacciones,

logrando entonces extraer que los dineros salieron de la cuenta de la demandada, previa autorización de un sujeto que, según las probanzas aportadas no ha sido identificado, no obstante, ante dicha situación debe advertirse, la actuación o conducta del actor no fue la más afortunada ya que no demostró que hubiese ejercido actos de custodia responsables y adecuados frente al token que autorizaba los pagos por internet, siendo la única persona que tenia esta facultad entre los 4 token que en su momento otorgó el Banco y por tanto resulta reprochable en este escenario. Entonces, si bien al empleador en esta clase de litigio le corresponde demostrar la existencia del hecho alegado, no puede dejar de valorarse las actuaciones desplegadas por el demandante o trabajador disciplinado al momento de la comisión de la conducta.

Nótese que el señor JAIRO PEÑARANDA tenía pleno conocimiento de la función puntual que le asistía consistente en autorizar los pagos vía web, solo él tenia acceso al token, para el momento de las desafortunadas transacciones no se encontraba en las instalaciones de la oficina, pero de manera "remota" efectuaron las mismas, por lo que, era de su incumbencia demostrar si se trató de un robo cibernético u otra circunstancia.

Por ende, conforme a lo ya narrado, considera esta Corporación que con la conducta desplegada por el promotor del litigio **sí se incurrió en una grave negligencia** que da lugar a que opere la terminación del vínculo con justa causa, toda vez, que el señor JAIRO PEÑARANDA fue omisivo al momento de custodiar el token y las consecuentes claves, al quedar demostrado que el día 06 de septiembre de 2019 ante la ocurrencia de la primera transacción la señora **NORMA CONSTANZA JIMÉNEZ HERNÁNDEZ** se comunicó con éste y le fue informado que el "*token autorizador"* estaba en un cajón **sin llave**, debiendo entonces el actor en su calidad de Contador de la compañía prever cualquier situación de seguridad, hecho que además se pudo constatar el mismo día en que ocurrió el "*robo cibernético*". En este punto, si bien la entidad financiera Banco Caja Social informó que las operaciones realizadas por la Asociación Colombiana de Diabetes se generaron desde la dependencia "***CONSULTAS***" y que conforme a las condiciones de configuración que definió el usuario ADMINISTRADOR para la misma no requería nivel de autorización, **debe advertirse,** este procedimiento no era el único requerido para realizar la transacción, pues ambas operaciones bancarias se realizaron desde la misma dirección IP empleada habitualmente por la demandada así como se digitaron las 2 claves -One Time Password-, suministrándose de

manera correcta los datos de autenticación en la plataforma del Banco; información que solo conocía el demandante en el ejercicio de sus funciones como Contador Público de la empresa, pues nótese, que en la diligencia de descargos y en el interrogatorio de parte recaudado, afirmó que le asiste dicha función de manera exclusiva, no pudiéndosele entonces atribuir ningún tipo de responsabilidad a otro cargo o rango de la Compañía ya que el señor JAIRO PEÑARANDA debía precisamente, efectuar los pagos y tenía acceso a la cuenta de ahorros del Banco Caja Social.

De modo que, se itera, el demandante fue negligente al momento de custodiar los elementos de trabajo brindados por la Compañía, considerándose para esta Sala de Decisión, dicha conducta como **grave,** sin que ello, signifique que el actor haya sido considerado cómplice o coautor del presunto delito, sino simplemente que su actuar se debe considerar como una grave negligencia en las labores a él asignadas, puntualmente, el señor JAIRO PEÑARANDA no desplegó los actos necesarios para salvaguardar el "*token autorizador*" así como las claves, con el fin de custodiar la información financiera de la Asociación, conforme a todo lo anteriormente explicado.

Precisándose en este punto, para que se configure la falta grave o grave negligencia, no se requiere que efectivamente se haya ocasionado un daño, perjuicio económico o beneficio para el empleador, señalando además, la grave negligencia no se encuentra condicionada al "*animus nocendi*" (intención de causar daño) del trabajador, por lo que cumplidos los presupuestos de gravedad objetiva de la violación legal o previa calificación de la misma, puede sobrevenir lícitamente la extinción del nexo jurídico-laboral a causa de negligencia o descuido culposo y no necesariamente por dolo del infractor[6].

En suma, las razones expuestas permiten concluir que el despido del que fue objeto el promotor del litigio se dio con justa causa, agotándose de esta manera la competencia de la Sala, y por arribarse a las mismas conclusiones a las que llegó la Juez de primera instancia, se impone la confirmación de la sentencia recurrida.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

---

[6] *Sobre el tema pueden consultarse las sentencias CSJ SL 14 ago. 2012, rad. 39518, reiterada en sentencia SL2089 de 2020.*

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

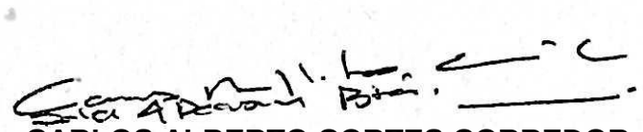
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

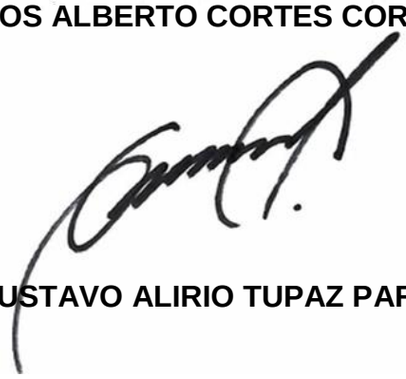
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

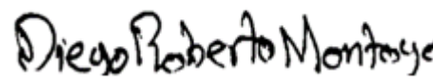


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de $1.160.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANA PATRICIA POLO LLINAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 14 2020 00401 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de junio dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada AMALIA LOAIZA como apoderada sustituta de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido por MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO.

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 13 numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de desatar el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 31 de enero de 2023 (archivo 30 expediente digital récord 32:53), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del acto de traslado que hicieron las demandantes, señoras Soraya Sánchez Martínez y **ANA PATRICIA POLO LLINAS** del régimen de prima media con prestación definida, al de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN, señalando como consecuencia de esta declaración que ningún efecto jurídico*

circulo surtió ese acto y por tanto siempre estuvieron afiliadas al régimen de Prima media, actualmente administrado por Colpensiones.

***SEGUNDO. ORDENAR** a la AFP PROTECCIÓN donde se encuentran vinculadas actualmente las accionantes a trasladar a Colpensiones el saldo total de sus cuentas individuales de ahorro. incluyendo rendimientos financieros, sin hacer descuento alguno por gastos de administración o comisiones conforme a lo expresado en la parte motiva de esta sentencia.*

***TERCERO. DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*

***CUARTO. CONDENAR EN COSTAS** en ambos procesos a todo el extremo pasivo, oportunamente será tasado este rubro"*

Inconformes con la decisión la apoderada de COLPENSIONES la apeló señalando que la a quo al momento de la sentencia, no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica en el entendido que Colpensiones, es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora y la AFP, en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo cual independientemente de la decisión adoptada, en razón a la declaratoria o no de la ineficacia del traslado, Colpensiones no puede ser favorecida ni perjudicada con las mismas, pues nada tuvo que ver con la decisión tomada por la actora. Por tanto, no se le debe condenar a recibir a la demandante como afiliada de nuevo al RPM, pues con ello se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, debiéndose tenerse en cuenta el impacto en la reserva pensional que se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos.

Reiteró, Colpensiones es un tercero que no tuvo injerencia en la celebración del acto jurídico y con el regreso al régimen del RPM existe una alta posibilidad de un futuro reconocimiento de derechos pensionales, lo cual genera, un alto impacto en el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para tales fines.

Agregó, que de confirmarse la decisión, debe ordenarse el pago de los perjuicios económicos generados a Colpensiones, en atención a que en virtud de la teoría del daño del derecho civil, quien causa el daño es quien debe repararlo a un tercero del acto jurídico, como lo es Colpensiones (archivo 30 expediente digital récord 35:07[1])

[1] Gracias su Señoría, están dentro del término legal, me permito presentar recurso de apelación para el ante honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral en contra de las sentencias proferidas por el juzgado 14 laboral de circuito de Bogotá dentro de los procesos 2020- 401 y 2020-322, recurso que sustento en los siguientes términos:

Solicito a los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se revoquen las sentencias proferidas por el juez de Primera instancia en su totalidad, pues toda vez que el a quo al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en el entendido de que Colpensiones es un tercero ajeno en el acto jurídico, celebrado entre las actoras y protección, y pues en razón a que todos los

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 subsanación de la demanda (Exp. Digital: archivo 09, página 4), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 1 a 4, ibidem), aspirando principalmente se declare la nulidad de la afiliación efectuada a Protección, en consecuencia se condene a Colpensiones a recibirla y afiliarla en el RPM como si nunca se hubiera trasladado, junto con el pago de los intereses generados por la demora injustificada en la no autorización del traslado del RAIS sobre la devolución de los aportes a pensión efectuados a la AFP PROTECCIÓN, la indexación de las sumas adeudadas, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional realizado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con PROTECCIÓN S.A., a quien condenó a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual, incluyendo rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración ni comisiones y condenó en

---

actos jurídicos, pues tienen efectos inter partes, por lo cual pues independientemente de la decisión adoptada por el juez, pues en razón a la declaratoria o no de ineficacia del traslado mi representada no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma, pues como se ha manifestado pues Colpensiones nada tuvo que ver con la decisión tomada por las actoras, por lo que le solicito al honorable tribunal sala laboral, pues que no se condene a mi representada recibir a las actoras como afiliadas de nuevo en el RPM, ya que con esta decisión, pues consecuencial a la declaratoria de ineficacia, pues está afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones, pues el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el artículo 1° del acto legislativo 01 del 2005, ya que en caso de esta condena, debe tenerse en cuenta el impacto al PIB y en la reserva pensional que pues día tras día, se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos y le solicitó a la Sala que estudie de manera juiciosa este escenario en el cual pues la AFP que faltó a su deber legal de información no acarree graves consecuencias, con la posibilidad de declaratoria de inexistencia, pero mi representada Colpensiones, que como ya se dijo es un tercero que no tuvo injerencia en los actos jurídicos, pues sí las acarreará, ya que con el regreso de las actoras al régimen del RPM, pues existe una alta posibilidad de futuro reconocimiento de derechos pensionales, por lo cual genera, como ya se dijo, un alto impacto en el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para sus fines.

Ahora bien, conforme lo señala en artículo segundo de la ley 797 en 2003, el cual modificó el literal, el artículo 13 de la ley 100 de 1993, pues se señala que según la anterior norma, las demandantes ya se encuentran inmersas en la prohibición para trasladarse de régimen pensional y en ultimas, pues si se determina que no hay otra posibilidad de coordinar el retorno de las demandantes al RPM, solicitó al Tribunal condene a la AFP que falto al deber legal de información a las demandadas, pues para mi representaba los perjuicios económicos que ello genera para mi representada en atención a que en virtud de la teoría del daño del derecho civil, pues si, quien causa el daño es quien debe repararlo y no un tercero en el acto jurídico como lo es Colpensiones y así de esta manera hemos sustentado los recursos presentados, reiterándole al honorable tribunal superior de Bogotá Sala laboral que revoque los fallos proferidos por el juzgado 14 laboral de circuito de Bogotá y en su lugar se absuelva a mi poderdante todas y las pretensiones incoadas en los escritos introductores.

costas a las demandadas. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[2].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 31 de marzo de 1965 (Página 216, archivo 03 expediente administrativo), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la peticion elevada ante COLPENSIONES el 20 de octubre del 2020 (Páginas 242 y 243, ibidem), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional; y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para a 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 **426,29** semanas cotizadas al sistema (Página 59 Archivo 15 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 parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes

[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".*

en el proceso, acaeció el **30 de octubre de 1996 con fecha de efectividad 01 de diciembre de ese año** (páginas 21 y 60, *«Archivo 15 expediente digital»*), por afiliación que hiciera a PROTECCIÓN S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *«libre y voluntaria»* contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias»*.

En tal sentido, *«es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez»* (CSJ SL1688-2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*[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 (CSJ SL2877-2020):

> *«(…)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
>
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia»*.

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió:

---

[3] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

*«**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***

Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.

Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la

procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de

tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado 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[4], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias CSJ

[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.
"(...).

SL1421-2019, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1689-2019, destacando de la referida sentencia CSJ SL1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *«(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*

"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

<Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario».

> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)»*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información a la accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante[5] no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario, pues manifestó que al momento del traslado unos asesores llegaron a su lugar de trabajo, donde se le indicó que el ISS se iba a liquidar, que era más beneficiosos trasladarse al fondo privado, que si se querían pensionar debía trasladarse, que se iban a perder los recursos hasta ese momento en el Seguro Social, razón por la cual accedió a firmar el formulario de afiliación, sin que le explicaran de manera detallada cómo funcionaba el RAIS, ni como se pensionaría en el mismo.

---

[5] *Audiencia del 5 de diciembre del 2022, audio archivo 25 expediente digital, récord: 5:29*

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, la demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, olvidando PROTECCIÓN 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 de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada.

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 PROTECCION (página 21, archivo 15 expediente digital), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019 y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora, PROTECCIÓN S.A., no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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 CSJ SL1688-2019 reiterada en la CSJ SL3708-2021 y CSJ SL3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
> *…*
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado». De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.*
>
> *Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor*

transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un concepto, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Unido con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de cada uno de los regímenes pensionales.
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa 016 de 2016	

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 PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen **(30 de octubre de 1996,** efectivo el **01 de diciembre de ese año)** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia CSJ STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones PROTECCIÓN, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus

rendimientos, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado 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.

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de COLPENSIONES, que se adicionará el ordinal segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PROTECCIÓN S.A. debe devolver a COLPENSIONES, además de los gastos de administración y las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[6] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[7], por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia CSJ SL2877-2020 en la cual sostuvo:

> *«(…)*
> *De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional* ***deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor,*** *sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil.* ***En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones».***

También es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición

[6] *Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.*
[7] *Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021*

procede, incluso, de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> *«**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real»* (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia CSJ SL3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,** junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor»* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Advirtiéndose a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan "*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas*." (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

Por otro lado conviene ahondar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES[8], a favor de quien se surte la consulta (páginas 26 y 27, *Archivo 14 expediente digital*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, en lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES de reconocer el valor de los perjuicios ocasionados, la misma se torna improcedente como quiera que tal aspecto no fue objeto del debate probatorio pues ninguna pretensión se erigió tendiente a obtener el pago de este concepto a favor de esa administradora, así

[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 21 de julio del 2022 (Archivo 17 expediente digital).

como tampoco fue propuesta dicha temática a lo largo del juicio por ese extremo procesal.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará la sentencia en los puntos anteriormente expuestos y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C**., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** devolver a **COLPENSIONES** además de los gastos de administración y comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

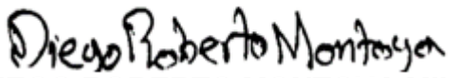
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA STELLA REY BUITRAGO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. (RAD. 15 2022 00070 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ERIKA FERNANDA ABAD ALVAREZ, como apoderada sustituta de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido por MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 20 de abril de 2023 *(Audiencia virtual, archivo 26 expediente digital récord: 1:25:30),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ** la afiliación o traslado efectuado por la señora **MARIA STELLA REY BUITRAGO** del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día **22 de abril del año 1994** a través de la **AFP COLFONDOS** y como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a dicha AFP **COLFONDOS** donde actualmente se encuentra afiliada la señora demandante traslade los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, correspondiente a los rendimientos, junto con las sumas que obren en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, gastos de administración previstos en*

el literal q) del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, las comisiones que le haya descontado, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima con destino a la administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que en alguna época estuvo la señora demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, en el régimen de prima media teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a COLFONDOS *para el efecto, se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a (1) un salario mínimo legal vigente para el año 2023. SIN COSTAS respecto a Colpensiones. Se declara no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas*

TERCERO*: Si la presente providencia no fuere impugnada, y dado el resultado desfavorable dada la naturaleza jurídica de Colpensiones se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta.".*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES presentó recurso de apelación parcial[1], manifestando su inconformidad frente al no traslado de la totalidad de la cotización, concerniente al porcentaje destinado al pago de seguros previsionales de la demandante, en virtud de lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, corporación que ha sostenido que las consecuencias de la inobservancia del deber de información, es la declaratoria ineficacia del acto de traslado, implicando que las partes deben retrotraer la afiliación al régimen de ahorro individual, con el propósito de trasladar la totalidad del capital ahorrado junto a sus rendimientos financieros, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, con cargo a sus propias utilidades.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

---

[1] ***Recurso Colpensiones (récord, 1:27:53):*** *"Gracias su Señoría de acuerdo a las instrucciones de mi representada, dentro de la etapa procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia con respecto al no traslado de la totalidad de la cotización, es decir, el concepto del porcentaje destinado al pago de seguros previsionales de la demandante, a mi representada. Ha indicado la Corte Suprema de Justicia, dentro del avance jurisprudencial de las ineficacias de traslado que las consecuencias de la inobservancia del deber de información, es la declaratoria ineficacia del acto de traslado, esto implica que las partes deben volver al mismo, están que se harían si no hubiese existido la afiliación al régimen de ahorro individual, esto es, que el propósito es retrotraer la situación como si este acto jamás hubiese existido; lo que implica en este caso a Colfondos que debe trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto a sus rendimientos financieros y, por lo tanto, lo obliga también a devolver los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, con cargo a sus propias utilidades, pues sus recursos desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, por lo antes expuesto, se solicita al Honorable Tribunal de Bogotá, Sala Laboral, REVOQUE, en este sentido la sentencia proferida y ORDENE la devolución total de la cotización de la demandante, a mi representada. En tal sentido, dejo sentado mi recurso de apelación.".*

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 4 y 5, archivo 1 Expediente Digitalizado),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 2 a 4, ibidem),* aspirando de manera principal:

DECLARATIVAS

***PRIMERA: DECLÁRESE LA INIEFICACIA / NULIDAD** de la afiliación de la señora **MARIA STELLA REY BUITRAGO** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto es la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.** por medio de la cual se trasladó del régimen solidario de prima media con prestación definida*

*administrado por el **INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES** hoy la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – "COLPENSIONES".***

SEGUNDA: DECLÁRESE** la libertad de la señora **MARIA STELLA REY BUITRAGO**, de afiliarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al declararse la nulidad de la afiliación a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.

CONDENATORIAS

***PRIMERA: CONDÉNESE** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir a la señora **MARIA STELLA REY BUITRAGO** como afiliada cotizante.*

SEGUNDA: CONDÉNESE A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.** a liberar de sus bases de datos a la señora **MARIA STELLA REY BUITRAGO**, y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **MARIA STELLA REY BUITRAGO**, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – "COLPENSIONES".

***TERCERA: A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLFONDOS S.A.**, al pago de las costas procesales que genere el presente proceso.*

***CUARTA: CONDÉNESE** a lo extra y ultra petita debatido y probado en el proceso.*

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora MARIA STELLA REY BUITRAGO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día **22 de abril del año 1994** a través de la AFP COLFONDOS y como consecuencia de lo anterior se ordenó a dicha AFP a trasladar los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, correspondiente a los **rendimientos, gastos de administración** previstos en el literal q) del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, las **comisiones** que le haya descontado, el **porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima** con destino a la

administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES, asimismo, ordenó que Colpensiones reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la demandante y acredite las semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual. Igualmente, condenó en costas a COLFONDOS y absolvió a Colpensiones. **Lo anterior tras considerar,** con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

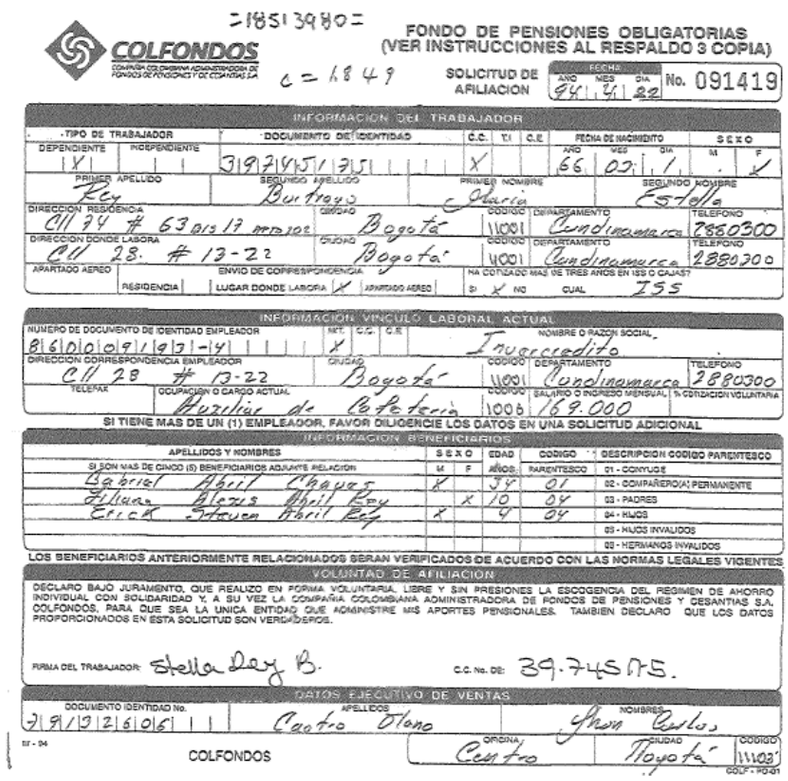
Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[2].

Así las cosas, se tiene como fecha de nacimiento de la demandante el 1º de marzo de 1966 *(Conforme se registra en la cedula de ciudadanía Página 03, Archivo 03 Expediente Digitalizado),* por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y COLFONDOS el 17 de enero de 2023 *(páginas 4 a 5 y 9 a 11 del archivo 03 del expediente digital)*, esto es, cuando se encontraba a 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 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con **454,14** semanas cotizadas al sistema *(Historia Laboral aportada por Colpensiones*

[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".*

Archivo 24 expediente digital página 2)[3]*,* por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como bien lo señala Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la demandante a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, tuvo como fecha de solicitud el **22 de abril de 1994** (*Ver Página 38, archivo 03 del expediente digital)* por afiliación que hiciera a la entonces AFP COLFONDOS, conforme a la siguiente imagen inserta:



COLFONDOS
FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS
(VER INSTRUCCIONES AL RESPALDO 3 COPIA)
SOLICITUD DE AFILIACION
FECHA: AÑO 94 MES 4 DIA 22 No. 091419

INFORMACION DEL TRABAJADOR
TIPO DE TRABAJADOR: DEPENDIENTE X
DOCUMENTO DE IDENTIDAD: C.C. X
FECHA DE NACIMIENTO: AÑO 66 MES 07 DIA 1
SEXO: M X
PRIMER APELLIDO: Rey
SEGUNDO APELLIDO: Buitrago
PRIMER NOMBRE: Maria
SEGUNDO NOMBRE: Estella
DIRECCION RESIDENCIA: Cll 94 # 53 bis 17 interior
CIUDAD: Bogotá
CODIGO: 11001
DEPARTAMENTO: Cundinamarca
TELEFONO: 2880300
DIRECCION DONDE LABORA: Cll 28 # 13-22
CIUDAD: Bogotá
CODIGO: 11001
DEPARTAMENTO: Cundinamarca
TELEFONO: 2880300
APARTADO AEREO
ENVIO DE CORRESPONDENCIA: RESIDENCIA / LUGAR DONDE LABORA X / APARTADO AEREO
HA COTIZADO MAS DE TRES AÑOS EN ISS O CAJAS? SI X NO CUAL ISS

INFORMACION VINCULO LABORAL ACTUAL
NUMERO DE DOCUMENTO DE IDENTIDAD EMPLEADOR: 860109171-4
NIT X C.C. C.E.
NOMBRE O RAZON SOCIAL: Invercredito
DIRECCION CORRESPONDENCIA EMPLEADOR: Cll 28 # 13-22
CIUDAD: Bogotá
CODIGO: 11001
DEPARTAMENTO: Cundinamarca
TELEFONO: 2880300
TELEFAX
OCUPACION O CARGO ACTUAL: Auxiliar de Cafeteria
CODIGO: 1008
SALARIO O INGRESO MENSUAL: 169.000
% COTIZACION VOLUNTARIA
SI TIENE MAS DE UN (1) EMPLEADOR, FAVOR DILIGENCIE LOS DATOS EN UNA SOLICITUD ADICIONAL

INFORMACION BENEFICIARIOS
APELLIDOS Y NOMBRES (SI SON MAS DE CINCO (5) BENEFICIARIOS ADJUNTE RELACION) | SEXO M | SEXO F | EDAD AÑOS | CODIGO PARENTESCO | DESCRIPCION CODIGO PARENTESCO
Gabriel Abril Chavez | X | | 34 | 01 | 02 - COMPAÑERO(A) PERMANENTE
Liliana Alexis Abril Rey | | X | 10 | 04 | 03 - PADRES
Erick Steven Abril Rey | X | | 4 | 04 | 04 - HIJOS
| | | | | 05 - HIJOS INVALIDOS
| | | | | 06 - HERMANOS INVALIDOS
LOS BENEFICIARIOS ANTERIORMENTE RELACIONADOS SERAN VERIFICADOS DE ACUERDO CON LAS NORMAS LEGALES VIGENTES

VOLUNTAD DE AFILIACION
DECLARO BAJO JURAMENTO, QUE REALIZO EN FORMA VOLUNTARIA, LIBRE Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD Y, A SU VEZ LA COMPAÑIA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. COLFONDOS, PARA QUE SEA LA UNICA ENTIDAD QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIEN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERIDICOS.
FIRMA DEL TRABAJADOR: Stella Rey B. C.C. No. DE: 39.745.175.

DATOS EJECUTIVO DE VENTAS
DOCUMENTO IDENTIDAD No. 79179265016
APELLIDOS: Castro Otero
NOMBRES: Jhon Carlos
OFICINA: Centro
CIUDAD: Bogotá
CODIGO: 11003
EF - 04
COLFONDOS
COLF - FO-01

3

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1008212769	SERV FINANCIERO SANT	24/07/1984	06/08/1984	$11.850	2,00	0,00	0,00	2,00
1006125247	COMERCIAL RIS LTDA	17/10/1984	15/04/1985	$14.610	25,86	0,00	0,00	25,86
1008212769	SERV FINANCIERO SANT	22/07/1985	03/08/1985	$14.610	1,86	0,00	0,00	1,86
1008212769	SERV FINANCIERO SANT	01/10/1985	01/12/1985	$14.610	8,86	0,00	0,00	8,86
1003000224	RUBBER CAST COLOMBIA	17/02/1986	01/08/1986	$17.790	23,71	0,00	0,00	23,71
1008212769	SERV FINANCIERO SANT	22/08/1986	30/04/1989	$39.310	140,43	0,00	0,00	140,43
1008201255	INVERCREDITO S A	06/06/1989	30/04/1994	$177.163	255,71	0,00	0,00	255,71

[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 458,43

[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 * "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"): 0,00

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*
>
> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

En tal sentido, *"es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez"* (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[4], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(...)*
> *De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*
>
> > *Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*
> >
> > *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*
>
> ***Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición.*** *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia."*

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber 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:

---

[4] *Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020*

*"**1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen***

Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (…) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.

Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)".

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón

por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado,* por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del

mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la demandante 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[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

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*

---

proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante (Audio Archivo 25, récord: 15:20)[6] no acreditan de

[6] ***Interrogatorio de parte demandante, récord 15:20:*** *"Soy Abogada, trabajo en la Registraduría Nacional, para el 1º de abril de 1994 trabajaba en una empresa de crédito y a esas instalaciones llegaron unos asesores, a mí me dijeron que el Instituto se iba a acabar, que iba a tener garantías, que me podría pensionar antes de tiempo, y ante esas ventajas me ofreció un formulario donde uno lo diligencia y proceda a firmarlo, la reunión duró de 10 a 15 minutos, no me dijo nada de retracto, la charla fue lo que iba a tener bueno, la pensión más alta, devolución de aportes, se habló sobre beneficios pero nada más, la verdad fue como un tema comercial, fue como indicar que daba algo más de lo que se tiene, yo tomé la decisión de pasarme a Colpensiones porque comencé hacer mis indagaciones y pude verificar que mi mesada pensional asciende a un mínimo, siendo un limitante para mi y que las maravillas que me ofrecieron no son ciertas el mismo asesor de Colfondos me dijo que lo mejor es pensionarme con Colpensiones, incluso, me siento engañada y defraudada, yo me quiero trasladar porque me sentí engañada no es por el tema económico, en 1994 yo era Bachiller, fui Abogada en el 2004, al momento del traslado no me informaron cuál sería la mesada pensional, la reclamación la hice para la demanda, en ese momento no me hablaron del capital, ese vocabulario era comercial, no he recibido de Colpensiones Asesoría sobre las características, no sé si la mesada sea más*

manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que llegaron varios asesores, que uno de ellos le informó que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría, siendo dicha AFP quien tenía mayor liquidez, además, que podría pensionarse a una edad menor a la establecida en la ley, y que sus aportes tendrían mayor rentabilidad dada la liquidación en su momento del ISS, sumado a los rendimientos que se generaría, pero de manera alguna le indicaron sobre las modalidades pensionales en el RAIS, requisitos para pensionarse anticipadamente, entre otros aspectos, situación que en manera alguna da a entender que la actora conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que COLFONDOS haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de 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.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones COLFONDOS proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las

---

alta, lo que pasó es que el mismo asesor de Colfondos me dijo que es mejor Colpensiones en mi caso".

características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
>
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
>
> *…*
>
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin*

> *importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.*
>
> *Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año **1994**, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante a 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, mucho más cuando COLFONDOS no aportó el expediente administrativo de la demandante, nótese, esta AFP manifestó en la contestación que estaba en proceso de “digitalización”.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen **(solicitud efectuada el 22 de abril de 1994),** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en

la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la demandante 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 la AFP COLFONDOS, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la demandante, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado. En este aspecto, es de aclarar, frente al recurso de Colpensiones, que el *a quo* ordenó en el numeral 1º de la parte resolutiva el traslado de los gastos de administración y rendimientos, no siendo necesario entrar a adicionar la sentencia en tal sentido.

Sin embargo, debe precisarse, ésta Sala de Decisión adicionará el numeral 1º del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior COLFONDOS S.A. también **deberá retornar las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[7], debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades[8], **haciéndose extensible a los conceptos que ordenó el *a quo* (rendimientos, gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima),** por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

"(…)

[7] *Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.*
[8] *Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021*

> *De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional* ***deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor,*** *sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil.* ***En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.”***

Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> *“****Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***

> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es*

> *incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***"7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor."* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[9] *(Página 7, archivo 17 del expediente digital),* entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio del punto de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará conforme a lo expuesto y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

---

[9] *Se tuvo por contestada la demanda en auto del 09 de marzo de 2023, archivo 21 del expediente digital.*

En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C**., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **PRIMERO** del fallo de primer grado, para ordenar a COLPENSIONES retornar los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, haciéndose extensible a los rendimientos, gastos de administración, comisiones y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, conforme lo considerado.

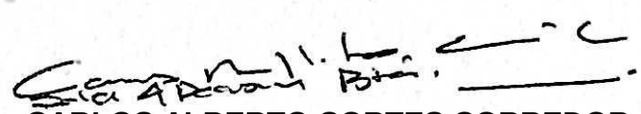
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

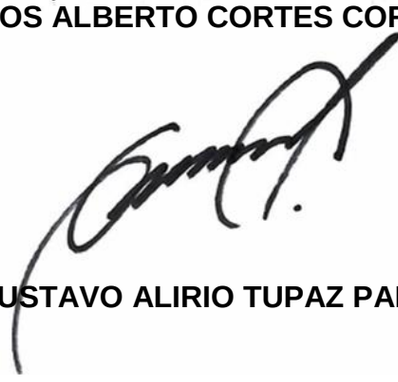
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

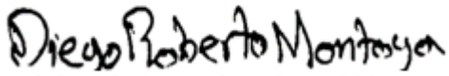
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS CARLOS ROSAS ESPINOSA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES-, SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 15 2018 00118 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ERIKA FERNANDA ABAD ALVAREZ como apoderada sustituta de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido por MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado 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 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de abril de 2023 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 2:15:31, acta de audiencia expediente digital), en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas COLFONDOS, SKANDIA, PORVENIR, Y COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción y en estos términos declarar demostradas las excepciones de cobro de lo no*

debido e inexistencia de la obligación respecto a las pretensiones invocadas por el señor LUIS CARLOS ROSAS ESPINOSA, conforme se expuso en la parte motiva.

***SEGUNDO: ABSOLVER** a la llamada en garantía MAPFRE de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la acción y en estos términos declarar demostrada frente a la misma las excepciones de, cobro de lo no debido, e inexistencia de la obligación conforme se expuso en la parte motiva.*

***TERCERO: CONDENAR EN COSTAS** al señor DEMANDANTE y a SKANDIA. Al señor DEMANDANTE a favor de COLFONDOS, SKANDIA, PORVENIR, Y COLPENSIONES para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a (1) un salario mínimo legal vigente para el año 2023 y CONDENAR A SKANDIA EN COSTAS a favor de MAPFRE para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a (1) un salario mínimo.*

***CUARTO**: Si la presente providencia no fuere impugnada, y dado el resultado desfavorable para el señor LUIS CARLOS ROSAS ESPINOSA entonces demandante se remitirán las diligencias al superior para efectos de que las revise en el grado jurisdiccional de consulta.".*

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación[1] solicitando al Tribunal revoque la sentencia y, en su lugar, acceda a las pretensiones de la demanda.

---

[1] ***Apoderada Parte Demandante, récord 2:17:22: "**Muchas gracias su señoría, entonces, estando en el término pertinente para hacerlo, me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión adoptada por el despacho para que sea el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral quien estudie de fondo el caso y se acceda a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, lo anterior, su señoría, teniendo en cuenta que en el caso quedó totalmente demostrado que existió de alguna manera, desinformación por parte del fondo de pensiones de todos los fondos de pensiones en los que estuvo mi defendido respecto de varias situaciones como lo hice ver en mis alegatos de conclusión.*

Adicional a lo anterior, me gustaría dejar claro su señoría que en el caso en concreto no se tuvo en cuenta la prueba de la certificación allegada por Ecopetrol, en donde certifican que mi cliente es, digamos, trabajó allí y no se puede trasladar o atribuirse a mi defendido la incompetencia o la falta de afiliación, por parte de Ecopetrol, ya que Ecopetrol tenía que haberlo afiliado y por eso se hizo presente la demanda, tuvo que haberlo afiliado a Colpensiones y no lo hizo, sin embargo, se presentó la certificación para que se acreditara y no se le atribuyera esta responsabilidad a mi defendido y no como tal a quién debería hacerse que es Ecopetrol, adicional a eso, recuerdo que en la fijación del litigio se dejó bastante claro que el caso no iba a ser respecto de la nulidad del traslado porque no estamos frente a un traslado, aunque a mí defendido sí tuvieron que haberlo afiliado al ISS y nunca se hizo. Sin embargo, en la afijación del litigio quedó bastante claro que no se iba a tocar el tema del traslado, sino la nulidad o ineficacia de la afiliación y que al final de todo, sí existió o la afiliación como tal sí obedeció a engaños y mentiras por parte de los fondos de pensiones, si bien en el interrogatorio de parte mi defendido dio a conocer que se le dio información respecto de los fondos, lo cierto, su señoría es que esta información no fue completa ni tampoco le permitió escoger bajo criterios reales, cuál era el fondo que más le favorecía. Tal como yo lo dije en mis alegatos de conclusión, nunca existe un estudio pensional en la afiliación, ni tampoco durante la afiliación, el mismo solamente fue allegado a mi cliente cuando él lo solicitó, es decir, él nunca conoció el eventual monto de su mesada pensional en un régimen en el otro, y además, quiero dejar bastante claro, que si los fondos de pensiones conocían en este caso que mi defendido jamás había estado afiliado a Colpensiones al régimen de prima media, reviste mayor importancia que si ellos son los que tienen el conocimiento del caso en concreto, deberían hacerle saber a mi defendido la existencia de un régimen distinto al régimen de ahorro individual y nunca lo hicieron durante todos los años de afiliación.

De la misma manera, pues, como lo mencioné, los alegatos, la información dada por los fondos de pensiones no solamente fue incompleta durante la afiliación y el momento de la afiliación, sino que además nunca obedeció realmente a lo que le dijeron en las asesorías, es decir, hoy lo que nos atañe en este caso es que a mi defendido le dieron información como él lo hizo saber en su interrogatorio de parte, sin embargo, la información nunca fue cierta, nunca fue veraz, ni nunca fue completa y hoy en día lo que nos tiene en este

En sustento de ello, argumentó, existió desinformación por parte de todos los fondos de pensiones en los que estuvo el actor, asimismo, expuso, no se tuvo en cuenta la certificación allegada por Ecopetrol, en donde asevera que el demandante trabajó allí y no se puede trasladar o atribuirse la incompetencia o la falta de afiliación por parte de Ecopetrol al actor ya que tenía que haberlo afiliado, sin embargo, se presentó la certificación para que se acreditara y no se le atribuyera esa responsabilidad al demandante, adicional a eso, recordó, en la fijación del litigio se estableció que el caso no iba a ser respecto de la nulidad del traslado porque no se está frente a un traslado, sino la nulidad o ineficacia de la afiliación.

Insistió, la afiliación obedeció a engaños y mentiras por parte de los fondos de pensiones, pues si bien en el interrogatorio de parte el actor dio a conocer que se le dio información respecto de los fondos, lo cierto, es que esta información no fue completa ni tampoco le permitió escoger bajo criterios reales, cuál era el fondo que más le favorecía. Resaltó, si los fondos conocían que el actor jamás había estado afiliado a Colpensiones en el régimen de prima media, debieron hacerle saber la existencia de un régimen distinto al régimen de ahorro individual y nunca lo hicieron durante todos los años de afiliación.

De la misma manera, la información dada por los fondos de pensiones no solamente fue incompleta durante la afiliación, sino que además nunca obedeció realmente a lo que le dijeron en las asesorías, es decir, le dieron información como él lo hizo saber en su interrogatorio de parte, sin embargo, la información nunca fue cierta, veraz y completa.

---

caso es que toda esa información que le dieron al momento de su afiliación es errónea y él está buscando un mejor futuro pensional, trasladándose o no trasladándose, sino afiliándose al régimen de prima media, teniendo en cuenta lo anterior, su señoría, sí solicito se tengan en cuenta todas y cada una de las pruebas, principalmente la certificación que acredita que mi defendido trabajo en Ecopetrol que fue Ecopetrol, quien no realizó la afiliación al ISS como le correspondía, y esa responsabilidad no se puede trasladar a mi defendido en el caso en concreto, pero adicional que se tenga en cuenta que en la fijación del litigio, también nunca se habló de un traslado, sino por lo contrario, se habló de la ineficacia de la afiliación misma, la cual, como ya lo dije, siempre obedeció a criterios, nunca, criterios falsos a criterios que en la actualidad nunca se cumplieron y eso es lo que se debió haber estudiado como tal en el caso en concreto.

Así las cosas, su señoría si solicito respetuosamente se me conceda el recurso de apelación para que sea el Superior quien revise todas y cada una de las pruebas y la decisión tomada por el despacho y se accede a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, muchas gracias.".

Por su parte, la codemandada **SKANDIA S.A,** recurrió la decisión[2] del juez a quo en forma parcial, con relación a la condena en costas a favor de MAPFRE, soportando la inconformidad en que, no existe ninguna situación que dé lugar a condenar por este concepto, teniendo en cuenta que dentro del proceso la sociedad SKANDIA S.A. no salió vencida, recordando entonces, no había lugar a fulminar ninguna condena por concepto de costas, así sea a favor de Mapfre, atendiendo que fue integrada como llamada en garantía.

Agregó, en el escrito de la demanda lo que pretendía la parte demandante era que se declarara la ineficacia de la afiliación lo que implica retrotraer los hechos a su estado inicial, soportando esto, en que el llamamiento en garantía formulado obedece a que se debía retrotraer o devolver más bien los gastos de los seguros previsionales que pagó SKANDIA S.A. en su momento a Mapfre, esto, de prosperar la demanda.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

---

[2] (***Recurso SKANDIA S.A., récord 2:22:08):*** *"Me permito presentar recurso de apelación, únicamente de manera parcial pues únicamente respecto a lo que tiene que ver con la decisión del despacho, en el sentido de condenar a mi representado a pagar costas a favor de Mapfre, esto, teniendo en cuenta su señoría, pues, y honorables magistrados que dentro de digamos que los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia, lo único que, pues se puede evidenciar es que el despacho acogió lo pedido por el apoderado de Mapfre, no obstante, pues no, no sé esbozó, digamos que de manera detallada algún argumento que diera lugar a condenar a mi representada por este valor al respecto, debo manifestar que, pues lo cierto es que, dentro del proceso mi representada no salió vencida, dentro de este proceso, pues dentro de los demás numerales de la sentencia, mi representada fue absuelta. las pretensiones incoadas por la parte demandante aquí, pues, debe recordarse que es la parte, es el señor LUIS CARLOS ROSSO, quien funge como demandante y no Mapfre Seguros por lo tanto, pues, mi representada por ser absuelta de las pretensiones incoadas en su contra, pues no había lugar a declarar ninguna condena por concepto de costas, así sea a favor de Mapfre, que en el presente caso, pues fue integrada dentro del proceso, en atención al llamado en garantía, realizado por mi representada.*

Ahora bien, pues sin perjuicio de esto, también debo poner de presente que lo cierto es que en el escrito de la demanda lo que pretendía la parte demandante es, pues, declarar nula la declaración de una ineficacia y al estudiar este efecto jurídico, pues se tiene que la declaratoria de una eficacia de un hecho o un acto jurídico implica retrotraer los hechos a su estado inicial o/a su estado, si a su estado inicial lo que quiere decir esto, que el llamamiento en garantía formulado por mi representada obedece que en atención a que si se hubiera declarado la ineficacia de la afiliación y en consecuencia retrotraer todo a su estado inicial, pues lo que quiere decir, lo que equivale es que también se debía retrotraer o devolver más bien los gastos de los seguros previsionales que pagó mi representada en su momento a Mapfre y estos gastos previsionales, pues fueron cancelados y fueron pagados en su oportunidad a Mapfre, y eso en atención a que si hubiera llegado a declararse esa ineficacia que pretendió la parte demandante, pues Mapfre tenía la obligación de devolver, estos pagos que realizó en su oportunidad mi representada, pues como ya lo dije, los efectos de la ineficacia es retrotraer todo a su estado inicial. Por estos argumentos, pues en estos argumentos sustento mi recurso de apelación simplemente para que el honorable tribunal revoque únicamente lo que tiene que ver con la decisión de haber condenado a mi representada a pagar estas costas a favor de Mapfre, muchas gracias su señoría.".

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante LUIS CARLOS ROSAS ESPINOSA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (página 7, archivo 01), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 2 a 7, ibidem), aspirando principalmente:

> **PRIMERO: DECLARAR** la **NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN** al Régimen de Ahorro Individual de mi poderdante la cual se materializó a través de las AFPS Colfondos S.A., Skandia S.A., y Porvenir S.A.
>
> **SEGUNDO: CONDENAR** a Porvenir S.A. a trasladar los aportes realizados por mí poderdante a Colpensiones, junto con los rendimientos generados.
>
> **TERCERO: CONDENAR** a Colpensiones a aceptar el traslado de mí poderdante y recibir los aportes pensionales junto con los rendimientos generados.
>
> **CUARTO: CONDENAR** a Porvenir S.A a asumir cualquier diferencia actuarial que deba asumir la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por el pago del derecho pensional a que tenga derecho en el futuro mi poderdante.
>
> **QUINTO: CONDENAR** a las demandadas a las costas del proceso.

Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones, por cuanto se absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar la juez de primer grado que el traslado entre regímenes no existió por cuanto con la afiliación del demandante efectuada a COLFONDOS S.A. en el año 1996, lo que en realidad efectuó fue una selección de régimen, no siendo procedente declarar ineficaz un traslado cuando nunca se perteneció al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, adicionalmente, concluyó que las AFP le informaron al actor las características propias del régimen pues el mismo demandante aceptó dicha situación al absolver interrogatorio de parte.

Pues bien, atendiendo tanto la alzada como los argumentos de la juzgadora de primer grado, el problema jurídico a solventar en esta instancia, se contrae a determinar si con la afiliación del demandante a Colfondos S.A. se produjo un traslado del RPM al RAÍS, caso en el cual se analizaría si dicho tránsito ocurrió bajo la libertad informada y por tanto si goza de eficacia.

Para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, el traslado entre regímenes pensionales podía realizarse cada 3 años, tiempo que fue incrementado con la modificación introducida por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 a 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].

Ahora, los artículos 11[4] y 15[5] del Decreto 692 de 1994, fijaron los plazos para la procedencia del traslado y establecieron dos escenarios posibles: de una parte, los afiliados que estuvieran vinculados al régimen de prima media antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, podían continuar automáticamente afiliados en el Instituto de Seguros Sociales o una Caja de Previsión Social y cambiarse en cualquier tiempo; y de otra, en aquellos casos en que hubieran hecho su selección inicial – RPM o RAIS- a partir de la entrada en vigencia del sistema pensional, podían trasladarse solo después de haber transcurrido 3 años de conformidad con el artículo 15 de la norma aludida, el cual, como ya se dijo, se modificó posteriormente a 5 años según lo consagrado en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003[6].

Valga anotar, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 24 de marzo de

---

[3] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

[4] "(…) Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable loa prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado"

[5] "Una vez efectuada la selección de uno de cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, lo afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior."

[6] En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3475-2016, reiterada en sentencia SL2324 de 2019.

1969 (página 1, archivo 03) por lo que la edad de 62 años, los cumplirá el mismo día y mes del año 2031, procediendo a solicitar su traslado al RPM por primera vez[7], según lo documentado en el expediente, mediante el diligenciamiento del formulario de afiliación al ISS (página 4, archivo 14), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional, en otros términos, cuando estaba inmerso en la prohibición para realizar el retorno al RPM, además, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, no había estado afiliado a ningún régimen pensional, pues la afiliación inicial lo fue solo hasta el 07 de mayo de 1996, según registro SIAFP (página 18, archivo 20):

Hora de la consulta : 3:58:33 PM
Afiliado: CC 91265643 LUIS CARLOS ROSAS ESPINOSA

Vinculaciones para : CC 91265643

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación inicial	1996-05-07	2004/04/16	COLFONDOS			1996-05-07	1999-12-31
Traslado de AFP	1999-11-15	2004/04/16	COLPATRIA	COLFONDOS		2000-01-01	2000-09-28
Cesion por fusión	2000-09-29	2004/04/16	HORIZONTE	COLPATRIA		2000-09-29	2001-06-30
Traslado de AFP	2001-05-29	2004/04/16	COLFONDOS	HORIZONTE		2001-07-01	2006-06-30
Traslado de AFP	2006-05-26	2006/06/20	SKANDIA	COLFONDOS		2006-07-01	2009-05-31

5 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 91265643

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1996-05-07	1996-09-11	01	AFILIACION	COLFONDOS	
1999-11-15	1999-12-10	79	TRASLADO AUTOMATICO	COLPATRIA	COLFONDOS
2000-09-29	2000-09-29	30	CESION	COLPATRIA	HORIZONTE
2001-05-29	2001-06-11	79	TRASLADO AUTOMATICO	COLFONDOS	HORIZONTE

4 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

En este orden, en el plenario no reposa medio de prueba alguno del que se pueda establecer el tiempo de servicios laborados por el demandante con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues, además, así lo confirmó el demandante en el interrogatorio de parte practicado en audiencia del 23 de abril de 2023 [8](Récord: 34.05), al manifestar "**nunca me afilié a Colpensiones**".

---

[7] *En el expediente se advierte solicitud de traslado para la anualidad 2022 (páginas 61 a 67, archivo 14).*

[8] ***Interrogatorio Demandante, récord 28:12:*** *"Tengo 54 años, soy ingeniero Mecánica y gerente de una Compañía de vehículos, en el año 1996 cuando ingresé a la Compañía Automotriz me afiliaron a Colfondos, me hablaron sobre valores agregados en rentabilidad para tener mejor mesada en el futuro, cuando estuve en Ecopetrol era profesional de practica y no recuerdo haber tenido afiliación alguna, siempre me hablaban de beneficios a través de los asesores que iban a ala compañía y mostraban comparativos, cuando se ha cumplido un tiempo me di cuenta que lo que me prometía los fondos no era real vs a los que me ofrecía el régimen de prima media ya que me afecta y a mi familia, que yo recuerda no estuve en otro régimen, recuerdo que podía tener posibilidades de inversiones, administrar mis rentabilidades, eso en general, eran beneficios dirigido a aumentar mis aportes, me hablaron sobre los montos heredables, seguros asociados, me explicaron diferentes seguros, no me indicaron el funcionamiento, sobre aportes voluntarios ,hablaron y son los que ayudan a aumentar el fondo individual y tener mejor pensión, me llegaban los extractos, son*

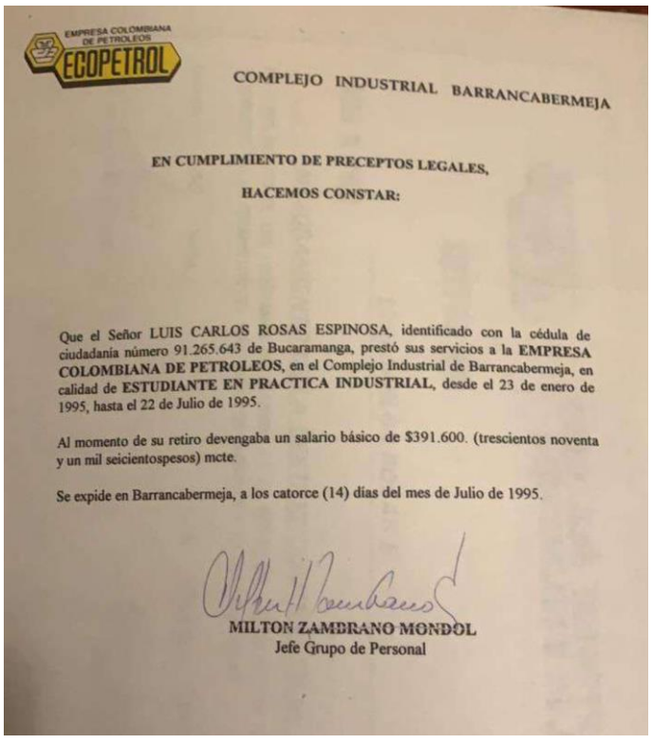
Al punto, se tiene que el demandante no reportó afiliación alguna al Instituto de Seguros Sociales antes del 07 de mayo de 1996[9], pues si bien allegó un certificado expedido por Ecopetrol S.A. debe advertirse, el mismo no es prueba de una relación laboral sostenida entre el demandante desde el 23 de enero de 1995 al 22 de julio de 1995, pues la misma indica que el demandante estaba vinculado como **ESTUDIANTE DE PRACTICA INDUSTRIAL**, entonces, no es atendible que el recurrente indique que la sociedad no hizo la afiliación al Régimen de Prima Media, cuando no se tenía en dicha época (1995) la obligación de realizar aportes en este tipo de vinculaciones[10]. En gracia de la discusión, la parte actora no allegó medio de prueba alguno que permita concebir que el señor LUIS CARLOS ROSAS ESPINOSA escogió en esta oportunidad el Régimen de Prima Media y no hasta el año 1996 cuando se afilió al RAIS (a través de la AFP Colfondos), según formulario que milita en la página 3 – archivo 03.

Ver certificado:

complicados por las figuras pero miraba el monto y aportes, el formulario pedía datos personales y familiares, yo lo firmé de manera voluntaria, no he presentado inconformidad en los fondos, me afilié a Colfondos por la rentabilidad, los requisitos son edad y semanas, lo vine a cotizar recientemente, nunca he estado en Colpensiones, ,e trasladé por los supuestos beneficios de los que hablaban, en el año 2009 nos mostró unos beneficios el manejo para el tema de las pensiones por eso me trasladé, consistía en mirar me dijeron que dependiendo del tipo de riesgo podía tener mejoras en mi pensión, me explicaron lo de mi cuenta de ahorro individual, no me dijeron nada de retracto, si me hablaron sobre herederos, firmé de manera libre y voluntaria, no recibí el documento donde me decían que me podía trasladar".

[9] *Fecha de afiliación a COLFONDOS S.A.*

[10] *Para el año 1995 no existía regulación alguna sobre la obligación de efectuar aportes de Estudiantes de Práctica. Ahora, en la actualidad se establece la obligación solo para los subsistemas de Salud y ARL. (Concepto Ministerio de Trabajo No. 201611401553531 de 2016).*



EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS
ECOPETROL

COMPLEJO INDUSTRIAL BARRANCABERMEJA

EN CUMPLIMIENTO DE PRECEPTOS LEGALES,

HACEMOS CONSTAR:

Que el Señor LUIS CARLOS ROSAS ESPINOSA, identificado con la cédula de ciudadanía número 91.265.643 de Bucaramanga, prestó sus servicios a la **EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS**, en el Complejo Industrial de Barrancabermeja, en calidad de **ESTUDIANTE EN PRACTICA INDUSTRIAL**, desde el 23 de enero de 1995, hasta el 22 de Julio de 1995.

Al momento de su retiro devengaba un salario básico de $391.600. (trescientos noventa y un mil seicientospesos) mcte.

Se expide en Barrancabermeja, a los catorce (14) días del mes de Julio de 1995.

MILTON ZAMBRANO MONDOL
Jefe Grupo de Personal

Retomando, en autos se encuentra acreditado que el 07 de mayo de 1996 el actor se afilió a COLFONDOS –administradora de fondo de pensiones que pertenece al régimen de ahorro individual con solidaridad-, con fecha de efectividad en la misma data (reporte SIAFP- ASOFONDOS, página 18 – archivo 20), acto jurídico con el cual ha de entenderse, indudablemente, que no existió traslado de régimen pensional.

Entonces, acertando con lo concluido por el Juez de primera instancia, si bien la afiliación al sistema general de pensiones se realiza por una sola vez y no se pierde por el hecho de dejar de cotizar, en este caso el actor nunca perteneció al Régimen de Prima Media.

Adicionalmente COLPENSIONES en la respuesta dada al actor el 15 de febrero de 2020 (páginas 15 a 18, archivo 14) le indica: "*Finalmente, en respuesta a su petición relacionada con: "(...) copia de mi Historia Laboral actualizada (...)", se comunica que, con el tipo y número de documento suministrado por usted, no se registra información de cotizaciones efectuadas en las bases de datos que a la fecha posee Colpensiones.".*

Sobre este caso puntual la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, CSJ SL1806-2022. enseñó en un caso de similares connotaciones:

i) Selección inicial de régimen pensional:

La afiliación al Sistema General de Pensiones se surte con el diligenciamiento del formulario por parte del afiliado frente al empleador o las administradoras de pensiones y la legislación contempla la opción de escoger entre dos regímenes pensionales; las personas están facultadas para ejercer ese derecho, entre los fondos privados de pensiones que administran el de ahorro individual y Colpensiones, que hace lo propio con el de prima media, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual indica:

Ley 100 de 1993

[…]

Artículo 13. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

[…]

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

[…]

e. Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. 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;

Cabe recordar que el aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la CC C-1024-2004, bajo el entendido de que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no hayan regresado al de Prima Media con Prestación Definida, pueden retornar a éste, en cualquier tiempo, conforme a los términos señalados en la sentencia CC C-789-2002.

Es así como, de acuerdo con el literal b), las personas tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» el régimen que mejor les convenga y consulte sus intereses. Según reza la misma disposición, esa libertad de escogencia se materializa en la vinculación inicial o en los traslados.

Por su parte, el literal e) reitera esa prerrogativa del afiliado y precisa que, una vez efectuada la selección inicial, los traslados entre regímenes están sujetos a dos condiciones: la permanencia o antigüedad de 5 años en el régimen al cual se está vinculado y que no falten menos de 10 años para cumplir la edad mínima para acceder a la pensión de vejez.

Ante tal panorama legal, la primera conclusión que surge para la Sala es que esa garantía de escoger régimen pensional es una expresión de la protección del derecho fundamental a la seguridad social, en vista del carácter obligatorio e irrenunciable de este último (artículo 48 de la Constitución Política). También, que resulta relevante para preservar el equilibrio y la articulación del sistema, a la luz del principio de unidad consagrado en el literal e) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, es claro que las restricciones al libre movimiento entre regímenes pensionales tienen un sustento legal. No de otra manera se explica que el legislador hubiera sido tan explícito al disponer que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho de las personas a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, pueden ser destinatarias de sanciones económicas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación (artículo 271 de la Ley 100 de 1993).

Ahora bien, el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, señala que la afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado y dicha vinculación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios periodos. Al respecto, en la sentencia CSJ SL, 13 may. 2003, rad. 19137, esta Sala indicó:

La precisión del concepto 'afiliación' también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina 'alta', y aquellas en las que no lo está (se denomina 'baja'). (Subraya la Sala)

Conviene traer a colación la sentencia CSJ SL, 5 oct. 2010, rad. 39772, en donde esta Sala precisó que la primera inscripción al sistema es permanente y, por tanto, vitalicia e irrepetible, de suerte que, para que pueda entenderse la validez de una nueva afiliación, debe efectuarse, dentro de las oportunidades legales dispuestas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993:

[…] cuando entró a regir el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 con sus dos regímenes de pensiones, el de prima media con prestación definida y el de ahorro programado, no puede decirse que JULIO CÉSAR RESTREPO RIVAS, ya había seleccionado uno de ellos, pues en ese momento no se encontraba activo en el sistema. Sólo es a partir del 7 de noviembre de 1995, cuando se vinculó nuevamente al ISS, en vigencia de la Ley 100 de 1993, que puede decirse, para efectos de lo previsto en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que hizo su "selección inicial", por lo que solo podía cambiarse de régimen pensional pasados los tres años a que se refiere la norma, esto es, después del 7 de noviembre de 1998 y, como quiera que lo hizo el 31 de enero de 1996, dicha afiliación no cumple con las condiciones y requisitos legales, por lo que no podía producir los efectos previstos en la ley, conforme a lo ya visto.

Entonces, la afiliación es un acto jurídico único dentro de nuestro sistema pensional. Posteriormente, no puede ser desconocida su existencia, como si nunca se hubiera registrado.

(…)

iii) Caso en concreto:

La Sala encuentra acertada la posición del ad quem de negar la ineficacia de la afiliación, pretendida por la señora Ulloa Ulloa, pues ello conllevaría un intento de retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera

> ***una selección inicial de régimen, cuando, previo a ello, no existía una situación jurídica que modificar, es decir, no hay un acto para invalidar, pues no existe estado previo de registro ante ninguna administradora, porque no había afiliación o vinculación al Sistema General de Pensiones.***
>
> ***Así las cosas, si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).***
>
> ***Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem****.". (Negrilla de la Sala).*

En aplicación a lo anterior, es claro que el demandante al no pertenecer al Régimen de Prima Media en ninguna circunstancia, no le asiste derecho a solicitar la ineficacia del traslado. Ahora, con el fin de resolver los argumentos del recurso de apelación, encuentra al Sala que el actor aclaró que se pretende la ineficacia de la afiliación y no del traslado, situación que tampoco tiene vocación de prosperidad, por cuanto si no ha habido traslado entre regímenes no podría solicitar la ineficacia de la afiliación.

Al respecto, la sentencia anteriormente citada, señaló:

> ***"Por otra parte, la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho****.". (Negrilla y subrayado fuera del texto).*

Corolario de todo lo anterior, no puede la Sala más que concluir la improsperidad de las pretensiones incoadas desde el libelo introductor, ante una falencia probatoria con entidad suficiente para lograr el éxito de las aspiraciones de la parte demandante, destacando que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus aserciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama *"EL RIESGO DE*

FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba"* razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia por cuanto, como se advirtió, no existe prueba del traslado de régimen cuya ineficacia se depreca.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de SKANDIA, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren **siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral °1 del articulo 392 del C.P.C, ahora articulo 365 C.G.P**., el cual contiene el principio general, según el cual "*se condenara en costas a la parte vencida en el proceso (…)",* **sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio**, por manera que al NO haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a la demandada SKANDIA S.A., lo atinente a derecho es que NO sea condenada en costas, aun cuando hubiese efectuado el llamamiento en garantía con MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, iterando la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, **son las resultas del proceso**, por lo que se REVOCARÁ parcialmente la sentencia de primer grado (numeral 3º) en cuanto a que se condenó al pago de las mismas a cargo de SKANDIA S.A. y a favor de la llamada en garantía.

Agotada la competencia de la Sala habiéndose analizado los puntos de apelación del demandante, conforme las motivaciones que preceden, se revocará parcialmente el numeral **TERCERO** de la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a la demandada SKANDIA S.A. de la condena en costas a favor de MAPFRE S.A.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C**., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

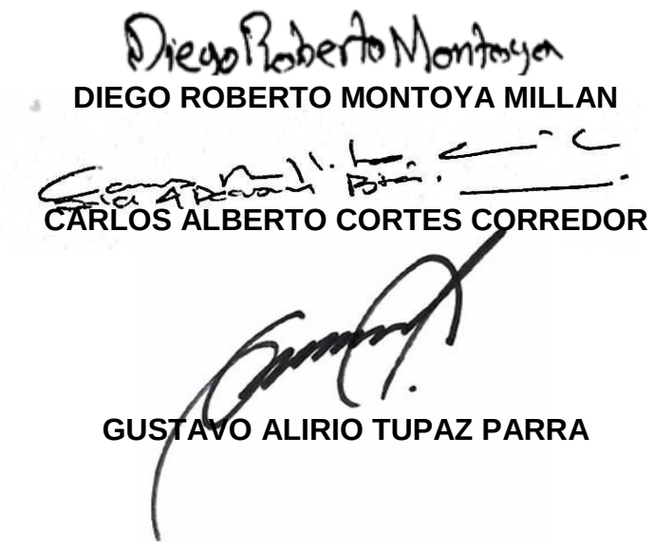
R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral **TERCERO** de la sentencia recurrida, en el sentido de **ABSOLVER** en costas a la demandada SKANDIA S.A. a favor de MAPFRE S.A., conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALVARO ALBERTO JIMENEZ DIAZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 16 2021 00419 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por el Juez 166 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 8 de marzo del 2023 *(Audiencia virtual, archivo 25 expediente digital, récord: xxx),* en la que se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que realizará el demandante, señor Álvaro Alberto Jiménez Díaz, identificado con cédula de ciudadanía número 19495828 y que tuviera lugar el día 12 de julio del año 2000. Toda vez que se incurrió en omisiones del deber de información por parte de la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro pensional del demandante con destino a la administradora colombiana de pensiones, incluyendo los conceptos por capital, intereses, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, si los hubiere. Y en general, todo valor y concepto que se haya recibido en el régimen de ahorro individual con solidaridad con motivo de las cotizaciones efectuadas por el demandante.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a recepcionar a los recursos condenados conforme a los numerales que anteceden y a reactivar la afiliación del demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, reflejando en su historia laboral igual número de semanas en tal régimen, correspondiente a las que cotizó el demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad.*

> ***CUARTO: DECLARAR*** *no probadas excepciones propuestas por el extremo demandado.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR*** *en* ***COSTAS*** *a la parte demandada, practíquese la liquidación por Secretaría. Incluyendo los montos de medio salario mínimo legal mensual vigente y ¼ de salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES respectivamente.''*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada COLPENSIONES, a lo cual se procede previa la constatación de inexistencia causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*Páginas 4 y 5, archivo 1 Expediente digital),* las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 2 a 4 ibidem),* aspirando de manera principal se declare la nulidad de la afiliación efectuada del RPM al RAIS en julio del 2000, en consecuencia se ordene a PORVENIR retornar todos los valores que hubiera recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos que se hubieran causado, así mismo se ordene a Colpensiones a recibirlo y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad, costas y agencias en derecho, lo *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones,** pues se declaró la ineficacia del traslado efectuado PORVENIR y condeno a dicha AFP a retornar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación incluyendo los conceptos por capital, intereses, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, si los hubiere. Y en general, todo valor y concepto que se haya recibido en el régimen de ahorro individual con solidaridad con motivo de las cotizaciones efectuadas por el demandante. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le

incumbía con el demandante, al momento del traslado, sin que se acreditara haber explicado las consecuencias de su traslado, aunado a que el formulario no constituye prueba de la información proporcionada.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 23 de octubre de 1962 *(Página 43, Archivo 1 Expediente Digital)*, por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 12 de abril del 2020 y ante PORVENIR el 8 de julio del 2020 *(Páginas 58 a 64 y 71 a 76, archivo 01 del expediente digital)*, esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado 225.86 semanas (*Historia Laboral válida para bono pensional pág. 66, archivo 13 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la

[1] *En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".*

declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **12 de julio de 2000** con fecha de efectividad a partir del **1° de septiembre de 2000** *(Páginas 48 y 59, archivo 13 expediente digital)* por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión *"libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

> *"Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.*
>
> *Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute**, es eficaz**, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.*
>
> *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

> *El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias."*

En tal sentido, *"es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez"* (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc[2], en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

> *"(…)*
> *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,*

[2] *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 PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011[3], Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

---

[3] *"Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.*

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la "ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA", en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el "RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es

claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
"(…).
"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

> *"(…)* ***Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.***
>
> *(…)*
>
> *Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*
>
> *(…).*
>
> *Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*
>
> ***Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.*** *A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)"*

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen 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[4], no acreditan de manera a alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 2000 cuando se afilió a PORVENIR un asesor la abordo y le indico las bondades

[4] Audiencia del 8 de marzo del 2023, récord 27:10

de esa AFP, concretamente que se podía pensionar en una edad inferior, y que en todo caso el ISS se iba acabar, de modo que por la forma en que le mencionaron esos beneficios, decidió firmar sin coacción alguna el formulario de afiliación.

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

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.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*Página 48 Archivo 13 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 esa AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus,* pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PORVENIR proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración al actor al momento de trasladarse, el medio de convicción en

que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

> ***"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación***
>
> ***1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.***
>
> *El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).*
>
> *De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.*
>
> *Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*
>
> *…*
>
> *En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 2000, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(12 de julio del 2000, efectivo el 1 de septiembre de ese año),** el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la

INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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 del saldo existente en la cuenta de ahorro individual incluyendo los conceptos por capital, intereses, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, si los hubiere como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR S.A. -además de lo ordenado por el Juez *a quo*- deberá retornar los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia[5] y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades[6].

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."***

[5] Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.
[6] Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

Igualmente se dispondrá por parte de esta Sala que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Con relación a la orden del pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

> *"**Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.***
>
> *En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.*
>
> *Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real."* (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de

cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

> ***"7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor."* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Por otro lado, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que el convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan "*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas*." (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES[7] *(Página 8, archivo 7 expediente digital),* entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta*,* basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar

[7] Se tuvo por contestada la demanda en auto del 23 de noviembre del 2022, archivo 21 expediente digital.

no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará en los puntos anteriormente expuestos y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de los expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR S.A.-además de lo ordenado por el Juez *a quo*- deberá retornar los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, todo ello por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA