

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO CARMEN ELISA MORA DE
RADA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 28 2021 00621 01).**

Bogotá D.C. doce (12) de diciembre 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 ocasión del recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 27 de septiembre de 2023 (audiencia virtual, archivo 19, récord: 18:32), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la señora CARMEN ELISA MORA DE RADA es beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de cónyuge superstite, respecto del causante señor ENRIQUE ALFONSO RADA RODRÍGUEZ, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación de la Ley 797 del año 2003, a partir del fallecimiento de este último, que corresponde al 12 de abril del año 2008, todo conforme se expuso en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la demandante, la sustitución pensional respecto del causante, el señor ENRIQUE ALFONSO RADA RODRÍGUEZ, a partir del 26 de febrero de 2018, en proporción del 100% de la prestación que se sustituye, junto con el retroactivo de las mesadas pensionales causadas desde la misma fecha, conforme se consideró en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la demandada, a pagar a la demandante, los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 27 de abril del año 2021, conforme se motivó en la parte considerativa de la decisión.

CUARTO: AUTORIZAR a la demandada para que descuenta en el porcentaje que en derecho corresponda, los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

QUINTO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de PRESCRIPCIÓN y NO PROBADOS los demás medios exceptivos propuestos por el extremo demandado.

SEXTO: Las COSTAS DE ESTA INSTANCIA están a cargo de la demandada. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$4.000.000., a cargo de este y a favor de la parte actora.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, se habrá de consultar con el superior por cuánto le resultó totalmente adversa los intereses de la demanda Colpensiones”.

La anterior decisión fue apelada por la entidad demandada¹, al referir, en este asunto no se cumplieron con los requisitos exigidos en la Ley 797 del 2003, ya que, una vez realizada la investigación administrativa por Colpensiones, no se logró evidenciar que se acreditará el requisito de convivencia con el causante durante los últimos 5 años antes del fallecimiento, ya que se logró evidenciar con dicha investigación que el causante y la señora Carmen Elisa se habían separado de cuerpos desde hace ya varios años.

Agregó, es preciso tener en cuenta que mediante la Resolución No. 1307 del 21 de febrero del 2006, el extinto Instituto de Seguros Social le negó el reconocimiento de

¹ **Recurso Demandada (récord 21:48, archivo 22:** “Gracias, señora juez. En este estado de la diligencia, me permitió presentar el recurso de apelación frente al fallo proferido por su despacho, el cual procedo a sustentar a continuación. En primera medida, solicito a los Magistrados se revoque el fallo de primera instancia ya que me opongo al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge de la señora Carmen Elisa Mora, con ocasión del fallecimiento del señor Enrique Alfonso Prada Rodríguez, que en paz descanse, a partir del 12 de abril del 2008, ya que no se cumplieron con los requisitos exigidos en la Ley 797 del 2003, para ser más claro, una vez realizada la investigación administrativa por Colpensiones, no se logró evidenciar que se acreditará el requisito de convivencia con el causante durante los últimos 5 años antes del fallecimiento, ya que se logró evidenciar con dicha investigación que el causante y la señora Carmen se habían separado de cuerpos desde hace ya varios años.

En primer lugar, es preciso tener en cuenta que mediante la Resolución No. 1307 del 21 de febrero del 2006, el extinto Instituto de Seguros Social le negó el reconocimiento de la pensión de vejez, al señor Alfonso Enrique Prada y posteriormente le fue reconocida al señor Enrique. Asimismo, mediante la Resolución SV-102103 del 30 de abril de 2021, Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión a la demandante, teniendo en cuenta como lo manifesté en el recurso porque no se acreditó el requisito de convivencia. En la investigación administrativa realizada por la entidad, se concluyó lo siguiente, “No se acreditó el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Carmen Elisa Mora de Rada, una vez analizadas y revisadas. cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa, de acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas de trabajo de campo, se estableció que el señor Enrique Alfonso Rada Rodríguez y la señora Carmen Elisa Mora Rada, no convivieron desde el 21 de agosto del 59, hasta el 12 de abril del 2008, fecha que en que falleció el causante, en primer lugar, porque debido a que no se aportan pruebas fehacientes que evidencie una línea de tiempo de convivencia, posteriormente el familiar del causante y las solicitante no aportan más números de teléfono de familiares que pudieran dar certeza de que existió la convivencia continua y los vecinos del sector afirman que la pareja de esposos se encontraban separados desde hace varios años. Teniendo en cuenta esto Colpensiones negó el reconocimiento de la prestación y no se pudo evidenciar, una línea consecutiva de tiempo de convivencia entre el causante y la demandante y menos durante los últimos 5 años, tal como lo exige la norma.”.

la pensión de vejez al señor Alfonso Enrique Prada y posteriormente le fue reconocida mediante la Resolución SV-102103 del 30 de abril de 2021, sin embargo, Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión a la demandante, teniendo en cuenta que no se acreditó el requisito de convivencia. Expuso, en la investigación administrativa realizada por la entidad, se concluyó, *“No se acreditó el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Carmen Elisa Mora de Rada, una vez analizadas y revisadas. cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa, de acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas de trabajo de campo, se estableció que el señor Enrique Alfonso Rada Rodríguez y la señora Carmen Elisa Mora Rada, no convivieron desde el 21 de agosto del 59 hasta el 12 de abril del 2008, fecha que en que falleció el causante, en primer lugar, porque debido a que no se aportan pruebas fehacientes que evidencie una línea de tiempo de convivencia, posteriormente el familiar del causante y las solicitante no aportan más números de teléfono de familiares que pudieran dar certeza de que existió la convivencia continua y los vecinos del sector afirman que la pareja de esposos se encontraban separados desde hace varios años”*.

Completó, lo anterior teniendo en cuenta que Colpensiones negó el reconocimiento de la prestación porque no se pudo evidenciar una línea consecutiva de tiempo de convivencia entre el causante y la demandante y menos durante los últimos 5 años, tal como lo exige la norma.

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 CARMEN ELISA MORA DE RADA las pretensiones relacionadas en la demanda (pág. 4, archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 1 a 3 del mismo archivo, aspirando:

PRIMERO: DECLARAR que la señora **CARMEN ELISA MORA DE RADA**, en calidad de cónyuge del señor **ENRIQUE ALFONSO RADA RODRÍGUEZ (Q.E.P.D)**, es beneficiaria de la pensión de sobrevivencia con ocasión del fallecimiento de su cónyuge, el pensionado **ENRIQUE ALFONSO RADA RODRIGUEZ (Q.E.P.D)**, a partir del 12 de abril de 2008, fecha del fallecimiento.

3.2 CONDENATIVAS:

PRIMERA: como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a reconocer y pagar pensión de sobrevivencia en favor de la señora **CARMEN ELISA MORA DE RADA** con ocasión del fallecimiento de su cónyuge, el pensionado **ENRIQUE ALFONSO RADA RODRIGUEZ (Q.E.P.D)**, a partir del 12 de abril de 2008, fecha del fallecimiento.

SEGUNDA: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a reconocer y pagar el retroactivo pensional por concepto de las mesadas a las que tiene derecho mi representada **CARMEN ELISA MORA DE RADA**, a partir del 12 de abril de 2008, fecha en la que falleció su cónyuge el señor **ENRIQUE ALFONSO RADA RODRIGUEZ (Q.E.P.D)**.

TERCERA PRINCIPAL: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a reconocer y pagar los intereses moratorios aplicados a los valores a que ascienden las mesadas pensionales dejadas de percibir a la señora **CARMEN ELISA MORA DE RADA**, de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

TERCERA SUBSIDIARIA: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a reconocer y pagar a la señora **CARMEN ELISA MORA DE RADA** las mesadas pensionales debidamente indexadas de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

CUARTA: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar las **COSTAS** y **AGENCIAS EN DERECHO** que resulten derivadas dentro del proceso.

QUINTA: En lo que sea del caso y en la cuantía que se establezca en las facultades otorgadas por el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social se falle **ULTRA** y **EXTRA PETITA**.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones por cuanto declaró que la señora **CARMEN ELISA MORA DE RADA** es beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite, respecto del causante señor **ENRIQUE ALFONSO RADA RODRÍGUEZ**, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación de la Ley 797 del año 2003, a partir del fallecimiento de este último, que corresponde al 12 de abril del año 2008, condenó a **COLPENSIONES**, a reconocer y pagar a la demandante, la sustitución pensional respecto del causante a partir del 26 de febrero de 2018, en proporción del 100% de la prestación que se sustituye, junto con el retroactivo de las mesadas pensionales causadas desde la misma fecha, condenó al pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 27 de abril del año 2021, autorizó a la demandada para que descuente el porcentaje con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y no probados los demás medios exceptivos y condenó en costas.

Lo anterior tras considerar la a quo, el causante fue pensionado por vejez pos mortem conforme a la Resolución SUB173477 del 28 de julio de 2021 bajo los apremios del régimen de transición, aplicando una tasa del 51%, arrojando una mesada inicial de \$202.261 para el año 1999 y \$865.171 para el 2008.

Por otra parte consideró que la demandante contrajo matrimonio con el *de cujus*, manteniendo dicho vinculo vigente a la fecha del deceso al no evidenciarse nota marginal alguna. Igualmente, la actora acreditó 5 años de convivencia en cualquier tiempo, sin que una eventual separación de hecho baste para negar el derecho pensional a la demandante. En su sentir, en esta litis, la actora acreditó el tiempo de convivencia previsto, extrayendo dicha situación de los testimonios, quienes afirmaron que la pareja siempre convivieron en Bogotá pese a los traslados del causante a Santa Marta por temas laborales, pues la unión conformada por el causante y la demandante estuvo vigente sin interrupciones perdurando hasta el momento del fallecimiento del señor Enrique Rada, pese a la investigación adelantada por Colpensiones donde no se tuvo en cuenta los periodos de convivencia mínimos sino por el contrario los exigió a la fecha del deceso.

En este orden, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción con anterioridad al 26 de febrero de 2018, atendiendo que la fecha del deceso lo fue el 12 de abril de 2008, la reclamación se presentó el 26 de febrero de 2021 y la demanda se interpuso el 13 de diciembre de 2021, siendo viable el reconocimiento y pago a partir del 27 de febrero de 2018.

Finalmente, en cuanto al pago de los intereses moratorios accedió a los mismos al aducir que Colpensiones negó el reconocimiento pensional sin estar bajo alguna excepción que ha previsto la jurisprudencia. Asimismo, ordenó a la entidad realizar los aportes con destino a salud.

De esta manera ha de señalarse, no es motivo de controversia en esta instancia que el señor ENRIQUE ALFONSO RADA RODRÍGUEZ (q.e.p.d.), falleció el 12 de abril de 2008, conforme se señala en el registro civil de defunción visible en el archivo 01, página 28 del expediente digital, como tampoco que mediante Resolución SUB173477 del 28 de julio de 2021, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez post mortem al señor ENRIQUE ALFONSO RADA RODRÍGUEZ (q.e.p.d), con fecha de estatus pensional del 27 de julio de 1999, IBL de \$953.252, tasa de

reemplazo del 51%, arrojando una mesada pensional en 1999 de \$486.158, valor que actualizado al 2008 ascendía a \$865.171. Igualmente, este hecho se constata en el expediente administrativo aportado por la encartada en el archivo 08.

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar, si la señora CARMEN ELISA MORA DE RADA, en calidad de cónyuge del señor ENRIQUE ALFONSO RADA RODRÍGUEZ (q.e.p.d), acreditó los requisitos en la norma para ser beneficiaria de la prestación reclamada.

Establecido lo anterior, respecto de la pretensión dirigida al otorgamiento de la sustitución pensional, ha de señalarse en primer lugar que habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante, **12 de abril de 2008** (archivo 01 del expediente administrativo, página 28) la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, vigentes para la data del deceso, que en sus partes pertinentes señalan que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Precisándose 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 1993², era de 5 años, independientemente de que el causante de la 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

² **“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 muerte²: (...)*

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 pensionado fallecido, postura asumida 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).

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.”

En este punto, debe precisarse la Corte Suprema de Justicia, ya ha tenido oportunidad de dilucidar el tema tratado, señalando en sentencia del 29 de noviembre de 2011 Rad. 40055 que “...la hipótesis del inciso 3° del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, solo aplica para el evento en que luego de la separación de hecho de un cónyuge con vínculo matrimonial vigente, el causante establezca una nueva relación de convivencia y concurra un compañero o compañera permanente, caso en el cual los cinco (5) años que habla la norma

para el cónyuge que va a recibir una cuota parte, puede ser cumplida en “cualquier tiempo”, ello con base en que “...siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, el cónyuge separado de hecho **debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo, pues de no entenderse así la norma, se restaría importancia al cimiento del derecho que, se insiste, es la comunidad de vida**”, tal criterio fue reiterado en Sentencia SL 12442 proferida dentro de la radicación No. 47173 del 15 de septiembre de 2015.

Igualmente, en sentencia CSJ SL359 de 2021, la Alta Corporación, discurrió:

“Al respecto, esta Sala ha señalado que la demostración de los lazos familiares y afectivos, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separado de hecho del causante, no es una exigencia prevista en el inciso 3.o del literal b). Lo anterior, en la medida que el texto de tal disposición establece que, en ese evento, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido. En efecto, esta Corporación tiene adoctrinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado (...) en un periodo de 5 años», puede ser acreditado «en cualquier tiempo». Ello, en aras de cumplir la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del de cuius, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41673, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019, CSJ SL4047-2019, CSJ SL4771-2020, CSJ SL3850-2020 y CSJ 2746-2020).”.

Bajo tal entendido, para que proceda el reconocimiento pensional dentro del presente asunto donde el fallecido era un **pensionado**, se requiere, en el caso de la cónyuge acreditar que convivió con el causante durante al menos **5 años en cualquier tiempo**, según el alcance que, frente a este puntual aspecto de la citada disposición, le ha dado la Alta Corporación.

En ese orden, en primer lugar, se tiene que, al tenor de la disposición normativa en cita aplicable al caso y teniendo en cuenta, que la señora CARMEN ELISA MORA DE RADA superaba los treinta años de edad³ -76 años-, en la fecha del fallecimiento del señor ENRIQUE ALFONSO RADA RODRÍGUEZ (q.e.p.d), entra la Sala a verificar si se cumple con el requisito de la convivencia real y efectiva con el *de cuius* en los términos antes anotados, aspecto fundamental para la procedencia de las pretensiones de la interesada. Aclarándose en este aspecto y en punto al recurso de apelación formulado por Colpensiones, los 5 años se verificarán en cualquier tiempo y no, anteriores al fallecimiento del causante, como

³ Nació el 07 de enero de 1932 (Página 24 del archivo 01).

desacertadamente lo soportó la entidad, pues como se vio en precedencia, la jurisprudencia ha aclarado dicha situación en el sentido de advertir que **la cónyuge debe acreditar la convivencia en cualquier tiempo.**

Pues bien, en lo que respecta a la convivencia, sostiene la demandante haber ostentado la calidad de cónyuge del causante y haber convivido con el *de cujus* desde la fecha en que contrajeron matrimonio -21 de agosto de 1959- hasta que se produjo el deceso el 12 de abril de 2008.

Así las cosas y en aras de acreditar la calidad de cónyuge del causante por el lapso exigido en la norma, debe acudir al acervo probatorio recaudado en autos, evidenciando como prueba documental y relevante para resolver la litis, las siguientes:

- Página 26, archivo 01, Obra Registro de Matrimonio celebrado entre CARMEN ELISA MORA DE RADA y el señor ENRIQUE ALFONSO RADA RODRÍGUEZ (q.e.p.d) el día 21 de agosto de 1959.
- Página 63, archivo 01, Declaración extra-proceso rendida el 12 de marzo de 2021 por la señora GLORIA ELENA ARANGO LÓPEZ y MIGUEL ÁNGEL PÉREZ RODRÍGUEZ:

NOTARIA DIECISIETE (17) DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ
ANA CLEMENCIA SILVA NIGRINIS
Carrera 10 No 15 - 22 SUR
Teléfonos 4091717 0217006606

ACTA DE DECLARACIÓN EXTRAPROCESO No. 2130

Bogotá, Distrito Capital, República de Colombia, el 12 de MARZO de 2021, al despacho de la Notaría Diecisiete (17) del Círculo de Bogotá, D.C. comparecieron: GLORIA ELENA ARANGO LOPEZ, mayor de edad, identificado con C.C. 51.797.506 DE BOGOTÁ D.C, Estado Civil: Soltero(a) UMH, Profesión u ocupación: HOGAR, residente en la CARRERA 13 BIS NUMERO 31 F 38 SUR Y MIGUEL ANGEL PEREZ RODRIGUEZ, mayor de edad, identificado con C.C. 19.194.426 DE BOGOTÁ D.C, Estado Civil: Soltero(a) UMH, Profesión u ocupación: EMPLEADO, residente en la CARRERA 13 BIS NUMERO 31 F 38 SUR con el objeto de solicitar se les reciba declaración extra proceso conforme al decreto 1557 de 1989 y manifestaron:-----

PRIMERO. Nuestros generales de ley son como han quedado anotados.-----

SEGUNDO. Rendimos esta declaración bajo la gravedad de juramento a sabiendas de las implicaciones legales del falso juramento (art. 442 Código Penal) y manifiesto que no tengo ningún impedimento legal para hacerlo y que la realizo bajo mi entera responsabilidad.-----

TERCERO. Declaramos que conocimos de trato, vista y comunicación a el señor que era de estado civil casada con el señor ENRIQUE ALFONSO RADA RODRIGUEZ (Q.E.P.D) quien en vida se identificó con la C.C.: 2.925.828 DE BOGOTÁ D.C, el cual falleció el día 12 de abril del año 2008, al cual distinguimos durante 36 y 40 años respectivamente, por lo que sabemos y nos consta que era de estado civil casado con la señora CARMEN ELISA MORA DE RADA, mayor de edad, identificado con C.C. 20.086.455 DE BOGOTÁ D.C a la cual distinguimos desde hace 36 y 40 años respectivamente, con la cual el señor ENRIQUE ALFONSO RADA RODRIGUEZ contrajo matrimonio el día 21 de agosto del año 1959 y convivieron compartiendo techo, lecho y mesa de forma continua e ininterrumpida hasta la fecha del deceso de el señor ENRIQUE ALFONSO RADA RODRIGUEZ suceso ocurrido el día 12 de abril del año 2008 y desconocemos de la existencia de mas personas, beneficiarios o herederos con igual o mejor derecho a reclamar que el de CARMEN ELISA MORA DE RADA en su condición de esposa del fallecido

DECLARACIÓN CON DESTINO A: QUIEN INTERESE.-----

CUARTO. Manifestamos que hemos leído lo que voluntariamente hemos declarado ante la Notaría, lo hemos hecho cuidadosamente y no tenemos ningún reparo ni nada que aclarar, corregir y/o enmendar. Por lo tanto, lo otorgamos con nuestra firma.-----

ADVERTENCIAS DEL NOTARIO. El notario, directamente o por intermedio de sus funcionarios, a la persona que voluntariamente ofrece esta declaración, la advierte de manera clara, concreta y precisa, lo siguiente: Primero. Que la Constitución Política garantiza la libre expresión y que esa garantía constitucional debe respetar la ley, el orden público y las buenas costumbres. Segundo. Que esta declaración extra proceso se autoriza por la solicitud libre y espontánea del declarante. El que manifiesta bajo la gravedad de juramento, que no tiene órdenes de captura libradas por autoridad judicial en su contra.-----

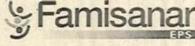
NOTA IMPORTANTE: LEA BIEN SU DECLARACIÓN. DESPUÉS DE FIRMADA Y AUTORIZADA NO SE ACEPTAN RECLAMOS. Derechos Notariales: TARIFA: 35.500 IVA 2,584 TOTAL: 38.084

Declarante,

Reública de Colombia

CA302117871

- Página 65, archivo 01, Certificado de afiliación en salud en Famisanar EPS, expedido en fecha 13 de agosto de 2021:



Por favor, al respondernos cite el siguiente número:
921-S-1137517

Bogotá, 13 de agosto de 2021

Señor (a) (es):
CARMEN ELISA MORA DE RADA S-1137517
Calle 28 No. 13A 24 Ofc. 307C
TEL: 3173700367
medicinalaboral.bogotadcc@gmail.com
Bogotá D.C.

Asunto: CERTIFICACION DE AFILIACIONES

Respetado(a) (s) señor(a) (es):

En atención a su derecho de petición radicado en nuestras oficinas el 11 de agosto de 2021, y en virtud de lo expuesto en la misma, al respecto, nos permitimos dar respuesta en los siguientes términos:

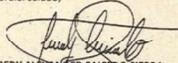
1. Una vez analizados los argumentos expuestos en su oficio y confrontada la información que reposa en nuestra base de datos, EPS FAMISANAR, certifica la afiliación del señor ENRIQUE ALFONSO RADA RODRIGUEZ en calidad de beneficiario en EPS FAMISANAR de la siguiente manera:

USUARIO	TIPO DE AFILIADO	PERIODO
ENRIQUE ALFONSO RADA RODRIGUEZ	Beneficiario	Registro afiliación en calidad de beneficiario conyugue de la cotizante CARMEN ELISA MORA DE RADA, desde 16 de mayo de 2002 hasta 12 de mayo de 2008.

Esperamos haber atendido satisfactoriamente su solicitud y manifestamos una vez más nuestra vocación de servicio.

Adicionalmente lo invitamos a realizar su actualización de datos en nuestra página web en www.famisanar.com.co la Opción Famisanar en Línea, así mismo encontrará información sobre Inconsistencias en Pagos, Estado de Cuenta, carné de afiliación, Certificación de afiliación y aportes. Cualquier aclaración adicional con gusto se la suministraremos en Bogotá en el teléfono 3078069 y en el resto del país en el teléfono 018000916662.

Cordial saludo,


FREDY ALEXANDER CAICEDO SIERRA
Director de Operaciones-Comerciales
Proyecto: Yessica Castiblanco

- Páginas 106 a 109, archivo 01. Investigación administrativa adelantada por Colpensiones en la que se concluyó:

Se consultó el cupo numérico del señor Enrique Alfonso Rada Rodríguez identificado con CC 2926828, en RUES, estableciendo que tiene registro mercantil cancelado.

Adicionalmente la señora Carmen Elisa Mora de Rada identificada con CC 20086455, no registra matrícula mercantil.

Se verificó en las bases de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil que el cupo numérico 20086455, efectivamente pertenece a la señora Carmen Elisa Mora de Rada la cual se encuentra activa, comprobando la supervivencia.

También se confirmó el cupo numérico del señor Enrique Alfonso Rada Rodríguez identificado con CC 2926828, el cual figura actualmente como cedula de ciudadanía cancelada por muerte, según resolución 5975, que coincide con el año de muerte del causante, en el año 2008.

Además se determinó que el señor Enrique Alfonso Rada Rodríguez identificado con CC 2926828 fue beneficiario de los servicios de salud, en la EPS Famisanar desde el año 2004 hasta el año 2008.

Aunado a esto, la señora Carmen Elisa Mora de Rada identificada con CC 20086455 figura como cotizante de la Eps Famisanar, desde el año 2002 hasta la actualidad.

No se corroboró el Registro de Defunción, en el Registraduría de la ciudad de Santa Marta, donde la señora Adriana Forero, manifestó que la entidad no realiza validaciones. Sin embargo se verifica el documento por medio de la cedula cancelada por muerte.

Se confirmó el Registro Civil de Matrimonio en la Notaría 3 de la ciudad de Bogotá, con la señora Mary Luz Bustos, quien verificó la autenticidad del documento indicando que este no presenta notas marginales.

EXP. No. 28 2021 00621 01 CARMEN ELISA MORA DE RADA CONTRA LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-

En las labores de campo, se dialoga con el señor Elmer Aguilar residente en la carrera 13a # 31b 45 manifestó vivir en el sector desde hace 1 años y no conoció al señor Enrique Alfonso Rada Rodríguez ni a la señora Carmen Elisa Mora de Rada.

Por su parte el señor Johan Ayala, no aporta su número de identificación, reside en la carrera 13a # 31 f-08 sur informó vivir en la zona desde hace 20 años informó haber visto a la señora Carmen Elisa Mora de Rada pero al señor Enrique Alfonso Rada no los reconoció como vecino ni esposo de la solicitante.

Aunado a esto se dialoga con la señora Ninfa Segura, no aporta su número de identificación reside en la carrera 13a # 31 f-04 sur, informó conocer desde hace 47 años a la señora Carmen Elisa Mora de Rada y su esposo Enrique Alfonso Rada Rodríguez de la unión hay cuatro hijos, sin embargo informó que los cónyuges se habían separado pero a pesar de ello el causante venía con mucha frecuencia a la vivienda que compartía con la señora Carmen Elisa Mora de Rada.

Asimismo la señora Edilma Henao, no aporta su número de identificación, reside en la carrera 13a # 31 b-14 sur, informó conocer a los implicados por más de 20 años como esposos, pero informo que la señora Carmen Elisa Mora de Rada se había separado hace muchos años sin precisar el tiempo del señor Enrique Alfonso Rada Rodríguez el cual vivía en la Costa pero venía con frecuencia a visitar a la solicitante.

No se logró entrevistar a los señores Gloria Elena Arango López y al señor Miguel Ángel Pérez Rodríguez, en calidad de declarantes. Tras varios intentos de llamadas.

Se confronta a la solicitante sobre las entrevista recolectadas de las labores de campo, menciona que es falso ya que siempre convivían juntos, se le indaga también desde qué tiempo su esposo laboraba en la ciudad de Santa Marta, lo cual menciona que el causante visitaba fines de semana y festivos, tampoco aporta direcciones de Santa Marta.

De acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, se estableció que el señor Enrique Alfonso Rada Rodríguez y la señora Carmen Elisa Mora De Rada, no convivieron desde el 21 de agosto de 1959 hasta el 12 de abril de 2008, fecha que fallece el causante.

Análisis de las pruebas recolectadas:

Se entrevistó a la señora Carmen Elisa Mora De Rada, identificada con CC 20086455, quien afirmó ser la Cónyuge del señor Enrique Alfonso Rada Rodríguez, identificado con CC 2926828, contrajeron matrimonio desde el 21 de agosto de 1959 hasta el 12 de abril de 2008, fecha de su fallecimiento. De la relación con su esposo procreo 4 hijos mayores de edad en la actualidad.

Edgar Enrique Rada Mora de 62 años.

Omar Antonio Rada Mora de 59 años.

Luz Magaly Rada Mora de 55 años.

Rosa Aurelia Rada Mora de 53 años.

La solicitante manifiesta que se conocieron con el causante en el año 1958 debido a que asistieron a una fiesta en la ciudad de Bogotá, posteriormente se casaron en el 21 de agosto de 1959. Informo que vivieron en una residencia ubicada en la carrera 13a # 31a-05 sur, la cual es propia en la que actualmente reside desde hace 48 años.

Refiere que su esposo falleció el día 14 de abril del año 2008 por motivo de infarto en la ciudad de Santa Marta.

En cuanto a las pertenencias de su esposo afirmó no tener ninguna, mostró el álbum familiar donde departe con el causante en diferentes eventos sociales, fotos antiguas.

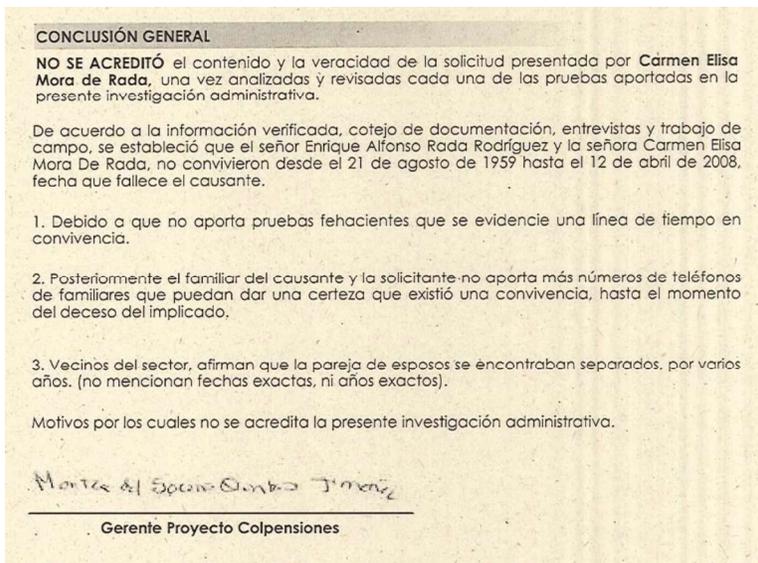
Alude que los gastos fúnebres fueron costeados por sus hijos.

Se le indaga sobre la pregunta del cliente, lo cual menciona que su esposo se encontraba laborando en Santa Marta.

Se indagó con la solicitante por qué realizó la solicitud hasta la fecha manifestó que al causante el habían negado la pensión y revisó la documentación con un abogado quien le manifestó que tenía el derecho a la pensión.

Para verificar la información aportada por la solicitante, se dialoga con la señora Narcisca Rada Rodríguez, identificada con CC 36523951, contacto 3163059740, en calidad de hermana del señor Enrique Alfonso Rada Rodríguez, manifestó conocer a la señora Carmen Elisa Mora de Rada ya que fue la esposa del implicado por 40 años con quienes procrearon 4 hijos. Afirmó que entre los implicados no se presentaron separaciones parciales o totales ya que vivieron juntos en la ciudad de Bogotá y Santa Marta hasta el deceso del causante debido a un infarto en la Santa Marta mientras se encontraba laborando de dicha ciudad.

No se entrevistan otros familiares porque la entrevistada ni la solicitante aportaron otro número de contacto del mismo.



Por otra parte, la demandante al absolver interrogatorio expuso, récord 09:15, archivo 19: “él falleció el 12 de abril de 2008, le dio un paro cardíaco, un infarto, él estaba en Santa Marta, él vivía conmigo, él viajaba a Santa Marta y de Santa Marta a Bogotá, estaba trabajando”.

Por último, los señores **NARCISA RADA RODRIGUEZ, NÉSTOR MANUEL PÉREZ, JAVIER LEMOS MARTINEZ y GUILLERMO SÁNCHEZ BOLÍVAR**, manifestaron:

GUILLERMO SÁNCHEZ BOLÍVAR archivo 19, récord 16:00: “Conozco a la demandante desde finales del año 1992 porque me casé con la hija de ella y de don Enrique en el año 1993, ella estaba casada con don Enrique, vivían en una casa en el sur, la dirección no la sé pero es como carrera 15 con calle 31 sur, Carmen estaba pensionada del Magisterio, el esposo era Enrique Prada, era comerciante, siempre vivieron en esa dirección, él llevaba mercancía a Santa Marta, ese el comercio que hacía, eso era pocos días y luego volvía a Bogotá, que yo sepa no tenía otra relación, él murió el 12 de abril de 2008, murió de un infarto cardíaco, creo que tenía antecedentes, hacía unos días él había viajado a Santa Marta, murió en Santa Marta, fue sepultado en Santa Marta porque era de allá, los padres estaban allá, ella viajó allá, yo fui a las exequias”.

JAVIER LEMOS MARTINEZ, archivo 19, récord 26:36: “yo distinguí a don Enrique en el año 72, lo veíamos ocasionalmente porque viajaba a Santa Marta, llevaba

mercancía, él viajaba muy seguido a Santa Marta, vivíamos en el Gustavo Restrepo, la dirección es calle 31 f, queda a 2 cuadras donde vivió, a Doña Carmen la conozco porque fue profesora mía de bachillerato, ella vivía con él porque hacía sus viajes de negocios, sé que nadaba algo en la Política y trabajó allá, eso como fue como en el 80 o 90, la relación marital fue continua, se ausentaba 8 o 15 días, volvía a donde su señora, los hijos de ellos son mis amigos, él falleció hace como 20 años, yo me fui a la Vega y me desconecté de Bogotá, yo dejé la vecindad en el 2000, él murió en Bogotá, sé que murió porque vimos los carteles, por tema de su enfermedad no, la señora Carmen era docente, yo no fui al sepelio, fue mi papá y mi mamá, si asistieron mis padres, yo lo distinguí, pero que tuviéramos una amistad no, llegábamos a la casa de don Enrique y Carmen, que sepa no tuvo otros hijos, solo conozco a 4 hijos, la amistad de ellos era más que todo con nuestros padres, yo lo vi a él pero no recuerdo hace cuánto”.

NÉSTOR MANUEL PÉREZ, archivo 19, récord 38:16: *“Conozco a Carmen porque fuimos vecinos en el 71, conocí a Enrique porque llegamos al barrio, yo anidaba con los hijos, ellos vivían hace tiempo los dos, el señor Rada salía a viajar porque tenía un comercio y regresaba nuevamente pero siempre vivió con Doña Carmen, se demoraba 8 o 10 días, o 15 días pero regresaba nuevamente, ella tenía un empleo no sé de qué, él falleció en el 2008, le dio un infarto, murió en Santa Marta y lo enterraron allá, ella fue al entierro, fueron todos, ella trabajaba pero no sé en qué, ellos no separaron, se separaban mientras él iba a comercializar la mercancía, solo le conocía a la esposa Carmen, no más, los hijos pagaron las exequias y la señora, él tenía ahorrado, él duraba 8 o 10 días y cuando tenía mercancía duraba 15 días pero no se demoraba más, yo no pude ir a Santa Marta pero si supe”.*

NARCISA RADA RODRIGUEZ, archivo 19, récord 49:19: *“Vivo en Santa Marta, conozco a Carmen, es mi cuñada y esposa de mi único hermano Enrique que falleció, ellos se casaron, yo estuve en Bogotá en el 61, ella trajo su hijo, ellos vivían en Bogotá, el barrio no lo sé, no me acuerdo bien, yo fui porque como estuve un año me quedé en la casa, ella trabajaba, es profesora, mi hermano estudiaba porque se graduó en Bogotá de Ingeniero Civil, él tenía que desplazarse y venía Santa Marta y se quedaba conmigo, llevaba mercancía, a veces se repartía rápido, no permanecía tanto tiempo acá, él no venía seguido, venía cada 2 o 3 meses, mi hermano murió hace 13 años de infarto fulminante, estaba en*

Santa Marta, se enterró en la bóveda familiar porque la mayoría de familia esta acá, él llevaba como 15 días acá cuando murió, ellos no se separaron”.

De lo hasta aquí expuesto, sin que sea necesario acudir a otros medios de prueba, se advierte, una vez valoradas las declaraciones de los señores **NARCISA RADA RODRIGUEZ, NÉSTOR MANUEL PÉREZ, JAVIER LEMOS MARTINEZ y GUILLERMO SÁNCHEZ BOLÍVAR**, así como las pruebas documentales anteriormente relacionadas bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, se puede corroborar que la pareja conformada por CARMEN ELISA MORA DE RADA y ENRIQUE ALFONSO RADA RODRÍGUEZ (q.e.p.d), convivieron en calidad de cónyuges por lo menos 5 años en cualquier tiempo, tal como lo concluyó la juzgadora de primer grado, habiendo percibido los testigos de manera directa los hechos sobre los cuales declararon por la cercanía con la pareja, la primera al ser hermana del *de cuius*, los dos siguientes al ser vecinos y el último al ser el esposo de una de las hijas de la pareja, pues dieron fe que los veían juntos desde que se casaron, que producto de esa unión nacieron sus 4 hijos, que el causante viajaba a Santa Marta por temas de trabajo y que pernoctaba de 10 a 15 días en dicha ciudad, dependiendo la cantidad de mercancía, sin que alguno advirtiera que se separaron de cuerpos, nótese, los deponentes fueron claros en advertir que la pareja convivió siempre y permaneció unida. De tal forma, estos dichos para la Sala gozan de plena credibilidad en tanto sus declaraciones no fueron contradictorias y por el contrario se mostraron espontáneas y coincidentes y sin ánimo de favorecer al extremo demandante.

Además, del certificado expedido por Famisanar se extrae que el causante fue afiliado por la señora CARMEN ELISA MORA DE RADA desde el 16 de mayo de 2002 al 12 de mayo de 2008, lo que permite establecer que la pareja convivió hasta el 2008, lo que refleja un acto de acompañamiento mutuo y apoyo.

Sea del caso advertir, el testigo JAVIER LEMOS MARTINEZ si bien se contradijo al indicar que el *de cuius* falleció en la ciudad de Bogotá, lo cierto es que los 5 años de convivencia se requieren en cualquier tiempo y no previos al deceso, por lo que su declaración se valoró parcialmente, ya que éste logró corroborar que la pareja convivió desde que contrajeron nupcias al ser vecino y amigo de los hijos de la pareja.

Por otro lado, frente a la declaración extra - juicio rendida por los señores GLORIA ELENA ARANGO LÓPEZ y MIGUEL ÁNGEL PÉREZ RODRÍGUEZ el 12 de marzo de 2021 (archivo 01, páginas 63 y 64), debe advertir la Sala, los declarantes se limitaron a señalar que les consta que la pareja conformada por CARMEN ELISA MORA DE RADA y ENRIQUE ALFONSO RADA RODRÍGUEZ (q.e.p.d), contrajo nupcias el año 1959 y que de ahí en adelante convivieron de manera continua e ininterrumpida, **sin informar por qué la razón de su dicho**, pues en sentir de esta Corporación, debieron relacionar situaciones que dieran credibilidad y certeza frente al conocimiento de los hechos sometidos a litigio. Lo anterior, conlleva a restarle credibilidad a esta declaración, pues se resalta, si bien las declaraciones extra - juicio pueden tomarse como documentos declarativos provenientes de terceros sin que se requiera su ratificación, lo cierto es que deben ser actos que impriman una realidad fáctica y describan situaciones concretas⁴ que lleven a los operadores judiciales a la plena convicción de que cierta situación sí ocurrió.

Pese a lo anterior, se encuentra acreditado que la cónyuge del fallecido logró demostrar en el presente asunto que hizo vida en común con el causante desde **1959 hasta el 12 de abril de 2008**, demostrando la existencia de ese vínculo de comunidad de pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente al momento del óbito del señor ENRIQUE ALFONSO RADA RODRÍGUEZ (q.e.p.d).

Finalmente, en punto al recurso de Colpensiones, sea del caso indicar que las anteriores conclusiones no seacompanan o comparten con el análisis efectuado en la investigación adelantada por la enjuiciada, pues en este asunto se logró establecer que la actora si hizo vida de pareja con el de cujus por la ya dicho.

Por las anteriores razones se encuentran cumplidos los requisitos exigidos por la normatividad aplicable al caso de autos para acceder al reconocimiento pensional deprecado conforme lo establecido por la Juez de primer grado, esto es, en el 100% de la mesada desde el **13 de abril de 2008** (día siguiente al fallecimiento) junto con 14 mesadas en cuantía de \$865.171 (2008).

En lo atinente a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁵ - (formuló excepción a página 4, archivo 07) se advierte, en el presente asunto el derecho a la sustitución pensional se hizo exigible el **12 de abril de 2008** fecha en

⁴ “Las declaraciones extra-juicio pueden tomarse como documentos declarativos provenientes de terceros sin que se requiera su ratificación, salvo que la parte contraria la solicite”. (CSJ SL1342-2023 y SL3619-2022).

⁵ La demanda se tuvo por contestada en auto del 1º de diciembre de 2022 – archivo 14-.

que falleció el señor ENRIQUE ALFONSO RADA RODRÍGUEZ (q.e.p.d.), acudiendo la actora a reclamar vía administrativa la prestación pensional el **26 de febrero de 2021** (archivo 08, expediente administrativo) surtiéndose, en consecuencia, las siguientes actuaciones:

- El extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES negó a través de Resolución No. 1230 del 17 de julio de 2007 solicitud de reconocimiento de pensión al señor ENRIQUE ALFONSO RADA RODRIGUEZ (q.e.p.d).
- El **26 de febrero de 2021** la actora solicitó ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes en virtud de la pensión de vejez post mortem del señor ENRIQUE ALFONSO RADA RODRÍGUEZ (q.e.p.d).
- COLPENSIONES mediante Resolución SUB102103 del 30 de abril de 2021, negó el reconocimiento pensional.
- A través de la Resolución SUB173477 del 28 de julio de 2021, COLPENSIONES reconoció pensión de vejez post mortem al señor ENRIQUE ALFONSO RADA RODRÍGUEZ (q.e.p.d), con fecha de estatus pensional del 27 de julio de 1999, IBL de \$953.252, tasa de reemplazo del 51% y valor de mesada pensional para el 2008 la suma de \$865.171. Igualmente, a través de esta resolución se negó la sustitución pensional.

Por lo anterior, encuentra la Sala que la demandante presentó la reclamación el 26 de febrero de 2021 a Colpensiones, asimismo, la demanda se interpuso el 13 de diciembre de 2021 (archivo 02), notificándose a COLPENSIONES del auto admisorio de la demanda de fecha 24 de marzo de 2022 (archivo 04 expediente digital), esto es, dentro del año de que trata el artículo 94 del C.G.P⁶., por lo que entre la fecha en que se radicó la reclamación en cita y la interposición de la demanda **NO** transcurrió el término trienal consagrado para la operatividad de la prescripción y en esa medida, a juicio de la Sala, el reconocimiento del derecho debe proceder a partir del **26 de febrero de 2018**, acogiendo con ello la decisión de la *a quo*⁷.

⁶ Se notificó el 30 de marzo de 2022. archivo 06-.

⁷ 3 años anteriores a la reclamación.

Así las cosas, se procede a concretar el valor del retroactivo pensional adeudado por la accionada COLPENSIONES, toda vez que en primera instancia se impartió condena de manera genérica, esto es, por los periodos del 26 de febrero de 2018 (3 años anteriores a la fecha de reclamación) al 30 de noviembre de 2023.

Lo anterior, arroja como valor adeudado la suma total de **\$116.216.935,33**, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina de la mesada:

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 865.171,00	0,00	\$ 0,0
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 931.530,00	0,00	\$ 0,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 950.161,00	0,00	\$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 980.281,00	0,00	\$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.016.845,00	0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 1.041.656,00	0,00	\$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.061.864,00	0,00	\$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.100.728,00	0,00	\$ 0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.175.247,00	0,00	\$ 0,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.242.824,00	0,00	\$ 0,0
26/02/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.293.656,00	12,17	\$ 15.739.481,3
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.334.794,00	14,00	\$ 18.687.116,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.385.516,00	14,00	\$ 19.397.224,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.407.823,00	14,00	\$ 19.709.522,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.486.943,00	14,00	\$ 20.817.202,0
01/01/23	30/11/23	13,12%	\$ 1.682.030,00	13,00	\$ 21.866.390,0
Total retroactivo				\$ 116.216.935,33	

En otro giro, en cuanto a los intereses moratorios que fueron objeto de condena en primer grado, es menester precisar, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cualquiera que sea su fuente, pudiendo colegirse, el pago tardío de las mismas debe ser sancionado en los términos de tal normativa.

No obstante, dicha premisa, para la procedencia de estos debe analizarse la situación que dio lugar a negar la prestación económica por parte de Colpensiones, evidenciando al efecto, mediante Resolución SUB173477 del 28 de julio de 2021 la entidad procedió a analizar la prestación bajo el amparo del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, negando la misma porque la señora MORA DE RADA CARMEN ELISA no acreditó el requisito de convivencia, argumento que debió analizarse en el sentido de verificar la convivencia de los 5 años en

cualquier tiempo **y no anteriores al deceso del causante**, aunado a que no se valoraron los medios probatorios recaudados, pues el pensionado tenía como afiliada a la cónyuge en salud, así como los testigos recepcionados fueron enfáticos en aducir que la pareja si convivió entre 1959 a 2008, siendo procedente la condena impuesta en primer grado y, en este sentido se **confirmará** la decisión, advirtiéndose, la solicitud se efectuó el 26 de febrero de 2021 por tanto la entidad contaba con 2 meses para resolver lo pertinente, es decir, hasta el 26 de abril de 2021⁸, por tanto, la condena de los intereses moratorios a partir del **27 de abril de 2021** resulta ajustada a derecho.

No sobra señalar que tampoco se presenta ninguna de las causales de exoneración desarrolladas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1346 de 2020.

Finalmente, se confirmará la sentencia en el sentido de autorizar a COLPENSIONES a descontar del anterior retroactivo pensional lo correspondientes a los aportes a salud, en virtud de lo previsto en el artículo 42 de la Ley 100 de 1993 que permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud"*.

De esta manera se agota la competencia de la Sala frente al recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, adicionando el punto expuesto, así como se confirmará en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto.

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 el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado en cuanto a que COLPENSIONES debe reconocer y pagar la sustitución pensional

⁸ Ley 717 de 2001. Art. 1.

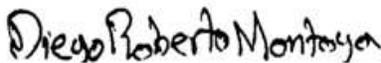
a la demandante **CARMEN ELISA MORA DE RADA** a partir del 26 de febrero de 2018, precisándose el retroactivo adeudado desde dicha data al 30 de noviembre de 2023 asciende a **\$116.216.935,33**, el cual se seguirá causando hasta la inclusión en nómina.

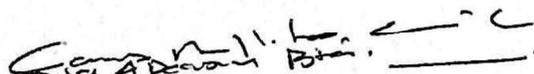
Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 865.171,00	0,00	\$ 0,0
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 931.530,00	0,00	\$ 0,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 950.161,00	0,00	\$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 980.281,00	0,00	\$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.016.845,00	0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 1.041.656,00	0,00	\$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.061.864,00	0,00	\$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.100.728,00	0,00	\$ 0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.175.247,00	0,00	\$ 0,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.242.824,00	0,00	\$ 0,0
26/02/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.293.656,00	12,17	\$ 15.739.481,3
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.334.794,00	14,00	\$ 18.687.116,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.385.516,00	14,00	\$ 19.397.224,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.407.823,00	14,00	\$ 19.709.522,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.486.943,00	14,00	\$ 20.817.202,0
01/01/23	30/11/23	13,12%	\$ 1.682.030,00	13,00	\$ 21.866.390,0
Total retroactivo					\$ 116.216.935,33

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

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**

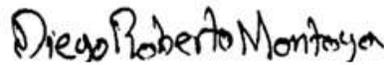
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ROSA QUIMBAYO DE VILLANUEVA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y COMO LITIS CONSORTE NECESARIA MARIA FERNANDA FALLA OCHOA (RAD. 34 2019 00726 01).

Bogotá D.C. doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado JOHANN DAVID TAPIAS SALAZAR como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JAHNNIKI WEIMANN SANCLEMENTE, en su calidad de representante legal de la sociedad UNIÓN TEMPORAL W&WLC UT



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 los recursos de apelación interpuestos por la litis consorte necesaria **MARIA FERNANDA FALLA OCHOA** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última únicamente en las condenas que se le infringieron y que le resultaron desfavorables, contra la sentencia proferida por la Juez 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 11 de mayo de 2023 (*16ActaAudiencia, récord 51:20*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a partir de que quede en firme la presente sentencia y a favor de la demandante señora ROSA QUIMBAYO DE VILLANUEVA, en un porcentaje equivalente al 48% de la mesada pensional y a la señora MARÍA FERNANDA FALLA OCHOA, en un porcentaje igual al 52% de la mesada pensional causada con el deceso de JOSÉ IGNACIO VILLANUEVA, junto con las mesadas pensionales ordinarias, adicionales, causadas y no pagadas a la demandante Rosa Quimbayo de Villanueva, liquidándose el valor del retroactivo pensional en proporción al porcentaje reconocido debidamente indexado, más los respectivos reajustes de Ley, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Del retroactivo generado por concepto de sustitución pensional a favor de la demandante ROSA QUIMBAYO DE VILLANUEVA, la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES deberá hacer la deducción de los aportes al sistema de seguridad social en salud, puesto que las entidades pagadoras de pensiones, por ministerio de la ley, están facultadas para efectuar tal descuento y consignarlo en los plazos estipulados a la correspondiente entidad promotora de salud a la cual se encontraba afiliados, de conformidad con lo previsto en el artículo 42 del Decreto 692 de 1994.

TERCERO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a descontar o deducir de forma gradual los valores cancelados demás a la Litis consorte necesaria señora MARIA FERNANDA FALLA OCHOA, en su calidad de compañera permanente y teniendo en cuenta el verdadero porcentaje a que tenía derecho sobre la sustitución pensional.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de las demás pretensiones de la demanda formuladas por la señora ROSA QUIMBAYO DE VILLANUEVA, de conformidad a las precisiones de la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de COMPENSACIÓN y no probada la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por la pasiva y por la vinculada como Litis Consorcio Necesaria MARIA FERNANDA FALLA OCHOA, relevándose del estudio de las demás excepciones formuladas en la Litis.

SEXTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al reconocimiento y pago de las costas procesales sumadas en la suma equivalentes a un salario mínimo legal mensual vigente en favor de la señora ROSA QUIMBAYO DE VILLANUEVA y liquidense por secretaria.

SÉPTIMO: Contra la presente providencia sólo procede el recurso de apelación y en caso de no ser apelada, remítase al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.”.

Inconforme con la decisión, Colpensiones manifestó¹, a la luz de la sentencia C-515 del 2019, en la cual se estudió la exequibilidad de la expresión con sociedad

¹ **Recurso Colpensiones (récord 54:59, archivo 16):** “Gracias, ahora sí estando en la oportunidad procesal pertinente y con el respeto acostumbrado, me permito presentar el recurso de apelación, ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, el cual me permito sustentar bajo los siguientes argumentos, que vienen en línea a lo alegado en la audiencia anterior, para que se revoque en su totalidad la sentencia proferida en esta fecha.

Este se argumenta y le solicito muy respetuosamente al Honorable Tribunal se estudie el presente caso a la luz de la sentencia C-515 del año 2016, sentencia de carácter Constitucional, 2019, perdón de origen constitucional, es nominada con la letra c, en la cual se estudió precisamente la exequibilidad de la expresión con sociedad conyugal vigente que trae el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 en 2003, por lo cual desconocer la aplicación de dicha jurisprudencia, se entendería como un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente constitucional, en esta sentencia, en el apartado 73, que es el único que cito, indicaron lo siguiente, “En segundo lugar, los grupos cuya comparación se proponen no pueden ser considerados equiparables en el supuesto previsto en la disposición acusada convivencia no simultánea, en razón a que el requisito de la vigencia en la sociedad conyugal, tiene la finalidad de concretar el objeto de la pensión de sobrevivientes, esto es, proteger el núcleo familiar del causante que resulta afectado por su deceso, ver supra numerales 54 y 55. La configuración normativa de esta prestación económica, tiene como base el requisito de convivencia afectiva con el causante, sin embargo, en los supuestos de convivencia no simultánea entre cónyuges y la compañera o compañero permanente, la ausencia de una convivencia efectiva entre los 5 años anteriores a la muerte del causante justifica que el legislador, en ejercicio del amplio margen de configuración en materia pensional, establezca la vigencia de la sociedad conyugal, como una condición necesaria para reconocer este derecho pensional del cónyuge supérstite, que separado de hecho, mantuvo el vínculo patrimonial con el causante guiada por los principios que definen la pensión de sobrevivientes. Por lo anterior, es dado a concluir que le asisten razones al legislador para distinguir entre situaciones donde no es posible que el cónyuge acredite la convivencia hasta la muerte del causante, convivencia no simultánea, que el cónyuge supérstite acredite la vigencia del vínculo matrimonial sociedad conyugal, que de manera voluntaria decidieron mantener con el causante pese a la separación de hecho.” En este sentido, es un requisito sine qua non para reconocer la prestación económica de pensión de sobreviviente a la cónyuge separada, de hecho, que acredite 5 años anteriores al fallecimiento, el que tenga la sociedad conyugal vigente, esto lo establece la Ley 100, la Ley 797 y lo reitera la sentencia C-515 del año 2019, de la Honorable Corte Constitucional, reitero, no teniéndose en cuenta estaría dentro de un defecto sustantivo, por desconocimiento del precedente de la Honorable Corte.

En este sentido, su señoría es claro que, en el presente caso, la demandante, Honorables Magistrados, se liquidó su sociedad conyugal y que el fondo de la pensión de sobreviviente precisamente es el de la protección de familia, como lo estableció el fallo del a quo, el crisol del amor, el acompañamiento mutuo, el acompañamiento espiritual, y no simplemente una carga económica, para la otra familia que acompañó hasta el final de sus días al demandante y que realmente se constituye en familia. En este sentido, de los testimoniales, la demandante no sabía ni siquiera que estaba pensionada cuando este apoderado le preguntó que, si el señor estaba pensionado, ella dijo que no sabía, no tenía datos claros, estaba muy desentendida, o desinteresada de la situación del causante, precisamente hubo una separación de hecho, precisamente hubo una liquidación de la sociedad conyugal, precisamente ya se rompió lo que el derecho pensional, el sistema de seguridad social protege y es la familia.

En este sentido, ruego a los Honorables Magistrados, tengan en cuenta estos argumentos, en caso de confirmar el fallo y no se desconoce la posición actual de la Honorable Corte Suprema de Justicia, que no interesa la sociedad conyugal, si no le dan valor más alto al matrimonio que a la misma sociedad patrimonial, que es la que tiene efectos económicos y éste precedente es el que aplica la Honorable Jueza, si lo tienen en cuenta y confirman la decisión, ruego no se condene a mi representada a pagar retroactivo pensional, porque si bien se ordena el descuento de los mayores valores pagados, esto dejaría sin una mesada pensional a la señora que actualmente cuenta con la pensión, más muchos daños a futuro y también no sería posible, pues mantener digamos que esta estuviera con vida, el tiempo que dure estos descuentos, por lo cual se estaría condenando a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, a un doble pago, a hacer repeticiones igualmente esta mesada pensional ya se pagó, por lo cual indexar lo que ya se ha pagado, sería igualmente una condena o un doble pago a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

Por último, ruego, pues se absuelva a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES de las costas procesales en un salario mínimo, teniendo en cuenta, pues lo primero que todo es el precedente de la Honorable Corte Constitucional, estaba fundado las decisiones de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en la ley. La ley es clara en decir que, en caso de existir cónyuge separada de hecho con sociedad conyugal liquidada, no es procedente reconocimiento pensional, por lo cual condonársele a mi representada a pagar costas por aplicar la ley y la jurisprudencia, no estaría conforme al concepto de justicia que predicán los estrados judiciales.

En este sentido, igualmente su señoría, Honorables Magistrados, en caso de encontrar algún otro aspecto, sobre todo el tema de la compensación, declarar probada la compensación cuando en la actualidad no hay compensado ningún valor, ni se puede compensar ningún valor, llama la atención porque lo que sí se está haciendo es condenar a un doble pago a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

En este sentido, cierro mi recurso de apelación, Honorable jueza, para que sea concedido el mismo, muchas gracias.”.

conyugal vigente que trae el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 en 2003, se indicó lo siguiente: *“En segundo lugar, los grupos cuya comparación se proponen no pueden ser considerados equiparables en el supuesto previsto en la disposición acusada convivencia no simultánea, en razón a que el requisito de la vigencia en la sociedad conyugal, tiene la finalidad de concretar el objeto de la pensión de sobrevivientes, esto es, proteger el núcleo familiar del causante que resulta afectado por su deceso, ver supra numerales 54 y 55. La configuración normativa de esta prestación económica, tiene como base el requisito de convivencia afectiva con el causante, sin embargo, en los supuestos de convivencia no simultánea entre cónyuges y la compañera o compañero permanente, la ausencia de una convivencia efectiva entre los 5 años anteriores a la muerte del causante justifica que el legislador, en ejercicio del amplio margen de configuración en materia pensional, establezca la vigencia de la sociedad conyugal, como una condición necesaria para reconocer este derecho pensional del cónyuge supérstite, que separado de hecho, mantuvo el vínculo patrimonial con el causante guiada por los principios que definen la pensión de sobrevivientes. Por lo anterior, es dado a concluir que le asisten razones al legislador para distinguir entre situaciones donde no es posible que el cónyuge acredite la convivencia hasta la muerte del causante, convivencia no simultánea, que el cónyuge supérstite acredite la vigencia del vínculo matrimonial sociedad conyugal, que de manera voluntaria decidieron mantener con el causante pese a la separación de hecho.”*

Agregó, en este sentido, es un requisito *sine qua non* para reconocer la prestación económica de pensión de sobreviviente que la cónyuge separada de hecho acredite 5 años anteriores al fallecimiento, conforme a la Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003 y sentencia C-515 del año 2019.

Relató, en el presente caso, la demandante y el causante liquidaron la sociedad conyugal aduciendo la finalidad de la pensión de sobreviviente es el de la protección de la familia, como lo estableció el fallo de la *a quo*, el crisol del amor, el acompañamiento mutuo, el acompañamiento espiritual, y no simplemente una carga económica, para la otra familia que acompañó hasta el final de sus días al causante y que realmente se constituye en familia. En su sentir, con la prueba testimonial se constata que la demandante no sabía ni siquiera que el causante era pensionado, no tenía datos claros, no estaba enterada de la situación del

causante, precisamente hubo una separación de hecho y una liquidación de la sociedad conyugal.

Igualmente, de confirmarse la sentencia, solicitó, no se condene al pago del retroactivo pensional, porque si bien se ordena el descuento de los mayores valores pagados, esto dejaría sin una mesada pensional a la litis consorte que actualmente cuenta con la pensión, por lo cual se estaría condenando a COLPENSIONES a un doble pago, debiendo hacer repeticiones e indexar lo que ya se ha pagado.

Por último, solicitó la absolución frente a las costas procesales en un salario mínimo, teniendo en cuenta que las decisiones de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES estuvieron fundadas en la ley, la cual es clara en señalar, en caso de existir cónyuge separada de hecho con sociedad conyugal liquidada, no es procedente el reconocimiento pensional.

Por su parte, la litis consorte necesaria MARIA FERNANDA FALLA OCHOA argumentó², se encuentra demostrado que convivió permanentemente con el

² **Recurso Litisconsorte Necesaria (récord: 1:02:35, archivo 16)** “Gracias, la señora, María Fernanda Falla, demostró en el proceso que convivió permanentemente con el señor José Ignacio Villanueva, desde el año 91, hasta la fecha del fallecimiento de éste. En efecto, así quedó demostrado con el documento allegado con la contestación de la demanda, consistente en la sentencia dictada por el Juzgado 26 de Familia de Bogotá, de fecha 1º de octubre del 2019 y en la que las consideraciones la titular del despacho precisó, los demandados Villanueva Quimbaya, esto es refiriéndose a José Ignacio Villanueva, a Juan Carlos Villanueva y a Rocío Villanueva Quimbayo y a Rosa Quimbayo, aunque se continúe leyendo la sentencia, aunque no contestaron la demanda en sus interrogatorios se aferran al hecho de que la referida unión comenzó en el año 96 y de allí en adelante hasta la fecha del fallecimiento de su padre. En relación con la fecha desde cuándo empieza la relación de María Fernanda Ochoa, con el causante, ya se sabe en el fallo que se acaba de dictar que no existe la menor duda que se inició a partir de 1991.

En la sentencia del Juzgado de Familia, también se lee que las pruebas recaudadas tienden a favorecer las pretensiones de la accionante María Fernanda Falla Ochoa, pues acreditados están los presupuestos de la unión marital de hecho que la pareja Villanueva Falla, sin estar casados entre sí, como lo demuestran las copias de Registros Civiles de Nacimiento, se trataron por más de 25 años como esposos, vivieron bajo el mismo techo, brindándose, ayuda y socorro mutuo, desde cuando iniciaron la convivencia en septiembre de 1991 en la casa de los padres de la aquí demandante y luego en la vivienda de propiedad de la señora Martha Giraldo, después en Villa Kennedy de Girardot y por último en Villas de Guadalquivir, en la misma población, hasta cuando sobrevino el fallecimiento del señor José Ignacio, evidenciándose entre ellos la unión, la constancia, la estabilidad, inclusive desde antes del nacimiento de su hijo Juan Pablo Villanueva Falla.

A pesar de que los demandados Villanueva Quimbayo, en sus interrogatorios, así como la señora Rosa Quimbayo en su declaración, manifestaron ante el Juzgado que en el año 1996, el causante aún vivía junto con su esposa para este despacho sus versiones son contradictorias, al punto que la propia testigo indico, que para el momento de la disolución de la sociedad conyugal en el año 1993 por escritura pública 765 del 27 de agosto, de la Notaría Segunda de Girardot, José Ignacio ya convivía con María Fernanda Falla, este documento que acabo de leer, la parte pertinente se encuentra en los folios 186 y 87 de dicha sentencia. Más adelante, en el folio 188 de la sentencia del juzgado de familia, se lee, de allí que, analizado el recaudo probatorio de la forma prevista en el artículo 176 del Código General del Proceso, ciertamente, la demandante logró acreditar el fundamento de sus pretensiones y en el sentido de que entre ella y José Ignacio Villanueva existió una comunidad de vida permanente, singular y prolongada, desde el primero de

septiembre del 91 hasta enero 2 del 2017, por lo tanto, así se declarará, es decir, es la declaración de compañera permanente está quedó establecida y en firme en dicha sentencia, ello a favor de María Fernanda Falla Ochoa.

Entonces habiendo quedado demostrada la convivencia de la pareja Villanueva Falla desde el 1º de septiembre de 1991 hasta la fecha del fallecimiento de Don José Ignacio en el año 2017, María Fernanda Falla Ochoa, cumplió el requisito exigido por la Ley en el sentido de acreditar su convivencia los 5 años anteriores a la fecha de fallecimiento del causante, por el contrario, en este proceso laboral, la señora Rosa Quimbayo, no logró demostrar en el proceso que tuvo una vida marital con el causante a partir del momento en que contrajeron nupcias de manera ininterrumpida hasta el año 95, tal como lo dice la apoderada de la demandante en el hecho 5 de la demanda, la sentencia antes referida del Juzgado de Familia, desacredita abiertamente dicha afirmación, pero además es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte declara para la fecha del fallecimiento, él refiriéndose a José Ignacio, vivía con la señora María Fernanda, allá en Guadalquivir, Girardot, ese no es el mismo municipio en donde yo vivía, declara también no saber quién figuraba como acudiente del causante y cito textualmente “porque él estaba viviendo con la señora María Fernanda, no sé quién lo llevaría allá”, refiriéndose al hospital. A la pregunta del apoderado de COLPENSIONES, “¿usted declaró que se separaron 5 años antes del fallecimiento del causante?”, ella contesta, “sí” y se le pregunta sobre si sabe la razón por la cual entonces en la escritura de liquidación de la sociedad es del año 1993 y responde, “no sé”, no logra demostrar la actora que a la fecha conserve esa calidad de cónyuge supérstite, no hace parte tampoco de la demanda que se reclame tal condición, se menciona de manera tangencial en el recurso de apelación que interpone la apoderada en contra de la resolución que niega en primera instancia la pensión a Doña Rosa Quimbayo, pero no hace parte de esta demanda.

COLPENSIONES, niega la pensión a Doña Rosa, cuando esta hace su solicitud, amparándose o basándose en la investigación administrativa, de la cual no se está teniendo en cuenta como prueba que obra en el expediente al dictar este fallo, investigación administrativa donde COLPENSIONES, dice, “se infiere de ella, no se acreditó el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Rosa Quimbayo de Villanueva, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en el presente investigación administrativa, en este orden de ideas y hechas las aclaraciones de conformidad con los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, y una vez establecido que la peticionaria no cumple con el requisito mínimo de convivencia para acceder a reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta que se evidencia que no convivía con el causante, hubo liquidación de sociedad conyugal, adicionalmente en la investigación administrativa la peticionaria desconoce las causas del fallecimiento del causante, desconoce quién sufragó los gastos funerarios, lo que demuestra que no existía convivencia”, la prueba documental, aparece aportada con la contestación de la demanda y obra en los folios 20 y 22.

La apoderada de la demandante afirma que el señor José Ignacio Villanueva, le fue reconocida la pensión de vejez el 25 de julio del 2014, hecho 1 de la demanda, contradicción abierta, no obstante, COLPENSIONES nos informa la contestación de la demanda que al causante se le reconoció la pensión de vejez el 23 de noviembre del 2005, el hecho 6 de la demanda dice que la liquidación de la sociedad conyugal fue “con el único fin de proteger el patrimonio construido en este matrimonio”.

No obstante, en el interrogatorio de parte de la señora Rosa Quimbayo, declara que la liquidación de la sociedad conyugal fue porque “él se había enamorado de ella porque era más joven” y sobre los bienes, declaró, “nunca hablamos de eso”.

No es lo que consta en la escritura de la disolución de la liquidación conyugal en la que se adjudican dos hijuelas, la casa y todos los enseres a favor de Rosa Quimbayo, el automóvil a favor de Don José Ignacio, asimismo, la apoderada afirma en su demanda que el causante “hasta el día de su fallecimiento, siempre tuvo vocación de permanencia para con la demandante” hecho 3 de la demanda, lo cierto es que se demostró en el proceso que el señor José Ignacio Villanueva, liquidó de común acuerdo, con la señora Rosa Quimbayo, la sociedad conyugal que los unió disolución que se formalizó ante la Notaría Segunda de Girardot, en la fecha que ya todos conocemos.

En el interrogatorio de parte de la demandante se declara, “yo me fui a vivir a San Luis y él vivía en Guadalquivir Girardot”, dice que la visitaba a diario cada 3 y cada 8 días, es decir, no hay una consistencia en esa declaración, en el interrogatorio formulado a la señora María Fernanda Falla Ochoa, esta declara que el causante padecía de diabetes y eso le impedía conducir por tramos largos y con frecuencia. Significa lo anterior que, no existió tal vocación de permanencia del causante para con la señora Rosa Quimbayo, no convivieron o sostuvieron vida marital durante los últimos 23 años antes de la fecha del fallecimiento del señor Ignacio Villanueva, en enero del 2017.

Las abiertas contradicciones que aparecen en la declaración de interrogatorio de parte de Doña Rosa, en contraste con lo declarado en la demanda, permite colegir discúlpese la manera en que lo voy a decir fácilmente, que el afán de percibir una parte o un porcentaje de la mesada pensional que hoy se favorece a la

señor José Ignacio Villanueva desde el año 1991 hasta la fecha del fallecimiento del pensionado, en efecto, así quedó demostrado con la sentencia dictada por el Juzgado 26 de Familia de Bogotá, de fecha 1º de octubre del 2019, demostrándose además, la pareja Villanueva Falla, sin estar casados entre sí, como lo demuestran las copias de Registros Civiles de Nacimiento, se trataron por más de 25 años como esposos, vivieron bajo el mismo techo, brindándose, ayuda y socorro mutuo, desde cuando iniciaron la convivencia en septiembre de 1991 en la casa de los padres y luego en la vivienda de propiedad de la señora Martha Giraldo, después vivieron en Villa Kennedy de Girardot y por último en Villas de Girardot, hasta cuando sobrevino el fallecimiento del señor José Ignacio, evidenciándose entre ellos la unión, la constancia, la estabilidad, inclusive, desde antes del nacimiento de su hijo Juan Pablo Villanueva Falla.

Narró, a pesar de que la demandante Rosa Quimbayo de Villanueva, en su interrogatorio, como la testigo Rocío Villanueva Quimbayo (hija) en su declaración, manifestaron ante el juzgado que en el año 1996, el causante aún vivía junto con Rosa Quimbayo, en su sentir tales versiones son contradictorias, ya que la propia testigo indicó, que para el momento de la disolución de la sociedad conyugal en el año 1993 por escritura pública 765 del 27 de agosto de la Notaría Segunda de Girardot, José Ignacio ya convivía con María Fernanda Falla.

Indica, en el folio 188 de la sentencia del juzgado de familia, se lee, que la aquí litisconsorte logró acreditar el fundamento de sus pretensiones y en el sentido de que entre ella y José Ignacio Villanueva existió una comunidad de vida permanente, singular y prolongada, desde el 1º de septiembre de 1991 hasta el 2 de enero del 2017, por lo tanto, la declaración de compañera permanente quedó establecida y en firme con dicha sentencia.

litisconsorte, está basada en imprecisiones y contradicciones, hay recuerdos de cosas muy precisas de las otras, simplemente nadie se acuerda, la base, es bastante dudosa.

En la demanda no se menciona, ni se pide, ni se argumenta, ni se aportan documentos que se lleve a concluir a que la convivencia, se mantuvo durante 5 años en cualquier tiempo, no es eso lo que se reclama en la demanda, su reclamación va encaminada hacia otro objetivo y por todo ello, y de acuerdo con lo dicho en la sentencia, sin que sean los únicos motivos del recurso de apelación, solicitó al Tribunal Superior de Bogotá, la Sala Laboral, se revoque el fallo y se mantenga la pensión asignada por COLPENSIONES a la Litisconsorte María Fernanda Falla Ochoa.

De esta manera dejo planteada los argumentos del recurso de apelación, insistiendo en que no serán, aumentaré o completaré los argumentos ante el Tribunal Superior de Bogotá, de manera respetuosa, así dejó el recurso planteado para (inaudible) juzgado que nos está atendiendo, muchas gracias. ”.

Explicó, habiendo quedado demostrada la convivencia de la pareja Villanueva Falla desde el 1º de septiembre de 1991 hasta la fecha del fallecimiento de José Ignacio en el año 2017, María Fernanda Falla Ochoa, cumplió el requisito exigido por la ley en el sentido de acreditar su convivencia los 5 años anteriores a la fecha de fallecimiento del causante, por el contrario, en este proceso laboral, la señora Rosa Quimbayo, no logró demostrar que tuvo una vida marital con el causante a partir del momento en que contrajeron nupcias de manera ininterrumpida hasta el año 95, tal como lo dice la apoderada de la demandante en el hecho 5 de la demanda, sumado a que es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte declara que para la fecha del fallecimiento del pensionado, éste vivía con la señora María Fernanda en Girardot, asimismo, no sabía quién figuraba como acudiente del causante.

Aludió, COLPENSIONES negó la pensión a la demandante, basándose en la investigación administrativa, la cual no se está teniendo en cuenta como prueba, de la cual se extrae: *“se infiere de ella, no se acreditó el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Rosa Quimbayo de Villanueva, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en el presente investigación administrativa, en este orden de ideas y hechas las aclaraciones de conformidad con los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, y una vez establecido que la peticionaria no cumple con el requisito mínimo de convivencia para acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta que se evidencia que no convivía con el causante, hubo liquidación de sociedad conyugal, adicionalmente en la investigación administrativa la peticionaria desconoce las causas del fallecimiento del causante, desconoce quién sufragó los gastos funerarios, lo que demuestra que no existía convivencia”*.

Igualmente, señaló, en el interrogatorio de parte de la señora Rosa Quimbayo, esta manifiesta que la liquidación de la sociedad conyugal fue porque “él se había enamorado de ella porque era más joven” y sobre los bienes, declaró, “nunca hablamos de eso”, demostrándose en el proceso que el señor José Ignacio Villanueva, liquidó de común acuerdo con la señora Rosa Quimbayo, la sociedad conyugal que los unía cuya disolución se efectuó ante la Notaría Segunda de Girardot, además refiere la actora adujo: “yo me fui a vivir a San Luis y él vivía en Villas de Girardot”, que la visitaba a diario cada 3 y cada 8 días, considerando no existe una consistencia en esa declaración.

Expresó, se debe tener en cuenta que, en el interrogatorio formulado a la señora María Fernanda Falla Ochoa, esta declara que el causante padecía de diabetes y eso le impedía conducir por tramos largos y con frecuencia. Significa lo anterior que, no existió tal vocación de permanencia del causante para con la señora Rosa Quimbayo, no convivieron o sostuvieron vida marital durante los últimos 23 años antes de la fecha del fallecimiento del señor Ignacio Villanueva, en enero del 2017.

En su sentir, en la demanda no se menciona, ni se pide, ni se argumenta, ni se aportan documentos que lleve a concluir que la convivencia se mantuvo durante 5 años en cualquier tiempo.

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

CONSIDERACIONES

Constituyó el anhelo de la demandante ROSA QUIMBAYO DE VILLANUEVA, las pretensiones que relacionó en la página 53 del archivo 01, las cuales encuentran sustento en los hechos consignados en las páginas 55 y 57 aspirando se declare:

1. **SE DECLARE** el reconocimiento de un porcentaje de la sustitución pensional a favor de mi mandante por parte de la demandada.
2. **SE ORDENE** a la demandada pagar a favor de mi mandante desde la fecha de la muerte del causante la pretendida sustitución pensional debidamente indexada o ajustada con base al IPC o al por mayor y sus correspondientes intereses moratorios.
3. Se ordene la integración del litisconsorte necesario respecto a la señora María Fernanda Falla Ochoa.
4. Que se condene a la parte demandada al pago de las costas que surjan en el proceso.

CLARET ANTONIO PERE

Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones por cuanto se condenó a COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en un porcentaje equivalente al 48% de la mesada pensional y a la señora MARÍA FERNANDA FALLA OCHOA, en un porcentaje igual al 52% de la mesada pensional causada con el deceso de JOSÉ IGNACIO VILLANUEVA, junto con las mesadas pensionales ordinarias, adicionales, causadas y no pagadas a la demandante Rosa Quimbayo de Villanueva, ordenando liquidar el valor del retroactivo pensional en proporción al porcentaje reconocido debidamente indexado, más los respectivos reajustes de Ley, igualmente se ordenó, del

retroactivo generado por concepto de sustitución pensional a favor de la demandante ROSA QUIMBAYO DE VILLANUEVA, la demandada COLPENSIONES deberá hacer la deducción de los aportes al sistema de seguridad social en salud, puesto que las entidades pagadoras de pensiones, por ministerio de la ley, están facultadas para efectuar tal descuento y consignarlo en los plazos estipulados a la correspondiente entidad promotora de salud, de conformidad con lo previsto en el artículo 42 del Decreto 692 de 1994, así mismo se autorizó a COLPENSIONES a descontar o deducir de forma gradual los valores cancelados de más a la Litis consorte necesaria señora MARIA FERNANDA FALLA OCHOA, en su calidad de compañera permanente y teniendo en cuenta el verdadero porcentaje a que tenía derecho sobre la sustitución pensional, se absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones, se declaró probada la excepción de COMPENSACIÓN y no probada la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por la pasiva y por la vinculada como Litis Consorcio Necesaria MARIA FERNANDA FALLA OCHOA y se condenó en costas a COLPENSIONES.

Lo anterior tras considerar la a quo, el causante JORGE IGNACIO VILLANUEVA dejó causada la sustitución pensional al ser pensionado a partir del 23 de noviembre de 2005, siendo reliquidada la prestación a partir del 17 de diciembre de 2009. Por otra parte, al verificar a quién le asistía el derecho pensional, expuso la juzgadora, la demandante acreditó la convivencia con el *de cujus*, toda vez que allegó el registro civil de matrimonio, procreando 3 hijos mayores de edad en la actualidad, disolviendo la sociedad conyugal en agosto de 1993, advirtiendo en este asunto no existió divorcio lo que implica que el vínculo matrimonial continuó vigente, reflejándose la unión y comunidad de vida, encontrando que la demandante desde la celebración de su matrimonio hasta el mes de septiembre de 1991 convivió con el causante, de ahí en adelante surgió la separación de hecho continuando la ayuda mutua entre los cónyuges, acreditando los 5 años en cualquier tiempo. Consecuente con ello, indicó que conforme a los años de convivencia demostrados le corresponde el 48% de la mesada pensional a la cónyuge e igualmente a la litis consorte le corresponde el 52% por el tiempo convivido y no el 100%, autorizándose a Colpensiones a deducir las mesadas ya pagadas – mayores valores-. Frente a la excepción de prescripción la encontró no probada.

Reseñado lo anterior, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto la litis consorte necesaria MARIA FERNANDA FALLA OCHOA y

COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, frente a las condenas que le fueron desfavorables conforme al contenido del artículo 69 del CPTSS³.

De esta manera ha de señalarse, no es motivo de controversia en esta instancia:

- i) El señor JOSÉ IGNACIO VILLANUEVA (q.e.p.d.), falleció el 02 de enero de 2017, conforme se señala en el registro civil de defunción visible en el archivo 01, página 05 del expediente digital.
- ii) Mediante Resolución 006878 de 2006 se le reconoció pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1990 al de cujus, con una tasa de remplazo del 90% a partir del 23 de noviembre de 2005 en cuantía de \$3.380.513. siendo reliquidada mediante Resolución GNR 267699 del 25 de julio de 2014, para lo cual se tuvieron en cuenta 1.769 semanas, efectiva a partir del 17 de diciembre de 2009 en la suma de \$5.673.584.
- iii) Mediante Resolución 5332 del 10 de marzo de 2017, se ordenó el reconocimiento y pago de una “pensión de sobrevivientes” a la señora FALLA OCHOA MARIA FERNANDA en calidad de compañera del causante por un valor de \$5.673.584 efectiva a partir del 02 de enero de 2017 (archivo 01, páginas 11 a 49).

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar, si la señora ROSA QUIMBAYO DE VILLANUEVA (demandante) en calidad de cónyuge del señor JOSÉ IGNACIO VILLANUEVA (q.e.p.d.), acreditó los requisitos en la norma para ser beneficiaria de la prestación reclamada, ello, en virtud de los recursos de apelación formulados por Colpensiones y la litis consorte necesaria MARIA FERNANDA FALLA OCHOA y de ser ello procedente, se analizará la fecha desde la cual se le otorgaran las mesadas pensionales a la cónyuge en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la

³ “Artículo 69. Procedencia de la consulta. Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de “consulta”.

Las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueren apeladas.

También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante. En este último caso se informará al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior.”.

orden dada a Colpensiones relacionada con de los descuentos por concepto de mayores valores sobre el retroactivo causado ya reconocido a la litis consorte (por ser ello objeto de apelación), así como la indexación y las costas del proceso.

En esta dirección para resolver la litis, ha de señalarse en primer lugar que habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante, **02 de enero de 2017** (archivo 01 del expediente administrativo, página 05) la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, vigentes para la data del deceso, que en sus partes pertinentes señalan que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Precisándose 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 1993⁴, era de 5 años, independientemente de que el causante de la 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 pensionado fallecido,

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 muerte⁴; (...)

postura asumida 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

EXP. No. 34 2019 00726 01 ROSA QUIMBAYO DE VILLANUEVA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y LITIS CONSORTE NECESARIA MARIA FERNANDA FALLA OCHOA

de comunidad de pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente al momento del óbito del asegurado". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

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."

En este punto, debe precisarse la Corte Suprema de Justicia, ya ha tenido oportunidad de dilucidar el tema tratado, señalando en sentencia del 29 de noviembre de 2011 Rad. 40055 que **"...la hipótesis del inciso 3° del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, solo aplica para el evento en que luego de la separación de hecho de un cónyuge con vínculo matrimonial vigente, el causante establezca una nueva relación de convivencia y concurra un compañero o compañera permanente, caso en el cual los cinco (5) años que habla la norma para el cónyuge que va a recibir una cuota parte, puede ser cumplida en "cualquier tiempo",** ello con base en que **"...siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, el cónyuge separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo, pues de no entenderse así la norma, se restaría importancia al cimiento del derecho que, se insiste, es la comunidad**

de vida", tal criterio fue reiterado en Sentencia SL 12442 proferida dentro de la radicación No. 47173 del 15 de septiembre de 2015.

Igualmente, en sentencia CSJ SL359 de 2021, la Alta Corporación, discurrió:

“Al respecto, esta Sala ha señalado que la demostración de los lazos familiares y afectivos, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separado de hecho del causante, no es una exigencia prevista en el inciso 3.o del literal b). Lo anterior, en la medida que el texto de tal disposición establece que, en ese evento, la consorte tiene derecho a una cuota parte de la pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo convivido con el afiliado fallecido. En efecto, esta Corporación tiene adoctrinado que «la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado (...) en un periodo de 5 años», puede ser acreditado «en cualquier tiempo». Ello, en aras de cumplir la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del de cujus, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41673, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019, CSJ SL4047-2019, CSJ SL4771-2020, CSJ SL3850-2020 y CSJ 2746-2020).”.

Bajo tal entendido, para que proceda el reconocimiento pensional dentro del presente asunto donde el fallecido era un **pensionado**, se requiere, en el caso de la cónyuge aquí demandante acreditar que convivió con el causante durante al menos **5 años en cualquier tiempo**, según el alcance que, frente a este puntual aspecto de la citada disposición, le ha dado la Alta Corporación.

En ese orden, en primer lugar, se tiene que, al tenor de la disposición normativa en cita aplicable al caso y teniendo en cuenta, que la señora ROSA QUIMBAYO DE VILLANUEVA superaba los treinta años de edad⁵ -72 años-, en la fecha del fallecimiento del señor JOSÉ IGNACIO VILLANUEVA (q.e.p.d.) -02/01/2017-, entra la Sala a verificar si se cumple con el requisito de la convivencia real y efectiva con el *de cujus* en los términos antes anotados, aspecto fundamental para la procedencia de las pretensiones de la interesada. Aclarándose en este aspecto y en punto al recurso de apelación formulado por Colpensiones, los 5 años se verificarán en **cualquier tiempo** y no, anteriores al fallecimiento del causante, como desacertadamente lo soportó la entidad en su alzada, pues como se vio en precedencia, la jurisprudencia ha aclarado dicha situación en el sentido de advertir que **la cónyuge debe acreditar la convivencia en cualquier tiempo**.

Advirtiéndose en este punto, si bien ante la Notaria Segunda de Girardot se decretó la disolución y liquidación de la sociedad conyugal que existió entre el de

⁵ Nació el 07 de enero de 1932 (Página 24 del archivo 01).

cujus y la demandante señora ROSA MARIA QUIMBAYO DE VILLANUEVA, mediante escritura pública No. 765 del 27 de agosto de 1993 (páginas 16 a 33 del archivo 07) la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado- CSL SL3377- 2021 ha indicado:

“Así, al analizar los planteamientos esbozados por la censura, la Corte encuentra que el tema puesto a su escrutinio se circunscribe a determinar, si el Tribunal incurrió en la denunciada violación de la ley, al considerar que la cónyuge superviviente del causante, no divorciada, tenía derecho a percibir una porción de la pensión de sobrevivientes, pese a que la sociedad conyugal fue disuelta y liquidada.

Así, al analizar los planteamientos esbozados por la censura, la Corte encuentra que el tema puesto a su escrutinio se circunscribe a determinar, si el Tribunal incurrió en la denunciada violación de la ley, al considerar que la cónyuge superviviente del causante, no divorciada, tenía derecho a percibir una porción de la pensión de sobrevivientes, pese a que la sociedad conyugal fue disuelta y liquidada...

Al respecto, en la sentencia CSJ SL1399-2018, reiterada en las SL5141-2019, SL1869-2020 y SL3938-2020, la Sala explicó:

Por otra parte, la Corte ha clarificado que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial. Por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho.

En efecto, la antinomia contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, visible cuando en su inciso 2.º hace referencia a «sociedad anterior conyugal» y, en el tercero, a «unión conyugal», fue resuelta por la Corte a favor de la última a través de sentencia SL, 13 mar. 2012, rad. 45038, en los siguientes términos:

El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 contiene dos situaciones que no pueden equipararse, una relacionada con la existencia de la "unión conyugal" y la restante con la de la "sociedad conyugal vigente". Estima la Sala, que si la protección que otorgó el legislador fue respecto del vínculo matrimonial, tal como se destacó en sede de casación, debe otorgarse la pensión a quien acreditó que el citado lazo jurídico no se extinguió amén de que no hubo divorcio, pues por el especial régimen del contrato matrimonial, es menester distinguir entre los efectos de orden personal, relativos a las obligaciones de los cónyuges entre sí y con sus hijos, del meramente patrimonial como acontece con la sociedad conyugal o la comunidad de bienes que se conforma con ocasión de aquel.

Esa distinción, en eventos como el aquí se discute es de especial interés, pues frente a los primeros, inclusive, subsiste la obligación de socorro y ayuda mutua, que están plasmados en el artículo 176 del Código Civil que dispone que "los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida", y en el propio artículo 152, modificado por el artículo 5 de la Ley 25 de 1992, prevé que el matrimonio se disuelve, entre otros, por el divorcio judicialmente decretado.

Así, por ejemplo en sentencia C-533 de 2000, la Corte Constitucional abordó la naturaleza del matrimonio, y en torno al punto que aquí interesa estimó:

"(...) el matrimonio no es la mera unión de hecho, ni la cohabitación entre los cónyuges. Los casados no son simplemente dos personas que viven juntas. Son más bien personas jurídicamente vinculadas (...) En el matrimonio (...) las obligaciones que surgen del pacto conyugal, a

pesar de que pueden llegar a extinguirse por divorcio y este a su vez puede darse por voluntad de los cónyuges, es menester lograr la declaración judicial del divorcio para que se produzca la disolución del vínculo jurídico a que se ha hecho referencia".

Por demás, es el propio artículo 42 de la Constitución Política el que señala que "los efectos civiles de todo matrimonio cesaran por divorcio con arreglo a la ley civil", y si a ello se suma la voluntad del legislador de proteger la "unión conyugal" a la que hizo referencia la norma que aquí se discute, no sería propio negar el otorgamiento de la prestación cuando la sociedad conyugal esté disuelta, pero exista el verdadero vínculo jurídico, máxime cuando en este evento, el propio Ramón Antonio Castrillón Uribe, en desarrollo de sus obligaciones de socorro y ayuda mutua, previó el tema pensional e incorporó en la cláusula atrás transcrita su deseo de prodigar amparo, a quien convivió con él por más de 20 años."

Por lo anterior, es claro que, el **vínculo matrimonial** incorpora derechos y obligaciones personales tales como los de socorro y ayuda mutua, tolerancia y respeto a la personalidad del cónyuge, **los cuales subsisten mientras el mismo no sea disuelto por muerte, divorcio o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso** y en su lugar la **sociedad patrimonial** hace referencia al **régimen económico de la unión**. Por lo tanto, el primero de los conceptos (vínculo matrimonial) posee un significado subjetivo e intrínseco, del cual emanan unos deberes personales, mientras que el segundo (sociedad patrimonial) alude a una sociedad económica o de bienes. No siendo acertado atar el derecho a la sustitución pensional a la sociedad patrimonial, ya que esta figura responde a un contenido netamente económico, diferente a la vigencia del vínculo matrimonial, dado que es esta unión la que confiere derechos y asigna obligaciones personales y subjetivos a los consortes, y, por consiguiente, permite incluirlos como miembros de su grupo familiar.

Igualmente, cuando se presenta la separación de cuerpos, discurrió la Corte en la sentencia ya enunciada:

"Pero tampoco resulta acertado enervar el derecho pensional ante figuras tales como la separación de hecho o de cuerpos, toda vez que en la primera de estas situaciones la obligación de convivir.

subsiste y en la segunda tan solo se excluye la de cohabitación, pero no la de socorro y ayuda mutua que, pese a esas circunstancias, subsiste.

Para decirlo de otro modo, la separación de cuerpos, figura jurídica en virtud de la cual solo se extingue el deber de cohabitación, no es un obstáculo para que el consorte que haya convivido durante 5 años con el causante acceda a la prestación. Así mismo, la separación de hecho tampoco frustra este derecho, pues esta circunstancia fáctica no extingue de suyo los deberes recíprocos de los cónyuges de entrega mutua, apoyo incondicional y solidaridad, los cuales perviven hasta tanto se disuelva el vínculo matrimonial.

Ello explica por qué, para el legislador del 2003 a pesar de la separación de hecho de los cónyuges, es decir, de la cesación de la comunidad de vida, si alcanzan a convivir al menos 5 años, el superviviente puede adquirir la pensión de sobrevivientes mientras ese vínculo no se disuelva, ya que los deberes de la pareja subsisten, al margen de si se allanaron a ellos o no.

Así las cosas, en resumen, el cónyuge con unión marital vigente, separado o no de hecho, que haya convivido en cualquier tiempo durante un lapso no inferior a 5 años con el afiliado o pensionado fallecido, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes...

*El correcto alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 corresponde a que el consorte con vínculo conyugal vigente, aun separado de hecho, **puede reclamar válidamente una pensión de sobrevivientes siempre que haya convivido por lo menos 5 años en cualquier época con el causante afiliado o pensionado**, tal como lo ha reiterado esta Sala en múltiples fallos, entre otros, en las sentencias CSJ SL, 41637, 24 en. 2012, SL7299-2015, SL6519-2017, SL16419-2017, SL1399-2018, SL5046-2018, SL2010-2019, SL2232-2019, SL4047-2019 y SL5169-2019.”. (Negrilla de la Sala).*

Por lo expuesto, fuerza acotar, a pesar de que la sociedad patrimonial que existió entre ROSA QUIMBAYO DE VILLANUEVA y JOSÉ IGNACIO VILLANUEVA (q.e.p.d.), **fue disuelta y liquidada**, lo cierto es que la unión conyugal y/o vínculo matrimonial persistió hasta la muerte de este, en la medida en que no medió cesación de efectos civiles del matrimonio que así lo dispusiera, lo que conlleva a que esta Sala analice si en efecto la señora MARIA QUIMBAYO DE VILLANUEVA convivió con el *de cuius* por lo menos 5 años en cualquier tiempo con el pensionado. Advirtiéndose en este punto, el acta de matrimonio aportada a página 7 del archivo 01, no es prueba de la convivencia con el pensionado fallecido, pues si bien no se desconoce la existencia de un rito católico – matrimonio, ello no prueba la intención de hacer vida como pareja desde el 10 de agosto de 1968. Asimismo, se precisa, el haber procreado hijos en común con el pensionado de manera alguna puede suplir la necesaria y efectiva convivencia por lo menos durante 5 años en cualquier tiempo, conforme ya se ha analizado.

Así las cosas, deberá acudirse entonces al acervo probatorio recaudado en autos, evidenciando como prueba relevante para resolver la litis, las siguientes:

En audiencia celebrada el día 27 de marzo de 2023 (archivo 14) se recibieron los interrogatorios a la demandante y litis consorte necesaria, quienes expusieron:

ROSA MARIA QUIMBAYO DE VILLANUEVA, récord 20:13, archivo 14: “Yo me casé con José Ignacio hace 32 años en Flandes Tolima, lo conocí en Girardot, porque nos conocimos en la casa, él era jefe de personal, nos casamos y estuvimos viviendo en Flandes, no sé la época, ya cuando él no dijo que quería

vivir más allá nos fuimos a Girardot, nos mudamos, no sé el año ni la época, tuvimos 3 hijos, ellos colaboramos con mi sostenimientos, yo no me separe de José Ignacio, yo estuve cuando él estaba enfermo, él ya vivía con doña María Fernanda pero yo iba a verlo, eso fue como 3 meses, yo iba siempre, no sé quién estaba como acudiente, ya estaba María Fernanda, no sé cuándo se fueron ellos a vivir, sé que ellos estaban 5 años, él me dijo que se enamoraron en la empresa, él me dijo que estaba enamorado de ella, no sé la fecha, él me visitaba frecuentemente, nunca me desamparó, iba cada 3 días u 8 días, o a veces todos los días, siempre iba medio día o por la mañana, nuestro hogar fue bonito, pero él me dijo que se iba con ella, nunca hablamos de eso, no nos divorciamos, yo firme pero no sabía lo que estábamos haciendo, teníamos una casa y yo vivía a hi, luego me Sali de ahí y me fui con mi familia, yo vendí la casa y con ese dinero me compre otra, los costos los pagos María Fernanda, él nunca me desamparó, él me llevaba plata y mercado, él trabajaba y mis hijas estaban mayores y yo me quedé sola en al casa, dicen que tuvo un hijo con ella, no sé si sea hijo de él, no sé nada de hijos, no se si lo reconoció, conozco a Junta Pablo, creo que tiene 18 o 20 años, no sé nada de él, no pregunto nada, liquidamos la sociedad porque él se fue a vivir con María Fernanda, ya estábamos separados, era empleado en producción, no sé de fechas, él no estaba pensionado, él vivía con María Fernanda en una casa de ellos, él iba a la casa y como tenía carro me visitaba cada nada, me fui para un pueblo, vendí la casa, me separé de él, yo vivía sola, él me visitaba”.

La señora **MARIA FERNANDA FALLA OCHOA**, récord 36:31, archivo 14: señaló: “Conocí a José Ignacio en el año 1990 en San Andresito de la 68, y luego en Girardot nos fuimos, soy ama de casa allá, trabajé hasta marzo en Homecenter, nos fuimos a vivir en septiembre de 1991 en el barrio la Esmeralda donde mis padres, luego en una casa de una compañera que nos arrendó y luego compramos casa, juntos trabajábamos, vivíamos de la pensión, él recibió un dinero de la compañía, compramos 2 taxis, él se pensionó en el 2014, él se había casado, yo sabía, ellos convivieron hasta el año 1991, luego nos fuimos a vivir los dos, Rosa me llamó y me dijo que necesitaba algo de apoyo, una vez que Nacho no estuvo ella me dijo que no tenía plata y yo empecé a enviarle dinero, yo pensé que ella era bien conmigo, yo hablé con Rosa y le dije que ya no podía ayudarla, yo la ayudaba cuando ella me decía, yo le mandaba \$200 o \$150, él el pasaba de los medicamentos o exámenes, nosotros estábamos juntos y a veces él se veía apretado porque le daba una cuota mensual al nieto y al otro hijo también lo

apoyaba, él no la visitaba con frecuencia, tuvimos un hijo, se llama Juan Pablo, yo viví desde el año 1991 al 2 de enero de 2017, mi empresa me dio licencia para yo poderlo asistir, Rosa no iba porque estaba en San Luis, ella vino solo cuando falleció, ella estuvo en las exequias y los hijos, mi esposo le dejó todo lo que había cuando liquidaron la sociedad, no sé los ingresos de Rosa, no sé sobre los ingresos de ella, siempre que ella me llamaba y me decía que necesitaba para algo yo le giraba ocasionalmente, mi esposo fue declarado diabético cuando tenía 42 años y siempre estuve yo para cuidarlo, siempre íbamos al Hospital San Ignacio, incluso en la Mederi lo operaron de corazón abierto, mi hijo lo cuidó, vino unos días Rosita y lo cuidó, el resto siempre iba yo, él empezó a bajar mucho de peso y a darle sed, tuvo problemas renales y eso no era favorable, sé que tuvo un problema de riñón a los 20 años, tenía problemas renal, él le proveía a ella algo para citas médicas o medicamento alguno”.

Por su parte los señores **ROCIO VILLANUEVA QUIMBAYO** y **JUAN CARLOS VILLANUEVA QUIMBAYO**, expresaron:

ROCIO VILLANUEVA QUIMBAYO, récord 57:19, archivo 14: “Mis padres se conocieron pero fui procreada en 1964, desde esa época convivieron y en el 68 se casaron en Flandes, ellos estaban en el Espinal en una Finca y luego se fueron para Girardot, somos 3 hijos, mi hermano es supervisor, otro hermano es independiente, el único que aporta para mi mamá es Juan Carlos, ella recibe un bono de adulto mayor, ella paga arriendo \$450.000, vive con mi hermano, no sé cuándo se pensionó mi papá, mi padre asumir los costos del hogar, él ayudaba, iba a la casa, aportaba mercado, le daba plata, el consignaba \$100 o \$200, yo me casé en el 89 y los problemas entre ellos comenzaron después, en su trabajo mi papá encontró a María Fernanda, ellos se fueron a la casa de los papá de ella y luego en Villa Kennedy, no sé sobre la liquidación, ella me llamaba para que la acompañara a asistir a mi papá, a él lo operaron en la Mederi, ella lo asistió en Girardot, ella iba casi todos los días a visitarlo, los gastos los cubrió María Fernanda, ella le consignaba \$200.000 por Paga Todo, ella recibe un bono de Colombia Mayor, mi padre la sostenía, él nunca al abandonó, siempre la ayudaba, mi padre la visitaba, él llegaba y la visitaba, en diciembre llegó un diciembre preguntándome por alimentación que no había comido nada, ese día lo ví, mi madre tiene 78 años, mi madre tiene SIBEN, ella vivió sola en el Centenario, ella se fue hace como 2 o 3 años con mi hermano, con eso fue que compro la casa, esa casa se vendió, ellos no vivían juntos”.

JUAN CARLOS VILLANUEVA QUIMBAYO, récord 1:15:55, archivo 14: *“Vivo con mi madre, es arrendada la casa, yo asumo los gastos, ella recibe un bono de Colombia Mayor de \$180.000, ellos se conocieron en San Juan en el 64 más o menos, se casaron en el 68, ellos vivieron luego en Flandes, mi papa era empleado o jefe de producción, mi padre trabajó siempre en aviones y luego en otra empresa, él siguió pagando su mesada eso fue como en el 2012 que recibí la pensión, mis padres nunca se separaron, como en el 1991 o 1992 mi papá se fue, ellos se conocieron en la misma empresa, ella era empleada, ellos tiene un hijo, no sé qué están haciendo, mi relación es distante, la mayoría de veces era mi papá quien proveía todo, siempre le mandaba a mi mamá todo, él siempre ayudó a mi mamá, eso fue como en el 2012 o 2013, él tenía una infección, siempre lo asistía mi madre y hermana, María Fernanda iba cuando salía del trabajo, mis padres tuvieron una casa, ellos tuvieron un vehículo, mi papá nunca dejó sola a mi mamá, al cuidado de mi padre siempre estuvieron pendientes mi madre y hermana, ella tiene SISBEN, no sé de herencias, la casa mi mamá la vendió, mi papá le pedía el favor a mi hermana que comprara lo de mi mamá”.*

De lo hasta aquí expuesto, sin que sea necesario acudir a otros medios de prueba, se advierte, una vez valoradas las declaraciones de los señores **ROCIO VILLANUEVA QUIMBAYO** y **JUAN CARLOS VILLANUEVA QUIMBAYO**, bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, se puede corroborar que la pareja conformada por ROSA MARIA QUIMBAYO DE VILLANUEVA y JOSÉ IGNACIO VILLANUEVA (q.e.p.d.), convivieron en calidad de cónyuges por lo menos 5 años **en cualquier tiempo**, tal como lo concluyó la juzgadora de primer grado, habiendo percibido en este caso el testigo JUAN CARLOS VILLANUEVA QUIMBAYO de manera directa los hechos sobre los cuales declaró por la cercanía con la pareja, dando fe que en efecto desde el año 1964 (fecha en que procrearon a ROCIO VILLANUEVA QUIMBAYO) hasta el mes de septiembre de 1991 convivieron juntos.

Nótese, los deponentes fueron claros en advertir que la pareja convivió siempre por lo menos desde esa data y permanecieron unidos hasta el mes de septiembre de 1991 generándose así para esta Sala de Decisión en los términos de la jurisprudencia de la máxima Corporación una *“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” reflejándose conforme los dichos de los testigos el propósito de la pareja de realizar un proyecto de vida responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva como ya se dijo desde el año 1964 al año 1991.

Lo que permite concluir a esta Colegiatura que se superaron los 5 años exigidos a la cónyuge para acceder al derecho pensional, reiterándose los dichos de los deponentes para la Sala gozan de plena credibilidad en tanto sus declaraciones no fueron contradictorias y por el contrario se mostraron espontáneas y coincidentes y sin ánimo de favorecer al extremo demandante, precisándose, estas dos declaraciones se analizaron con mayor rigurosidad al ser estos deponentes los hijos de la aquí demandante, sin embargo, este vínculo no le resta credibilidad a sus dichos, por cuanto son las personas que percibieron de manera directa la relación de sus padres, incluso, se insiste, ambos admitieron que la unión de sus progenitores finalizó en septiembre de 1991.

Igual conclusión se extrae de la respuesta dada por la litis consorte al absolver interrogatorio ya que la señora MARIA FERNANDA FALLA OCHOA admitió que la demandante ROSA MARIA QUIMBAYO DE VILLANUEVA y JOSÉ IGNACIO VILLANUEVA (q.e.p.d.) convivieron hasta septiembre de 1991 (récord 36:31, archivo 14), no quedando duda para esta Sala de Decisión que, en efecto, si bien el *de cuius* decidió hacer vida de pareja con la señora MARÍA FERNANDA FALLA OCHOA, lo fue con posterioridad a la liquidación y disolución de la sociedad patrimonial, es decir, con antelación sí hubo una convivencia con su cónyuge, frente a la cual no se divorció.

Así las cosas, se encuentra acreditado que la cónyuge ROSA MARIA QUIMBAYO DE VILLANUEVA del fallecido logró demostrar en el presente asunto que hizo vida en común con el causante desde 1964 hasta el 1º de septiembre de 1991.

Por las anteriores razones se encuentran cumplidos los requisitos exigidos por la normatividad aplicable al caso de autos para acceder al reconocimiento pensional deprecado conforme lo establecido por la Juez de primer grado, esto es, en el 48% de la mesada pensional desde el **03 de enero de 2017** (día siguiente al fallecimiento del pensionado) junto con 13 mesadas en cuantía de \$5.673.584 (2017).

Siendo oportuno destacar en este punto, los porcentajes establecidos por la *a quo* a las señoras ROSA QUIMBAYO DE VILLANUEVA (48%) y MARIA FERNANDA FALLA OCHOA (52%), en nada le son desfavorables a la demandada COLPENSIONES⁶, toda vez que la prestación (*sustitución pensional*) ya había sido reconocida a la litis consorte MARIA FERNANDA FALLA OCHOA en calidad de compañera permanente en un porcentaje del 100% y por su parte, lo que se hizo en la sentencia de primer grado fue **fraccionar** la totalidad de la mesada para otorgar a favor de la aquí demandante ROSA QUIMBAYA DE VILLANUEVA el 48% y asignarle la Litis Consorte MARIA FERNANDA FALLA OCHOA el restante 52% conforme al tiempo de su convivencia, situación que, se itera, no es adversa a la entidad llamada a juicio, pues de acuerdo con los fundamentos que informan la consulta, esta Corporación solo tiene competencia para revisar la sentencia del juez en todo lo desfavorable.

En lo atinente a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁷ - (página 21, archivo 04) se advierte, en el presente asunto el derecho a la sustitución pensional se hizo exigible el **02 de enero de 2017**, fecha en que falleció el señor JOSÉ IGNACIO VILLANUEVA (q.e.p.d.), acudiendo la actora ROSA MARIA QUIMBAYO DE VILLANUEVA a reclamar vía administrativa la prestación pensional el **04 de febrero de 2019** (archivo 01, página 29 del expediente administrativo) surtiéndose, en consecuencia, las siguientes actuaciones:

- Radicada la solicitud de reconocimiento pensional, Colpensiones a través de la Resolución SUB69628 del 20 de marzo de 2019 negó la sustitución pensional a la demandante (archivo 01, páginas 28 a 36).
- La demandante el 05 de abril de 2019 interpuso recurso de apelación en contra de la anterior decisión, según se constata a páginas 19 a 25 del archivo 01.

⁶ *En providencia AL5567de 2022, la Corte Suprema de Justicia, aclaró: "En el caso de los procesos del trabajo y de la seguridad social, conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procede la aludida consulta cuando: 1º) las sentencias de primera instancia fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador –o afiliado o beneficiario, según el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007-, si no fueren apeladas; y 2º) las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al departamento o al municipio. Además, el citado artículo 14 de la Ley 1149 de 2007 estableció que también serían objeto de consulta 3º) las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, caso en el cual se informará al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior."*

⁷ *La demanda se tuvo por contestada en auto del 25 de noviembre de 2022 – archivo 13-.*

- Mediante Resolución DPE 3788 del 30 de mayo de 2019 se dispuso: *“Confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución No. SUB69628 del 20 de marzo de 2019, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta resolución”.*

Por lo anterior, al haber presentado la demandante la reclamación el **04 de febrero de 2019** a Colpensiones, y la demandada el **06 de noviembre de 2019** (archivo 01, página 65), esto es dentro del término trienal que exigen los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. desde que se hizo exigible el derecho pensional (2 de enero del 2017 fecha de fallecimiento del pensionado), en principio las mesadas pensionales no estarían afectadas por el fenómeno prescriptivo.

No obstante, lo anterior, advierte la Sala conforme a lo dispuesto por el artículo 94 del C.G.P. que aun cuando la demanda se interpuso a tiempo, la notificación del auto admisorio de fecha 11 de marzo de 2020 (archivo 01, pág. 69 del expediente digital), fue notificada a la demandada COLPENSIONES **pasado un (1) año**, esto es, el 04 de septiembre de 2021⁸, recordándose la carga de dicha

⁸ En este punto, se advierte si bien el auto admisorio data del 11 de marzo de 2020 y la notificación a Colpensiones se efectuó el 04 de septiembre de 2021, hay que tenerse en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura suspendió los términos judiciales en todo el país en virtud de la emergencia sanitaria originada por el COVID-19 en las siguientes fechas:

- Mediante Acuerdo PCSJA2011517 de 15 de marzo de 2020 a partir del 16 y hasta el 20 de marzo de 2020.
- Mediante Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 entre el 16 y el 20 de marzo de 2020.
- Mediante Acuerdo PCSJA2011521 de 19 de marzo de 2020 el Consejo Superior de la Judicatura (i) prorrogó la medida de suspensión de términos adoptada mediante los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518 y PCSJA20-11519 de marzo del año 2020, desde el 21 de marzo hasta el 3 de abril del año 2020.
- Mediante el Acuerdo PCSJA20-11532 del 11 de abril de 2020 se prorrogó la suspensión de términos judiciales en el territorio nacional, desde el 13 de abril hasta el 26 de abril de 2020.

Allí se dispuso, que estas medidas del Consejo Superior de la Judicatura, que están vigentes para la mayoría de los procesos judiciales, **conllevan a que usuarios del sistema judicial no puedan realizar las actuaciones pertinentes para interrumpir los términos de prescripción o hacer inoperante la caducidad para ejercer los derechos, acciones, medios de control presentar demandas, circunstancia que desconoce el derecho de acceso a la administración de justicia.**

Que la Corte Constitucional en sentencia C-027, indicó lo siguiente: “[...] el derecho de acceder a la administración de justicia es un derecho fundamental, cuyo alcance no puede concebirse dentro de los estrechos moldes de una posibilidad formal de llegar ante los jueces, o en la simple existencia de una estructura judicial lista a atender las demandas de los asociados”. En el mismo sentido, en la sentencia C-031 de 2019 señaló: “[...] así como el artículo 229 de la Constitución establece el derecho de todos los asociados de acceder a la administración de justicia; dicho derecho conlleva la obligación correlativa por parte del Estado de garantizar que dicho acceso sea real y efectivo, y no meramente nominal”. Así mismo, la Corte Constitucional al examinar un evento de suspensión de la actividad de la Rama Judicial en la sentencia T- 432 de 2018, precisó que “[...] la interrupción de la prestación continua del servicio sí tiene efectos en derecho de manera que no puede obligarse a las

notificación estaba en cabeza de la parte demandante sin que se evidencie que desde el 11 de marzo del 2020 al 4 de septiembre del 2021 este sujeto procesal hubiese realizado alguna actuación tendiente a efectuar dicha notificación, en aras de determinar que la misma no se hubiere efectuado a tiempo por razones ajenas a dicha parte.

En esta misma dirección y si bien por motivos de salubridad pública y fuerza mayor con ocasión de la pandemia del COVID-19, el Consejo Superior de la Judicatura suspendió los términos judiciales lo fue a partir del **16 de marzo de 2020** mediante Acuerdos PCSJA-11517, PCSJA20-11518, PCSJA-11519, PCSJA-11521, PCSJA20-11526, PCSJA-11527, PCSJA-11528, PCSJA-11529, PCSJA-11532, PCSJA-11546, PCSJA-11549, PCSJA-11556 y PCSJA-11567 y hasta el **27 de mayo de dicha anualidad** la misma Corporación determinó mediante el Acuerdo PCSJA-11581 de dicha data, que el levantamiento de términos judiciales sería efectivo a partir del **1º de julio de 2020**, fecha que tampoco fue tenida en cuenta por el extremo activo ya que contando aun el año desde dicha data tampoco la notificación de la demanda a Colpensiones se realizó dentro de ese año (01/07/2020 a 1/07/2021) pues como ya se anotó se efectuó solo hasta el 04 de septiembre de 2021.

De tal suerte, en los términos del artículo 94 del C.G.P. se tendrá por interrumpida la prescripción solo a partir de la fecha de notificación realizada a la demandada Colpensiones del auto admisorio de la demanda, esto es, 04 de septiembre de 2021, de manera que las mesadas causadas con anterioridad al **04 de septiembre de 2018** se encuentran prescritas, razón por la cual aun cuando el tema de la prescripción no hubiese sido apelado por Colpensiones, se ha de modificar en este punto la decisión de la *a quo*, en virtud del grado

partes a cumplir las cargas procesales en contravía de su seguridad personal. Una interpretación diferente desconocería el derecho fundamental de acceder a la administración de justicia (art. 229)". C-213- 2020.

En conclusión, en desarrollo de lo anterior, por motivos de salubridad pública y fuerza mayor con ocasión de la pandemia de la COVID-19, el Consejo Superior de la Judicatura suspendió los términos judiciales a partir del 16 de marzo de 2020 —mediante Acuerdos PCSJA-11517, PCSJA20-11518, PCSJA-11519, PCSJA-11521, PCSJA20-11526, PCSJA-11527, PCSJA-11528, PCSJA-11529, PCSJA-11532, PCSJA-11546, PCSJA-11549, PCSJA-11556 y PCSJA-11567—. Solamente hasta el 27 de mayo de dicha anualidad, el Consejo Superior de la Judicatura determinó —mediante el Acuerdo PCSJA-11581 de dicha data— que el levantamiento de términos judiciales sería efectivo a partir del 1 de julio de 2020. (...) En virtud de los diferentes acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, los términos judiciales estuvieron suspendidos desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 30 de junio de 2020, reanudándose los mismos a partir del 1º de julio de dicha anualidad.

jurisdiccional de consulta que se surte en favor de esta entidad, dado que la data a partir de la cual se han de reconocer las mesadas pensionales sí le es desfavorable a Colpensiones por el reconocimiento económico que debe realizar, pues le es más favorable cancelar las mesadas desde el 4 de septiembre del 2018 que desde el 2 de enero del 2017 como lo ordeno la juez de instancia.

Así las cosas, y como quiera que en primera instancia no se concretó la condena, se procede por esta Corporación a cuantificar el valor del retroactivo pensional adeudado por la accionada COLPENSIONES a la demandante, esto es, del 04 de septiembre de 2018 (3 años hacia atrás desde la notificación del auto admisorio de la demanda) al 30 de noviembre de 2023, pues como atrás se explicó, se debió reconocer el derecho pensional para la cónyuge a partir de esa data y no desde el 02 de enero de 2017, fecha que si bien no quedó contenida en la parte resolutive de la sentencia de manera expresa, lo cierto es que la a quo resolvió en el numeral primero de la sentencia bajo estudio: “CONDENAR ... al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a partir de la presente sentencia, a favor de la demandante señora ROSA QUIMBAYO DE VILLANUEVA, en un porcentaje igual al 48% y a la señora MARÍA FERNANDA FALLA OCHOA, en un porcentaje igual al 52% de la mesada pensional **causada con el deceso del señor JOSÉ IGNACIO VILLANUEVA**”.

Efectuadas entonces las operaciones aritméticas, se arroja como valor adeudado a la señora ROSA QUIMBAYO DE VILLANUEVA la suma total de **\$214.195.389,44**, la cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina de la mesada pensional.

Tabla Retroactivo Pensional Conyuge						
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Mesada otorgada 100%	Mesada asignada 48%	N°. Mesadas	Subtotal
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 5.673.584,00	\$ 2.723.320,32	0,00	\$ 0,0
04/09/18	31/12/18	4,09%	\$ 5.905.634,00	\$ 2.834.704,32	4,83	\$ 13.701.070,9
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 6.093.433,00	\$ 2.924.847,84	13,00	\$ 38.023.021,9
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 6.324.983,00	\$ 3.035.991,84	13,00	\$ 39.467.893,9
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 6.426.815,00	\$ 3.084.871,20	13,00	\$ 40.103.325,6
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 6.788.002,00	\$ 3.258.240,96	13,00	\$ 42.357.132,5
01/01/23	30/11/23	13,12%	\$ 7.678.588,00	\$ 3.685.722,24	11,00	\$ 40.542.944,6
Total retroactivo						\$ 214.195.389,44

En este orden, luce acertado lo señalado por la Juez de primer grado de autorizar a COLPENSIONES a descontar del anterior retroactivo pensional lo correspondiente a los aportes a salud, en virtud de lo previsto en el artículo 42 de

la Ley 100 de 1993 que permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud"*.

Por otro lado, y en cuanto a la condena por indexación, esta Corporación se permite señalar en virtud de la consulta que se surte en favor de Colpensiones, que la misma resulta totalmente procedente por cuanto la institución jurídica de la indexación persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

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

Así las cosas, de manera evidente, a la fecha en que se paguen las mesadas aquí adeudadas habrá transcurrido un interregno considerable, por lo que tal como se decidió en sentencia inicial, es procedente la indexación aplicada sobre las mismas, teniendo en cuenta la fecha que medie entre su exigibilidad y la fecha en que efectivamente se haga el pago.

De otro lado, y frente al argumento de Colpensiones dirigido a que *"no se condene a mi representada a pagar retroactivo pensional, porque si bien se ordena el descuento de los mayores valores pagados, esto dejaría sin una mesada pensional a la señora que actualmente cuenta con la pensión, más muchos daños a futuro y también no sería posible, pues mantener digamos que esta estuviera con vida, el tiempo que dure estos descuentos, por lo cual se estaría condenando a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, a un doble pago, a hacer repeticiones igualmente esta mesada pensional ya se pagó"*, debe precisarse la entidad cuenta con diversos mecanismos administrativos y judiciales para realizar, si a bien lo tiene, el recobro a la litisconsorte de las sumas a ella

pagadas y que conforme a esta sentencia no le correspondían, pues de lo contrario se afectaría la proporción del derecho pensional de la aquí demandante .señora ROSA QUIMBAYO DE VILLANUEVA.

En virtud de lo anterior, no es procedente acceder a lo solicitado por la entidad en esta instancia.

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.

De esta manera se agota la competencia de la Sala frente a los recursos de apelación interpuestos por la litis consorte y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, modificando y adicionando los puntos expuestos, confirmando en lo demás la sentencia de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral **PRIMERO** del fallo de primer grado en cuanto a que COLPENSIONES debe reconocer y pagar la sustitución pensional a la demandante **ROSA QUIMBAYO DE VILLANUEVA** a partir del **04 de septiembre de 2018** en cuantía del 48% que equivale a **\$2.834.704,32**, precisándose, el retroactivo adeudado desde dicha data al **30 de noviembre de**

EXP. No. 34 2019 00726 01 ROSA QUIMBAYO DE VILLANUEVA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y LITIS CONSORTE NECESARIA MARIA FERNANDA FALLA OCHOA

2023 asciende a \$214.195.389.44, el cual se seguirá causando hasta la inclusión en nómina.

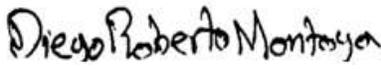
Tabla Retroactivo Pensional Conyuge						
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Mesada otorgada 100%	Mesada asignada 48%	N°. Mesadas	Subtotal
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 5.673.584,00	\$ 2.723.320,32	0,00	\$ 0,0
04/09/18	31/12/18	4,09%	\$ 5.905.634,00	\$ 2.834.704,32	4,83	\$ 13.701.070,9
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 6.093.433,00	\$ 2.924.847,84	13,00	\$ 38.023.021,9
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 6.324.983,00	\$ 3.035.991,84	13,00	\$ 39.467.893,9
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 6.426.815,00	\$ 3.084.871,20	13,00	\$ 40.103.325,6
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 6.788.002,00	\$ 3.258.240,96	13,00	\$ 42.357.132,5
01/01/23	30/11/23	13,12%	\$ 7.678.588,00	\$ 3.685.722,24	11,00	\$ 40.542.944,6
Total retroactivo						\$ 214.195.389,44

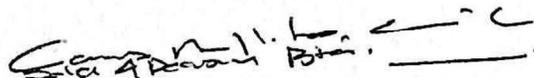
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **QUINTO** del fallo de primer grado para en su lugar, declarar **PROBADA PARCIALMENTE** la excepción **PRESCRIPCIÓN** de las mesadas causadas con anterioridad al 4 de septiembre del 2018, conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

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 NÉSTOR LUIS BELEÑO
CASTILLO CONTRA CHINA HARBOUR ENGINEERING COMPANY LIMITED
COLOMBIA (RAD. 31 2022 00262 01).**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre 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 grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, contra la sentencia proferida por la Juez (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de junio del 2023 (*Audiencia virtual, archivo 39GrabacionAudienciaFallo.mp4, récord 50:30*), en la que se resolvió:

***PRIMERO: DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre NESTOR LUIS BELEÑO CASTILLO, en calidad de trabajador, y CHINA HARBOUR ENGINEERING COMPANY, en calidad de empleador, por el periodo comprendido entre el 21 de enero del año 2020 al 14 de septiembre del año 2021.*

***SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada CHINA HARBOUR ENGINEERING COMPANY de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante NESTOR LUIS BELEÑO CASTILLO.*

***TERCERO: CONDENAR** al demandante NESTOR LUIS BELEÑO CASTILLO al pago de costas y agencias en derecho, en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de la parte demandada*

***CUARTO:** Como quiera que la presente sentencia fue adversa al trabajador, se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada.”.*

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 actora, a lo cual se procede previa la constatación

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante NÉSTOR LUIS BELEÑO CASTILLO en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones consignadas en la demanda páginas 2 a 3 (Archivo 02 del expediente virtual), los cuales encuentran sustento en los hechos relatados en las páginas 1 y 2, ibidem, solicitando se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada CHINA HARBOUR ENGINEERING COMPANY LIMITED COLOMBIA entre el 21 de enero de 2020 al 14 de septiembre de 2021, que se declare que la demandada no pagó durante toda la relación laboral las cesantías, intereses a la cesantías, primas de servicio y vacaciones, aportes al sistema de primas de servicios, vacaciones, reajuste al subsistema de pensiones del sistema de seguridad social sobre los salarios realmente devengados, indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., intereses legales, sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indemnización por despido sin justa causa del artículo 64 del C.S.T., actualización del cálculo actuarial, devolución de valores descontados en cuantía de \$9.400.000, indexación, facultades extra y ultra petita y costas. **Obteniendo sentencia parcialmente desfavorable a sus aspiraciones** por cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 21 de enero del año 2020 al 14 de septiembre del año 2021, se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante y se condenó en costas. **Lo anterior tras considerar la a quo,** al revisar las pruebas incorporadas al plenario, aparece un contrato de trabajo a término indefinido, suscrito entre el demandante en calidad de trabajador y la demandada en calidad de empleador con fecha de inicio 21 de enero de 2020, en donde se estableció un salario básico de \$2.000.000, cuyo extremo final lo extrajo de la liquidación definitiva de prestaciones sociales con fecha de terminación 14 de septiembre del 2021.

Frente a la indemnización por despido indicó, dentro del plenario hay un documento denominado -terminación de contrato laboral por mutuo acuerdo-, siendo aportado por la parte demandante y la demandada, debidamente suscrito de fecha 14 de septiembre del año 2021, documento que contiene las pretensiones incoadas en este libelo, advirtiendo, en este litigio no se solicitó la nulidad del acta del acuerdo de transacción laboral, por lo que, le dio plena validez jurídica a dicho documento al tenor del artículo 15 del Código Sustantivo de Trabajo.

Al revisar el acuerdo transaccional, la *a quo* adujo, no existe ninguna restricción legal en cuanto a que las partes den por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo, de tal forma, este documento no se encuentra afectado de nulidad como quiera que no viole derechos ciertos e indiscutibles, no se acredita vicio alguno del consentimiento, ni error, ni fuerza ni dolor, tampoco se acredita en el presente caso falta de capacidad.

Concluyó, el objeto de este contrato de transacción no tiene un objeto ilícito y no tiene falencia que pueda generar una nulidad, como quiera que no hay falta de capacidad, no hay vicios del consentimiento, no versa sobre el objeto ilícito y no versa sobre una causa ilícita, esto, sumado a que las partes aceptan el contenido de dicho documento.

Agregó, en vigencia del vínculo existió un hecho notorio como lo fue la pandemia generada con ocasión al COVID -19, decretándose el aislamiento preventivo, siendo viable la suspensión del contrato de trabajo en virtud de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional al decretar el aislamiento preventivo obligatorio, autorizándose a conceder vacaciones anticipadas y licencias remuneradas, hechos que se dieron en este caso. Así mismo, verificó que los aportes al subsistema pensional se efectuaron conforme a lo devengado mensualmente por el actor.

En cuanto a los descuentos efectuados indicó, al trabajador se le otorgó una licencia remunerada, compensable con los compensatorios anticipados en fecha 21 abril del año 2020, así mismo, obra prueba del otorgamiento de vacaciones anticipadas, licencias remuneradas o compensadas, compensatorios anticipados, acuerdo que también se celebró el 1º de junio del 2020, momento en el cual el trabajador autorizó al empleador descontar mes a mes las sumas que corresponden a los anticipos que le fueron pagados con ocasión de la situación de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, declarado por el Gobierno Nacional, sin que se vulnerara el salario mínimo legal mensual vigente al demandante, como quiera que siempre devengó una remuneración superior, por lo que los descuentos estaban autorizados por el trabajador, cumpliendo lo dispuesto en el artículo 149 Código Sustantivo de Trabajo. Por último, revisó la liquidación de prestaciones sociales estableciendo que la demandada pagó lo debido a la finalización de contrato y no adeuda suma alguna al actor. Consecuente con ello, consideró que no hay lugar a imponer condena por concepto de sanción e indemnización moratoria pues no se fulminó condena alguna.

Reseñado lo anterior, procede la Sala a resolver este asunto en virtud del grado jurisdiccional de Consulta en favor del demandante, aclarando, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar si tiene plena validez el acta de terminación por mutuo acuerdo suscrita entre las partes, toda vez que la juzgadora de primer grado efectuó ese análisis y si, por ende, procede el estudio de las pretensiones solicitadas en la demanda (Artículo 69 del C.P.T. y S.S.).

En esta dirección, previo a abordar el estudio de fondo del asunto puesto en consideración, es menester precisar, no fue motivo de controversia la vinculación laboral del demandante con la encartada mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 21 de enero de 2020 al 14 de septiembre de 2021, desempeñándose el actor como Soldador I, conforme a las pruebas aportadas en el archivo 06, paginas 1 a 11 y archivo 12, páginas 1 a 12. Frente al salario devengado, observa la Sala que en el hecho 9º de la demanda se indica como monto devengado básico \$2.000.000 y variable \$1.700.000 para un total de \$3.700.000; hecho que no fue aceptado por la encartada al contestar: *“No es cierto, de acuerdo al contrato de trabajo el salario básico pactado fue Dos millones de pesos (\$2.000.000) y nunca existió un salario variable. Lo que sí se le cancelaba al demandante como variación transitoria del salario, fueron las horas extras que aplicaban de acuerdo con el horario laborado.”*.

Ahora bien, evidenciado lo anterior, sería del caso entrar a establecer cuál fue el salario realmente devengado por el demandante, si no fuera porque la terminación de la relación laboral objeto de estudio, obedeció a un acuerdo suscrito entre las partes, el cual resulta imperativo entrar a analizar ya que tiene efectos de cosa juzgada aún, cuando la sociedad demandada no interpuso esta excepción en su contestación (archivo 23)¹.

En esa orientación, debe decirse, no existe prohibición legal alguna para que sea una u otra la parte que tome la iniciativa de proponer a la otra la posibilidad de ultimar el contrato de mutuo acuerdo, a cambio de algunos beneficios extralegales,

¹ *La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 39366 del 23 de octubre de 2012, con ponencia del magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas señaló:*

«La cosa juzgada es una institución que por perseguir los objetos de certeza y seguridad jurídica anunciados, así como puede ser alegada por la parte interesada desde el mismo umbral del proceso a través de las llamadas excepciones previas que por sabido se tiene tienden a impedir el adelantamiento irregular del proceso, también puede ser declarada oficiosamente, aún en la segunda instancia, pues el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil --artículo 282 del nuevo Código General del Proceso--, aplicable a los procesos del trabajo por la remisión de que trata el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que concede al juzgador dicha posibilidad, salvo las consabidas restricciones respecto de la nulidad, la compensación y la prescripción, las cuales deben ser siempre alegadas, no puede entenderse derogado por la vigencia del artículo 66 A del código procedimental últimamente citado. Por manera que, en cuanto a dicha alegación no asiste razón alguna a los recurrentes, dado que, como se ha asentado, la cosa juzgada interesa al orden público y, por tanto, bien pueden los jueces de segundo grado declararla, aún, de oficio.» (Negrilla de la Sala).

por el contrario, dicha práctica no se ha mostrado ilegal e incluso ha aparecido como conveniente en algunos casos con el fin de propiciar la terminación contractual dentro de un ambiente de armonía y entendimiento.

Así lo reiteró la Sala Laboral de la C.S.J. en fallo calendado 04 de mayo de 2010, Radicación No. 38679² así como en Sentencia SL 557, Radicación No. 42266 del 14 de agosto de 2013 en la que se reiteró: “...el mutuo consentimiento de dar por terminado el contrato de trabajo no “...exige esencialmente que la gratuidad sea el móvil determinante para uno o para ambos contratantes cuando quieran de consuno fenecer el contrato de trabajo. Bien puede una de las partes ofrecer a la otra una compensación en dinero o en especie para que acepte resciliar el contrato, sin que esa oferta pueda calificarse por sí misma como una forma de coacción o de violencia ejercida sobre la contraparte”. Y agregó en esa oportunidad, que si “... los extrabajadores decidieron celebrar el acuerdo

² “Al margen de lo anterior, es pertinente agregar, que la decisión de poner fin a la relación laboral por mutuo consentimiento, puede provenir bien sea del empleador o del trabajador, así se enseña en casación del 3 de mayo de 2005 radicación 23381, reiterada en decisiones del 14 de julio de igual año y 1° de junio de 2006 con radicados 25499 y 26830, y más recientemente en sentencia del 23 de julio de 2009 radicación 34626, en donde la Corte puntualizó:

“(…) Recientemente se pronunció la Sala sobre la validez de los acuerdos conciliatorios y más concretamente, con respecto a los celebrados por el BCH, en las mismas circunstancias que alega ahora el recurrente, en donde se dijo lo siguiente:

<Así mismo, se tiene que en los ordenamientos legales que rigen en el país, para los trabajadores particulares y oficiales, se establece como modos de terminación de los contratos de trabajo el mutuo consentimiento, sin que en los mismos se consagre restricción alguna a esta facultad de las partes (artículo 61 del C. S. del T. y 47 del Decreto 2147 de 1945). Es evidente entonces que la decisión de poner fin a la relación laboral de mutuo consenso puede provenir bien sea del empleador o del trabajador, no importando la causa que la motive puesto que la única exigencia de esa potestad de las partes es la relativa a que su consentimiento no esté viciado por el error, fuerza o dolo.

“Es un axioma que la propuesta que hace una de las partes a la otra de poner fin al contrato de trabajo obedece normalmente a una manera pacífica y normal de terminarlo por mutuo acuerdo, siendo de usual ocurrencia que medie un ofrecimiento económico del empleador cuando la iniciativa es suya, como tuvo lugar este caso.

“No demuestra, por tanto, la acusación que el sentenciador de segundo grado se haya equivocado al concluir que la conciliación que suscribieron las demandantes para finalizar su relación laboral con el banco no fuera libre y voluntaria, de manera que en estas condiciones no se da el supuesto de la disposición extralegal que contempla la pensión reclamada por las demandantes, para que se consolidara en cabeza de ellas tal derecho, esto es, el de haber sido retiradas por causas independientes a su voluntad, no obstante que observaron buena conducta. En estas condiciones no aparecen erradas las apreciaciones de la decisión recurrida en cuanto a que las accionantes solamente tuvieron una mera expectativa> (Sentencia 19 de abril de 2005 Rad. 23292)”.

Y la verdad es, que nada impide que los empleadores promuevan planes de retiro compensado, lo cual no puede calificarse como inválido, tal y como lo recordó esta Corporación en sentencia del 4 de abril de 2006 radicación 26071, al expresar:

“(…) No sobra recordar lo que de antaño y de manera pacífica ha enseñado la Corte en el sentido de que no existe prohibición alguna que impida a los empleadores promover planes de retiro compensados, ni ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título bonificación, por ejemplo por reestructuración, sin que ello, por sí solo, constituya un mecanismo de coacción, pues tales propuestas son legítimas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptarlas o rechazarlas, e incluso formularle al patrono ofertas distintas, que de igual manera pueden ser aprobadas o desestimadas por éste, por lo que no es dable calificar ni unas ni otras de presiones indebidas por parte de quien las expresa, pues debe entenderse que dichas ofertas son un medio idóneo, legal y muchas veces conveniente de rescindir los contratos de trabajo y zanjar las diferencias que puedan presentarse en el desarrollo de las relaciones de trabajo”.

conciliatorio puesto en entredicho a cambio de los beneficios ofrecidos por el empleador, bien podía el ad quem encontrar el citado acuerdo plenamente válido. Aquella manifestación expresa de uno de los contratantes de aceptar lo ofrecido por su contraparte no puede calificarse como intrínsecamente inválida, puesto que no cabe olvidar tampoco que el error, la fuerza o el dolo no se presumen, sino que deben demostrarse plenamente por quien alegue haberlos padecido.”³

Aunado a lo anterior, téngase en cuenta en relación con el hecho de la elaboración previa por parte de la empresa de las actas de mutuo acuerdo, la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que ello: “...no deja sin valor ni efectos jurídicos el consentimiento puro y simple del actor expresado allí. Ni es tampoco una circunstancia inequívoca con la que se permita arribar a la conclusión de que el acuerdo estuvo viciado por error, fuerza o dolo”⁴ (Sentencia Radicación No. 38706 del 16 de octubre de 2012).

De tal suerte, la libre apreciación de la prueba que consagra el artículo 61 del C. P. del T. y de la S.S., permite colegir a esta Sala que dentro de las diligencias no

³ “Por tanto, se reitera, no se equivocó el ad quem al concluir que la voluntad de los demandantes no estuvo viciada por error, fuerza o dolo, dado que del texto de cada uno de los actos en cuestión no sale a relucir vicio de consentimiento alguno. El censor persigue, infructuosamente, derribar la premisa de que los contratos de trabajo de los actores finalizaron por mutuo consentimiento según lo registrado en las actas, sobre la base de conjeturas posibles elaboradas con base en las documentales señaladas como mal apreciadas, pero que, por ser solo posibles conjeturas, no alcanzan a derribar las inferencias extraídas de las actas de conciliación donde se dejó constancia de la voluntad de las partes de dar por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo.

(...)

Para la Corte, si el acuerdo de terminación del contrato elevado a conciliación estuvo motivado en el ofrecimiento de sumas de dinero y otros beneficios de parte de la empresa, no significa que los trabajadores accedieron a la terminación del contrato de trabajo de manera forzada como lo quiere hacer ver el censor.

Es criterio pacífico en la jurisprudencia laboral que el mutuo consentimiento de dar por terminado el contrato de trabajo no “...exige esencialmente que la gratuidad sea el móvil determinante para uno o para ambos contratantes cuando quieran de consuno fenecer el contrato de trabajo. Bien puede una de las partes ofrecer a la otra una compensación en dinero o en especie para que acepte resciliar el contrato, sin que esa oferta pueda calificarse por sí misma como una forma de coacción o de violencia ejercida sobre la contraparte”.

Ninguna de las pruebas acusadas por el censor dan la certeza de que los actores sufrieron actos de coacción que lo pusieran en la única situación posible de aceptar el ofrecimiento de la empresa, por lo que, si los extrabajadores decidieron celebrar el acuerdo conciliatorio puesto en entredicho a cambio de los beneficios ofrecidos por el empleador, bien podía el ad quem encontrar el citado acuerdo plenamente válido. “Aquella manifestación expresa de uno de los contratantes de aceptar lo ofrecido por su contraparte no puede calificarse como intrínsecamente inválida, puesto que no cabe olvidar tampoco que el error, la fuerza o el dolo no se presumen, sino que deben demostrarse plenamente por quien alegue haberlos padecido.” (Sentencia 8415 de 21 de junio de 1982. Sala de Casación Laboral). (Subrayado fuera de texto)

⁴ 3º) Frente a la circunstancia que las actas las hubiere elaborado la sociedad demandada, basta expresar lo que en otras oportunidades ha reiterado esta Corporación, en el sentido de que “El hecho de que el mencionado documento fuera elaborado por la demandada, no deja sin valor ni efectos jurídicos el consentimiento puro y simple del actor expresado allí. Ni es tampoco una circunstancia inequívoca con la que se permita arribar a la conclusión de que el acuerdo estuvo viciado por error, fuerza o dolo” (Sentencia del 4 de abril de 2006 radicado 26071).

En esa perspectiva el acuerdo de voluntades de marras, que se estima válido y lejos de cualquier vicio del consentimiento, no fue erróneamente apreciado”.

existe material de prueba en orden a estimar que el actor estuviera afectado de algún vicio en el consentimiento, a voces de lo normado en el artículo 1502 del C.C., que lo condujera a aceptar el ofrecimiento y a suscribir el acta contentiva del mutuo acuerdo, sin que tampoco a lo largo del debate se percibiera que el demandante tuviese afectada su voluntad, de fuerza generada por su empleador o por factores externos, en los términos del artículo 1513 del C.C., y en el mismo sentido, tampoco existe prueba que conduzca a estimar que la accionada utilizó maniobras fraudulentas con la intención de engañar al señor NÉSTOR LUIS BELEÑO CASTILLO, orientándolo o induciéndolo a suscribir el referido documento, ni se acredita la presencia de error en cuanto no se advierte que tuviese un falso concepto acerca de la actitud asumida al dar por terminado el contrato de trabajo, en la medida que el error, la fuerza y el dolo, como vicios de los actos y declaraciones de voluntad, no se presumen, sino que deben demostrarse plenamente, como así se reitera en la jurisprudencia traída a colación, apreciándose que tanto la aceptación de la oferta efectuada por el empleador como el mutuo acuerdo suscrito, fueron manifestaciones de la voluntad de sujetos capaces, y, se insiste, libres de cualquier presión o vicio.

No olvida la Sala que según la doctrina y la jurisprudencia laborales, la fuerza como vicio del consentimiento no tiene, en el campo del derecho del trabajo, la misma connotación que en el derecho civil, pues dicho vicio se configura en materia laboral con una simple o mera insinuación del empleador sobre el asalariado para que actúe en alguna determinada forma o para obtener un determinado resultado, pero aún, mirado con esa vara de mayor rigor, en el caso presente no se avizora fuerza capaz de producir los efectos sobre la voluntad del demandante, ni proveniente del empleador, ni de factores externos, como para provocar la nulidad de los actos que dieron lugar al finiquito laboral.

Así, no fue acreditado en manera alguna que el actor haya sido coaccionado para firmar el acuerdo arrimado al plenario, pues puntualmente al absolver interrogatorio expresó:

Interrogatorio Demandante, récord 24:14, archivo 37: “los documentos que obran a folios 52 a 72 si tienen mi firma, del 23 de marzo de 2020 al 09 de septiembre de 2020, no presté servicios porque estuve en confinamiento en casa, en ese tiempo recibí el salario y los auxilios no salariales no, recibimos esos dineros porque estaba vinculado, preguntábamos a la empresa y nos decían que pronto regresaríamos, nunca debí compensar esos servicios, estando en confinamiento nos adelantaron unas vacaciones, el otro tiempo solo estuvimos esperando a la empresa que no dijera cuándo volvíamos, las medidas se tomaron

porque estábamos confinados y nos mandaron a la casa, solo esperábamos las directrices de la empresa”.

Nótese, el acta de terminación por mutuo acuerdo – TRANSACCIÓN- suscrita entre el señor LUIS BELEÑO CASTILLO y la sociedad CHINA HARBOUR ENGINEERING COMPANY LIMITED COLOMBIA, comprende los siguientes párrafos (archivo 13):

PRIMERO: Que el señor NESTOR LUIS BELEÑO CASTILLO suscribió un contrato de trabajo a término INDEFINIDO con EL EMPLEADOR el día 21 de enero de 2020 y el cargo acordado fue el de SOLDADOR I

SEGUNDO: Conforme a lo anterior las partes, en pleno uso de sus facultades y de manera libre y espontánea, por mutuo acuerdo han decidido dar por terminado el contrato de trabajo suscrito, terminación que se hará efectiva a la finalización de la jornada laboral del día Catorce (14) de septiembre de 2021, de conformidad con lo establecido en el Numeral 1, literal b) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo.

TERCERO: Que de manera independiente y autónoma EL EMPLEADOR, por mera liberalidad, se compromete a reconocer al trabajador además de las acreencias laborales a las cuales tiene derecho, una suma transaccional no salarial por la suma de **TRES MILLONES NOVENTA Y SEIS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 3.096.000, 00)**, por terminación de contrato por mutuo acuerdo.

CUARTO: Que con la firma del presente documento EL TRABAJADOR declara que durante la relación laboral EL EMPLEADOR le pagó la totalidad de las prestaciones sociales, salarios, tiempo suplementario, y todos aquellos derechos que se generaron a su favor, estando EL EMPLEADOR al día especialmente en los derechos considerados ciertos e indiscutibles.

QUINTO: Que, durante la vigencia del contrato laboral EL EMPLEADOR realizó la totalidad de los aportes al sistema de seguridad social integral (EPS, AFP, CCF y ARL), teniendo en cuenta todos los factores salariales generados en cada periodo a favor de EL TRABAJADOR.

Conforme los antecedentes expuestos LAS PARTES hemos decidido en forma libre y voluntaria, sin ninguna coacción y con pleno consentimiento, celebrar el presente ACUERDO DE TRANSACCIÓN con el fin de precaver actuales o eventuales litigios, según las cláusulas que se señalan a continuación:

PRIMERA: Que LAS PARTES de común acuerdo proceden como en efecto lo hacen, a tener por terminada la relación laboral que los vinculó y estuvo vigente desde el día 21 de enero de 2020 hasta el día 14 de septiembre de 2021.

SEGUNDA: Con el objeto de transigir las eventuales diferencias que pudieren surgir entre las partes respecto de cualquier indemnización de perjuicios en que pudiere incurrir EL EMPLEADOR y de todas aquellas eventuales deudas o derechos generados durante la relación laboral a favor de EL TRABAJADOR, EL EMPLEADOR se obliga a pagar a EL TRABAJADOR la suma de **TRES MILLONES NOVENTA Y SEIS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 3.096.000, 00)**, por concepto de compensación monetaria por la terminación de contrato laboral por mutuo acuerdo.

Parágrafo 1: El pago de la anterior suma de dinero será incluida dentro de la liquidación final de prestaciones sociales y su cancelación se realizara de acuerdo a los procedimientos establecidos por la compañía, mediante consignación o transferencia electrónica en la cuenta de ahorros No.50783798503 de BANCOLOMBIA S.A. a nombre de EL TRABAJADOR.

Parágrafo 2: EL TRABAJADOR acepta que la compensación monetaria descrita en esta cláusula también incluye la indemnización y pago total en cuanto a los posibles incumplimientos por parte del EMPLEADOR en cualquiera de sus obligaciones patronales generadas durante la vigencia y por la terminación del contrato de trabajo.

Parágrafo 3: LAS PARTES acuerdan que la compensación o indemnización de que trata esta cláusula no constituye factor salarial.

TERCERA: EL EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR, la suma de **NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA MIL TRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 9.480.003,00)**, por concepto de liquidación final de prestaciones sociales y compensación de transacción no salarial. Este valor incluye la remuneración total de todos los factores salariales generados hasta el día 14 de septiembre de 2021 y las prestaciones sociales causadas hasta el mismo día.

CUARTA: EL TRABAJADOR declara que conoce que a las sumas de dinero referidas en este documento debe practicarse las retenciones y deducciones de ley.

QUINTA: Que verificados los pagos antes mencionados EL TRABAJADOR declara y acepta que EL EMPLEADOR pagó a satisfacción todas las obligaciones salariales, prestacionales, de seguridad social, derechos ciertos e indiscutibles y los derechos inciertos y discutibles generados durante la relación laboral que los vinculó desde el día 21 de enero de 2020 hasta el día 14 de septiembre de 2021, por lo que lo declara a paz y salvo por todo concepto.

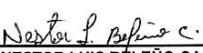
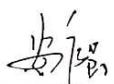
En consecuencia, EL TRABAJADOR declara que el presente acuerdo comprende todos los reclamos pendientes y/o futuros que pudiere tener en contra de EL EMPLEADOR, en relación con los aspectos del contrato individual de trabajo, por lo que se compromete a no iniciar acción judicial o administrativa alguna por los hechos aquí transados.

SEXTA: Que con la firma de este documento y verificado el pago, EL TRABAJADOR declara que renuncia libre y voluntariamente a las pretensiones actuales y/o futuras reclamadas ante la jurisdicción laboral, civil, y/o ante las autoridades administrativas y se obliga a desistir de ellas y a solicitar la terminación por pago y satisfacción total de lo pretendido.

Parágrafo 1: Las partes acuerdan que en caso de incumplimiento por parte del EMPLEADOR a alguna cualquiera de las obligaciones establecidas en este contrato de transacción, el presente documento presta mérito ejecutivo para que EL TRABAJADOR pueda, si así lo considera, buscar su pago mediante proceso ejecutivo.

SEPTIMA. Es voluntad de los contratantes que por el presente contrato quedan definitivamente zanjadas todas las eventuales diferencias que pudieren surgir entre ellos en razón del conflicto jurídico laboral regulado por este contrato, y por lo mismo las partes contratantes expresan lo siguiente: 1. Que este documento tiene efectos de cosa juzgada; 2. Que al presente contrato quedan incorporados los Artículos 2469 a 2487 del Código Civil Colombiano, el artículo 15 y el numeral 1, literal b) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para constancia de entendimiento y aceptación, se firma en Dabeiba - Antioquia, el día 14 de Septiembre de 2021, en dos ejemplares del mismo valor y tenor, con destino a cada una de las partes.

EL TRABAJADOR	EL EMPLEADOR
 NESTOR LUIS BELEÑO CASTILLO C.C. No. 3.808.994 Dirección: Tolu Ciudad: Calle Nueva Número telefónico: 300 8658306	 YONGQIANG AN C.E. No. 1.019.010 Apoderado Legal

Como se puede apreciar, las partes de este litigio decidieron transar las diferencias que llegaron a surgir del contrato de trabajo sostenido entre el 21 de enero de 2020 al 14 de septiembre de 2021 en el cargo de SOLDADOR I, reconociendo la enjuiciada al actor la suma de \$3.096.000⁵.

Asimismo, en el acta quedó consignado que, “EL TRABAJADOR acepta que la compensación monetaria descrita en esta cláusula también incluye la indemnización y pago total en cuanto a los posibles incumplimientos por parte del EMPLEADOR en cualquiera de sus obligaciones patronales generadas durante la vigencia y por la terminación del contrato de trabajo.”

⁵ “SEGUNDA: Con el objeto de transigir las eventuales diferencias que pudieren surgir entre las partes respecto de cualquier indemnización de perjuicios en que pudiere incurrir EL EMPLEADOR y de todas aquellas eventuales deudas o derechos generados durante la relación laboral a favor de EL TRABAJADOR, LE EMPLEADOR se obliga a pagar a EL TRABAJADOR la suma de TRES MILLONES NOVENTA Y SEIS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 3.096.000, o), por concepto de compensación monetaria por la terminación de contrato laboral por mutuo acuerdo.”

Nótese, el trabajador declaró y aceptó que el empleador pagó a satisfacción todas las obligaciones salariales, prestacionales, seguridad social, derechos inciertos y discutibles generados durante la relación laboral desarrollada entre **el 21 de enero de 2020 hasta el día 14 de septiembre de 2021**.

Al punto, el demandante solicita en el libelo demandatorio, se condene a la demandada al pago de prestaciones sociales y vacaciones causadas del 21 de enero de 2020 al 14 de septiembre de 2021, aportes a seguridad social, sanción e indemnización moratoria previstas en los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del C.S.T., indemnización por despido sin justa causa, reintegro descuentos e indexación, siendo rubros o conceptos que ya fueron satisfechos con el acta de transacción - terminación por mutuo acuerdo, examinándose solo ahora en atención a que la Juez lo abordó y se conoce este asunto en el grado jurisdiccional de consulta.

Distinto sería si se hubiere acreditado que el acuerdo no era válido, pero los argumentos del actor no estuvieron encaminados a demostrar un vicio del consentimiento en la suscripción de la terminación del contrato por mutuo acuerdo.

En relación con la capacidad para suscribir acuerdos por parte de los trabajadores, la sentencia CSJ SL4560-2019, explicó:

“Ahora bien, lo que sobre el particular encuentra la Sala es que, ciertamente, el artículo 1503 del Código Civil estipula que «Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces» y, al tenor del artículo siguiente de la misma codificación, «Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender» cuyos actos no «producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución».

Luego, la regla general corresponde a que toda persona está en capacidad de obligarse, salvo que sea declarada incapaz o incurra en un vicio del consentimiento. Estos, a su vez, como se sabe, pueden ser el error, la fuerza o el dolo; bajo lo que se aclara que, según el artículo 1509 del mismo texto, el error sobre un punto de derecho, no constituye aquel.

En la categoría de error, entonces, según lo dispuesto en los artículos 1510 a 1512 del Código Civil, se ubican en orden, (i) el error sobre la especie del acto o el objeto que hace referencia al que se produce sobre «[...] la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra»; (ii) el error sobre la calidad del objeto cuando «[...] la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree» y (iii) el error sobre la persona, que supone el que recae «[...] acerca de la persona con quien se tiene la intención de contratar», pero solo cuando la persona sea la causa principal del contrato.

De esta manera, la invalidación de la conciliación a la luz de la legislación aplicable para el momento de la suscripción de la misma (que la constituían las reglas generales del Código Civil y no la pretendida Ley 1306 de 2009, por ser posterior a los hechos), debía suponer la indiscutida declaratoria de interdicción sobre la demandante; la acreditación certera de un vicio del consentimiento sobre el acto o la demostración cabal de que en el momento específico, estaba comprometida su capacidad racional de una forma tal que, aún sin interdicción, era jurídicamente incapaz. Elementos que, evidentemente, no tuvieron ocurrencia en el caso.

En este sentido, el Tribunal no podía asumir que verdaderamente existió un quebrantamiento de la voluntad de la actora al momento de suscribir el acta de conciliación del 28 de octubre

de 2005 solo bajo el supuesto de haberse encontrado en una condición de incapacidad para la misma fecha, aun si ésta tuvo como origen un diagnóstico psiquiátrico.

La seguridad en las transacciones jurídicas ordinarias supone que la invalidación de un acto por aquellas circunstancias esté claramente más allá de toda duda, incluso razonable, sobre las calidades mentales del contratante, dado que lo que debe comprobarse, en función de aquella seguridad jurídica es, precisamente, que un hecho de profunda gravedad coloca en entredicho la libre voluntad. De no ser así, el tráfico jurídico cotidiano se vería peligrosamente amenazado por la fragilidad propia de la imperfección humana (Subraya la Sala).

En conclusión, el señor NÉSTOR LUIS BELEÑO CASTILLO decidió suscribir el acuerdo que finalizó la relación laboral el 14 de septiembre de 2021 y nada dijo en esta demanda sobre un vicio o constreñimiento al que hubiese sido sometido, debiendo asumir que aceptó en su oportunidad el salario base para liquidar las prestaciones sociales y vacaciones, no pudiendo en esta oportunidad alegar el carácter salarial de las bonificaciones cuando esta discusión quedó zanjada con la suscripción del acta transaccional, así mismo, se transó cualquier diferencia que surja con ocasión al contrato de trabajo celebrado, lo que involucra descuentos, factores salariales, etc.

En virtud de lo anterior, existiendo un acuerdo de terminación por mutuo acuerdo plenamente válido y eficaz conforme se expuso anteriormente, el cual no sólo permitió la terminación del vínculo contractual laboral existente entre las partes en litigio, sino que además finiquitó cualquier tipo de controversia que se pudiese suscitar con ocasión de dicha relación de trabajo, se debe prohiar las conclusiones de la *a quo*. en relación con las súplicas de la demanda, pues todas ellas se encuentran cobijadas por el acuerdo suscrito en fecha 14 de septiembre de 2021.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, y habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por la Juez de primera instancia, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia.

Sin COSTAS en esta instancia.

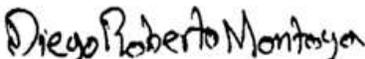
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

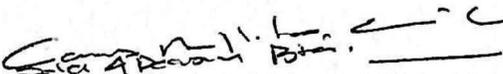
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 31 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 MAURICIO
RODRIGUEZ CARDENAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 29 2022 00411
01).**

Bogotá D.C. doce (12) de diciembre 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 grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 15 de noviembre del 2023 (*Audio archivo 20 récord: 1:03:57*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado pensional que realizó MAURICIO RODRIGUEZ CÁRDENAS identificado con C.C 11.343.252 ante HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, con fecha de solicitud 11 de julio de 1994, con fecha de efectividad 1 de agosto de 1994, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante MAURICIO RODRIGUEZ CÁRDENAS identificado con C.C 11.343.252, como cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas a la garantía de pensión mínima,

para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

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

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

QUINTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte de Colpensiones, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.”.

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 en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 1 a 3, archivo 01 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 3 a 5, ibidem), aspirando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual y que hubiesen sido descontados por concepto de cuota y gastos de administración, con todos sus frutos e intereses, esto es con los rendimientos que se hubiesen causado, 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 efectuado por el demandante al RAIS. En consecuencia, se ordenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, por concepto de cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas a la garantía de pensión mínima en el término de 30 días hábiles y a COLPENSIONES le ordenó recibir lo anterior y actualizar la historia laboral. 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 2002¹.

Así las cosas, se tiene como fecha de nacimiento del demandante el 18 de septiembre de 1955 (*Conforme se registra en la copia de la cédula de ciudadanía Archivo 1 expediente digital, pág. 23*), por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 23 de septiembre del 2022 (págs. 25 y 27, archivo 01), esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con **319.86** semanas cotizadas al sistema (*Historia Laboral valida Archivo 12 expediente digital*

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

página 69)², 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 **11 de julio de 1994**, efectivo el **01 de agosto de 1994** (Páginas 117 y 131, Archivo 12 del expediente digital), por afiliación que hiciera a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y la certificación por ella expedida.

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.

2

A 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 (OBPI)			
			Periodo Inicial Día/Mes/Año	Periodo Final Día/Mes/Año	Días Cotizados	Estado del aporte
PAT	1006134006	AGROINSUVET LTDA	15/02/1988	26/11/1988	286	⊕
PAT	1016201160	GRANAHORRAR S A	27/11/1988	31/12/1989	400	⊕
PAT	1016201160	GRANAHORRAR S A	01/01/1990	31/01/1990	31	⊕
PAT	1016201160	GRANAHORRAR S A	01/02/1990	30/09/1990	242	⊕
PAT	1016201160	GRANAHORRAR S A	01/10/1990	31/03/1991	182	⊕
PAT	1016201160	GRANAHORRAR S A	01/04/1991	01/05/1991	31	⊕
PAT	1006200718	CORP GRANC AHORRO Y VIV S A	02/05/1991	31/08/1991	122	⊕
PAT	1006200718	CORP GRANC AHORRO Y VIV S A	01/09/1991	31/01/1992	153	⊕
PAT	1006200718	CORP GRANC AHORRO Y VIV S A	01/02/1992	30/04/1993	455	⊕
PAT	1006200718	CORP GRANC AHORRO Y VIV S A	01/05/1993	30/06/1993	61	⊕
PAT	1006200718	CORP GRANC AHORRO Y VIV S A	01/07/1993	30/09/1993	92	⊕
PAT	1006200718	CORP GRANC AHORRO Y VIV S A	01/10/1993	31/12/1993	92	⊕
PAT	1006200718	CORP GRANC AHORRO Y VIV S A	01/01/1994	31/03/1994	90	⊕

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

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

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

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

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

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

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

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

efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc³, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…)”.

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

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

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

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

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

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

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

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.

(…)

“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 desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información 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 actor⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que su empleador le paso el formulario y le dijo que lo tenía que firmar o sino se quedaba sin trabajo, enfatizando en que no le dieron información sobre el traslado de régimen.

⁵ Audiencia del 15 de noviembre del 2023, récord (20:30)

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 el FONDO DE PENSIONES HORIZONTE hoy PORVENIR 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, ya que denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad al demandante para efectuar el traslado de régimen, precisándose aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

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 HORIZONTE hoy PORVENIR (*página 131, Archivo 12 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, 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.

1.2
El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

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

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

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1994, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP HORIZONTE 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 HORIZONTE omitió en el momento del traslado de régimen (11 de julio de 1994, efectivo el 1 de agosto de 1994) el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es

relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia CSJ 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 S.A., como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, 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 este punto, como quiera que se conoce el presente proceso en el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, se adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, PORVENIR deberá devolver a COLPENSIONES los **gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁶ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁷**, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

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.

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, 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 interpuesta por COLPENSIONES⁸, a favor de quien se surte la consulta (*páginas 16 a 18, archivo 108, 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.

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 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: ADICIONAR el ordinal al **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a 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

⁸ Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 13 de diciembre del 2022 (archivo 10, expediente digital).

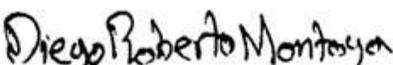
de Garantía de Pensión, debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

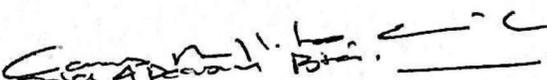
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 29 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**

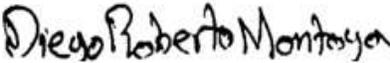
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MABEL TULIA PANQUEVA PRECIADO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 28 2022 00156 01).

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada LORENA PAOLA CASTILLO SORIANO, como apoderado de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido en la escritura No. 1281, como abogado adscrito a la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.


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 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 COLFONDOS, PROTECCIÓN y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia

proferida por la Juez 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 07 de noviembre de 2023 (Exp. Digital, 024. Acta Audiencia.pdf, récord 1:32:18), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MABEL TULIA PANQUEVA PRECIADO al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de noviembre de 1994, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS 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 expuso en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MABEL TULIA PANQUEVA PRECIADO quien se identificada con la C.C. 41.790.905, 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, discriminando con sus respectivos valores 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 probados los medios exceptivos, propuestas por el extremo demandado.

QUINTO: Las **COSTAS** de esta instancia están a cargo de las administradoras demandadas. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$800.000 a cargo de cada una de estas y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no apelarse la presente decisión, se deberá **CONSULTAR CON EL SUPERIOR**, por resultarle adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES.”.

Inconforme con la decisión, COLFONDOS la apeló, manifestando¹, dado que la fecha del traslado de régimen ocurrió en el año 1994 y la vinculación a la AFP se

¹ **Recurso Colfondos (récord 1:34:27, archivo 24):** “Su Señoría, muchas gracias, están en la oportunidad para poder interponer mi recurso de apelación, en cuanto a la sentencia de primera instancia preferida por su despacho, teniendo en cuenta que dado que la fecha del traslado de Régimen con la demandante que fue en 1994 y la vinculación a la AFP administrada por mi representada, lo cual se hizo el mismo año. no existió obligación diferente para las administradoras de fondos de pensiones de brindarle información completa, veraz y eficaz, como realmente sucedió en este caso, además de atender las inquietudes que los potenciales afiliados pudiesen tener al respecto al RAIS, pero no era obligación realizar el estudio por escrito ni a conservar ningún tipo de evidencia documental, salvo el formulario de afiliación mediante el cual el afiliado expresa su voluntad de traslado, por lo que no puede exigirse algo a lo que nos estaba obligado a hacer. Es importante tener en cuenta que el accionante ha permanecido afiliado en este RAIS, producto de un traslado de régimen por más de 28 años, posteriormente lo hizo a 2 AFP más diferentes, lo que indica que conocía y aceptaba los beneficios

hizo en la misma anualidad, no existió obligación diferente para las administradoras de fondos de pensiones de brindarle información completa, veraz y eficaz a la actora, como realmente sucedió, además de atender las inquietudes que los potenciales afiliados pudiesen tener frente al RAIS, resaltándose, no era obligación realizar el estudio por escrito ni conservar ningún tipo de evidencia documental, salvo el formulario de afiliación mediante el cual el afiliado expresa su voluntad de traslado, por lo que no puede exigirse algo que la norma no indica.

Añadió, es importante tener en cuenta que la accionante ha permanecido afiliada en el RAIS por más de 28 años, posteriormente lo hizo a 2 AFP, lo que deja entrever que conocía y aceptaba los beneficios y las normas que rigen el Régimen de Ahorro Individual, pues en vez de trasladarse a Colpensiones decidió permanecer en este régimen.

Informó, con la expedición de la Ley 1328 del 2009 y el Decreto 2555 del 2010, se establecieron los principios del sistema de atención al consumidor financiero, aunado a lo anterior, la Ley 1748 del 2014 y la Circular Externa 016 del 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, establecen la obligación de brindar información a los consumidores financieros, así como también disponen que los

y las normas que rigen el Régimen de Ahorro Individual, pues en vez de trasladarse a Colpensiones decidió permanecer en este Régimen de Ahorro Individual.

Debo informar al despacho que solo hasta la expedición de la Ley 1328 del 2009 y el Decreto 2555 del 2010, se establecieron los principios del sistema de atención al consumidor financiero, aunado a lo anterior, la Ley 1748 del 2014 y la circular externa de número 016 del 2016 del 26/12/2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia, las cuales establecen la obligación de brindar información a los consumidores financieros, pero también establece que los afiliados pueden solicitar a los fondos, información y una proyección de su expectativa pensional.

No es posible acceder a las pretensiones de la demanda, siendo que existe una aceptación tácita, de la afiliación por parte de la actora ante mi representada, producto de un traslado de AFP, donde actualmente se encontraba, pues la afiliada, presentándose como activa, como ya lo reitero en una AFP de fondo privado, lo que quiere decir que es el reflejo de querer permanecer en el RAIS, lo que se tiene como una señal nítida de la voluntad y al hacer la cotizaciones, pago de aportes, solicitud de proyección pensional y actualización de historia laboral, está confirmando su deseo y compromiso, de permanecer a un régimen pensional privado, por lo anteriormente expuesto, reitero que queda comprobado que no se cuenta con los presupuestos fácticos y jurídicos para reclamar la nulidad de la afiliación del régimen, toda vez que la misma se realizó conforme a la ley vigente aplicable al caso y con los documentos aportados, aunado a ello, la parte actora no cumple con los requisitos de ley para hacer viable su regreso a Colpensiones como lo pretende en esta demanda.

Igualmente, su Señoría, solicito respetuosamente que no se le condenen costas a ver representada que la misma hizo el primer traslado a esta entidad de forma voluntaria, firmando su afiliación y se entregaron todos los rendimientos o aportes a las administradoras que siguen con la demandante. Muchas gracias.”.

afiliados pueden solicitar a los fondos la información y una proyección de su expectativa pensional.

En su sentir, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, siendo que existe una aceptación tácita de la afiliación por parte de la actora ante la AFP, producto de un traslado, en el cual la afiliada se presentó como activa, demostrando la voluntad de permanencia al hacer las cotizaciones, solicitar la proyección pensional y actualización de historia laboral, por ende, en este caso no se cuenta con los presupuestos fácticos y jurídicos para reclamar la ineficacia de la afiliación del régimen, toda vez que la misma se realizó conforme a la ley vigente y aplicable al caso, aunado a ello, la parte actora no cumple con los requisitos de ley para hacer viable su regreso a Colpensiones como lo pretende en esta demanda. Igualmente, solicitó no sea condenada en costas.

Por su parte, PROTECCIÓN contravirtió² la condena dirigida a trasladar los gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía mínima por todo el tiempo que estuvo afiliada la demandante al RAIS. Esto, al considerar que dicha condena configura un pago de lo no debido, causándole un perjuicio a la AFP al adolecer de causa legal.

Agregó, es un exceso condenar a la AFP a asumir valores que nunca recibió y que por ende, le correspondía sufragar a las administradoras en las cuales estuvo afiliada la accionante, es decir, Colfondos y Porvenir de manera proporcional por el

² **Recurso Protección (récord 1:40:10, archivo 24):** “señora juez de manera respetuosa, interpongo recurso de apelación frente a la condena impuesta a Protección de trasladar los gastos de administración seguro provisional y lo destinado al Fondo de Garantía mínima por todo el tiempo que estuvo afiliada a la demandante al RAIS, es decir, el tiempo que estuvo en Porvenir y en Colfondos.

Lo anterior, teniendo en cuenta que dicha condena configura un pago de lo no debido y es un perjuicio que se le está dando a mi representada, pues adolece de causa legal, toda vez que es un exceso por parte del juzgado, con todo el respeto, condenar a mi representada, a asumir valores que nunca recibió y que por ende, le correspondía sufragar dichos peculios es aún a las administradoras en las cuales estuvo afiliado el accionante, es decir Colfondos y Porvenir, de manera proporcional por el tiempo en que existió su vinculación, lo anterior en consonancia con el precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en materia de ineficacia traslado, la cual ordena a las administradoras asumir el cargo de sus propios patrimonios, las condenas impuestas en relación con los dineros descontados de la afiliación en proporción por el tiempo que estuvo en vigencia, la vinculación, es por ello que es un mandatario, que dentro de este tipo de procesos sean vinculadas todas las administradoras que intervinieron en la vinculación y permanencia de la demandante RAIS, pues en caso de declararse la ineficacia, estas deben de asumir la condena de manera proporcional, pues esta es la finalidad de que las mismas estén vinculadas a los procesos y se les estaría más que todo con todo el respeto beneficiando, digámoslo así.

En este orden de idea, solicitó respetuosamente a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá revoquen la condena impuesta a mi representa y en su en su lugar, la condena, se profiera de manera proporcional en el tiempo que persistió la afiliación en Colfondos, que fue la entidad que afilió a la demandante inicialmente y Porvenir en estos términos, dejó sustentado, mi recurso de apelación y me reservo el derecho de ampliarlo en el momento procesal oportuno. Muchas gracias”.

tiempo en que existió la vinculación, ello, en consonancia con el precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en materia de ineficacia traslado, la cual ordena a las administradoras asumir el cargo de sus propios patrimonios, las condenas impuestas en relación con los dineros descontados de la afiliación en proporción por el tiempo que estuvo vigente la vinculación.

Finalmente, COLPENSIONES argumentó³, no se debe declarar la afiliación a la entidad, toda vez que lo que busca esta clase de procesos de ineficacia de traslado,

³ *Recurso Colpensiones (récord: 1:42:58, archivo 24): “Gracias, señora juez, de manera respetuosa y estando en la oportunidad pertinente, me permito interponer y sustentar el recurso de apelación contra la sentencia en su totalidad proferida por su despacho, para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Laboral, revoque la anterior y en su lugar se absuelva a mi representada Colpensiones de todas y cada una de las condenas impuestas conforme a lo siguientes argumentos:*

Cómo se manifestó en los alegatos de conclusión, no se debe declarar, no se debe declarar la afiliación a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de la demandante, toda vez que lo que se busca esta clase de proceso de ineficacia de traslado, es volver a que las cosas vuelvan a su estado inicial y siendo así pues, la señora Mabel Tulia Panqueva Preciado, según el reporte histórico laboral y lo manifestado por la demandante en su interrogatorio de parte, pues nunca ha estado afiliada a Colpensiones, ni mucho menos al ISS, mi representada, no es la encargada de asumir la afiliación de la demandante, pues porque nunca ha habido esa afiliación.

En el presente caso tenemos que la demanda de registra semanas de cotización a otras cajas de previsión social, en ese entendido se colige que para la entrada en vigor de la ley 100 de 1993, esto es el 01/04/94 pues la demandante no se encontraba afiliada al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, en sus consecuencias, la ineficacia o nulidad resultaría inoponible frente a terceros de buena fe, como es en este caso COLPENSIONES.

No se evidencia en el interrogatorio de parte efectuado el día de hoy a la demandante que, se hubiese hecho incurrir en error, falta del deber de información por partes de la AFP o que se está en presencia de algún vicio, consentimiento, error, fuerza o dolor quedo demostrado, que su afiliación, pues según lo manifestado por la demandante, lo hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos y presiones indebidas.

Realizó varios traslados, pues porque cada fondo le brindaba una mejor pensión, según lo manifestado por ella, no debe declararse la ineficacia del traslado del régimen de Prima media al RAIS ni declarar la afiliación a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones en la medida que se pretende invalidar un acto que no solo fue válido, sino que produjo efecto jurídico, tanto que la demandante, pues efectuó aporte en el fondo privado y lo sigue haciendo adquiriendo obligaciones, por lo que no es posible derivar obligaciones a cargo de mi representada.

Me permito resaltar varias sentencias, pero en especial una preferida por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá bajo radicado, 110013105052017011800 Magistrado Ponente, el doctor Lorenzo Torres Russi el 13/08/2020, entre varias digamos que se dieron, entre el doctor, entre el magistrado Lorenzo Torres, David Correa y la doctora Rihanna Patricia Escobar, me permito, resaltar parte de esa sentencia “El afiliado, no está exonerado a su deber de Ilustrarse frente a la decisión de cambio de Régimen Pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta de que su elección dependerá su futuro pensional. La responsabilidad por los perjuicios que se causen a los afiliados con ocasión de cualquier infracción, error u omisión de los promotores de las AFP, indicando qué responsabilidad de estas últimas razón por la cual está disposición no permite trasladar los perjuicios de las omisiones en el deber de información a un sujeto de derecho, como Colpensiones, pues no intervino en la decisión del afiliado al momento de (inaudible) por el RAIS, ni es responsable del deber de información que impone la doble asesoría que solo se estableció a partir del año 2014”.

Para pues, para finalizar, no puede manifestar la demandante, pues ya cuando esta próxima a la edad de pensión requerida en el régimen de prima media que fue engañada o que no le brindaron la suficiente información cuando es uno de los deberes, es informarse adecuadamente de qué productos se adquirió o está adquiriendo, Decreto 2241 al 2010, en su artículo 4º, hubo falta de interés poca interacción y negligencia por parte de la demandante en toda su vida pensional. Solicito también respetuosamente a los Honorables Magistrados la exoneración de costas en caso de confirmar esta sentencia del primer de primera instancia y que no sea condenada en segunda instancia las costas procesales, pues teniendo en cuenta que Colpensiones

es volver a que las cosas vuelvan a su estado inicial y siendo así, la señora Mabel Tulia Panqueva Preciado, según el reporte histórico laboral y lo manifestado por la demandante en su interrogatorio de parte, nunca estuvo afiliada a Colpensiones, ni mucho menos al ISS, por lo que Colpensiones no es la encargada de asumir la afiliación de la demandante, al no existir afiliación.

Narró, en la demanda se registran semanas de cotización a otras Cajas de Previsión Social, por lo que, para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, la demandante no se encontraba afiliada al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, en consecuencia, la ineficacia resultaría inoponible frente a terceros de buena fe, como es en este caso COLPENSIONES.

Relató, no se evidencia en el interrogatorio de parte efectuado a la demandante que la AFP la hubiese hecho incurrir en error, que existiera falta del deber de información o que estuviera en presencia de algún vicio del consentimiento como error, fuerza o dolor, quedando entonces demostrado que su afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos y presiones indebidas.

Destacó, la actora realizó varios traslados porque cada fondo le brindaba una mejor pensión, según lo manifestado por ella, no debiéndose declarar la ineficacia del traslado del régimen de Prima Media al RAIS ni declarar la afiliación a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones en la medida que se pretende invalidar un acto que fue válido y produjo efecto jurídico, tanto así, que la demandante efectuó aportes en el fondo privado y lo sigue haciendo adquiriendo obligaciones.

negó el traslado a la demandante porque cuando ella solicitó, pues ya se encontraba dentro de la prohibición legal que contempla el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, modificado por su artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Colpensiones, pues es un tercero de buena fé y como se manifestó anteriormente, pues digamos que la demandante no ha estado nunca afiliada (inaudible) a Colpensiones, por lo que pues no podía dar traslado a la actora y por eso podemos decir que Colpensiones ha actuado de buena fe y que pues no es dable, en caso de confirmar esta sentencia reitero a la ineficacia del traslado, pues una condena en costas también solicita a los honorables magistrados en caso de confirmar esta sentencia, (inaudible), de declarar u ordenar a los fondos, a todos, a Colfondos, a todos los fondos que estuvo la demandante, esto es Colfondos, Porvenir y protección a devolver la totalidad o reintegrar la totalidad de cotizaciones conforme las sentencias SL-17595 del 2017 SL-4989 de 2018, SL-1421 de 2019 radicado 56.74, no solamente a Protección, que es el último fondo que estuvo afiliada, sino proporcionalmente, pues a los otros fondos que también digamos se beneficiaron, en cierto tiempo de la afiliación de la demandante.

Por la anterior pues, ruego a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Laboral que se han considerados estos argumentos y en consecuencia, pues sea revocada en su integridad la sentencia proferida por el despacho. Muchas gracias.”.

Por otra parte, resaltó la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá bajo radicado No. 110013105052017011800, Magistrado Ponente, Lorenzo Torres Russi de fecha 13/08/2020, en la que se indicó: *“El afiliado, no está exonerado a su deber de ilustrarse frente a la decisión de cambio de Régimen Pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta de que su elección dependerá su futuro pensional. La responsabilidad por los perjuicios que se causen a los afiliados con ocasión de cualquier infracción, error u omisión de los promotores de las AFP, no permite trasladar los perjuicios de las omisiones en el deber de información a un sujeto de derecho, como Colpensiones, pues no intervino en la decisión del afiliado al momento de (inaudible) por el RAIS, ni es responsable del deber de información que impone la doble asesoría que solo se estableció a partir del año 2014”*.

Dicho lo anterior, expuso, no puede manifestar la demandante que esta próxima a la edad de pensión requerida en el régimen de prima media y que fue engañada o que no le brindaron la suficiente información cuando uno de los deberes como consumidor consiste en informarse adecuadamente sobre los productos adquiridos, existiendo falta de interés y negligencia de su parte en toda su vida pensional.

Asimismo, pidió la exoneración de costas en caso de confirmarse la sentencia y no ser condenada en segunda instancia, teniendo en cuenta que Colpensiones negó el traslado a la demandante porque cuando ella lo solicitó, se encontraba dentro de la prohibición legal que contempla el artículo 2º de la Ley 797 del 2003, modificado por su artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Completó, de confirmarse la sentencia, se debe ordenar a todos los fondos, estos son, Colfondos, Porvenir y Protección a devolver la totalidad o reintegrar la totalidad de cotizaciones conforme las sentencias SL-17595 del 2017 SL-4989 de 2018, SL-1421 de 2019 radicado 56.74, pues no solamente Protección es la llamada a responder pues todas las AFP se beneficiaron de los aportes efectuados por la 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 de la demandante MABEL TULIA PANQUEVA PRECIADO en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Exp. digital 01EscritoDemanda.pdf, páginas 4 y 5) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 2 a 4, ibidem), aspirando, se declare, la ineficacia o nulidad de la afiliación y/o traslado de Mabel Tulia Panqueva Preciado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado inicialmente al fondo de pensiones obligatorias administrado por la sociedad Colfondos Pensiones y Cesantías y, en consecuencia: Se ordene a Protección S. A., entidad a la que actualmente se encuentra afiliada a, trasladar la cuenta de ahorro individual de Mabel Tulia Panqueva Preciado, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, así como las cuotas de administración al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, se ordene a la sociedad Colfondos S. A., devolver las cuotas de administración incluido el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, por el tiempo que estuvo afiliada, se ordene a Porvenir S. A., devolver las cuotas de administración incluido el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, por el tiempo que estuvo afiliada la señora Mabel Tulia Panqueva Preciado a dicho fondo, se ordene a Colpensiones, a activar la afiliación de la actora en el régimen de prima media con prestación definida con las implicaciones legales que ello conlleva, y a recibir las sumas de dinero devueltas por Protección S.A., Colfondos S.A. y Porvenir S A. a actualizar la historia laboral de la accionante junto con el pago de costas.

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MABEL TULIA PANQUEVA PRECIADO al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de noviembre de 1994, por intermedio de COLFONDOS S.A. y, en consecuencia, declaró como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy en día por COLPENSIONES, condenó a PROTECCIÓN S.A., a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora 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, discriminando con sus respectivos valores el detalle

pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a COLPENSIONES, condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, procediendo a actualizar la historia laboral, declaró no probados los medios exceptivos y condenó en costas a las demandadas. **Lo anterior tras considerar la a quo**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado. Igualmente, la Ley 6 de 1945 en su artículo 23 habló sobre las Cajas de Previsión y en la Ley 100 de 1993 en el artículo 52 consagró que la competencia para el régimen de prima media recae sobre Colpensiones, autorizando a que los afiliados a las Cajas fueran incorporados a dicho régimen siendo entonces claro que la Caja hace parte del régimen de Prima Media con Prestación Definida, siendo acogida esta interpretación en sentencia CSJ SL 4334-2021.

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 2002⁴.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 30 de marzo de 1960 (*Página 151, Archivo 10 del expediente digital*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado

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

mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 27 de diciembre de 2021 y con destino a las AFP PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN el día 21 de diciembre de 2021 (páginas 40 a 48, archivo 01 del proceso digitalizado.pdf), 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 151⁵ - de ésta ley lo sería hasta a más tardar el **30 de junio de 1.995**⁶ 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 prestado sus servicios y encontrándose en la Contraloría de Bogotá D.C.⁷ a dicha data había cotizado **282,43** semanas (página

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. (negrilla y subrayado)''.

⁶ Conforme al certificado de tiempos laborados CETIL, página 350, proceso digitalizado.pdf.

⁷ **Concepto 3202111265 de 2021 Contraloría de Bogotá D.C.:** "La vigilancia de la gestión fiscal del Distrito y de los particulares que manejen fondos o bienes del mismo, corresponde a la Contraloría Distrital. (.....) La Contraloría es un organismo de carácter técnico, dotado de autonomía administrativa y presupuestal. En ningún caso podrá ejercer funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización." (Subrayado es nuestro)

Es así como, desde la inclusión de la Contraloría de Bogotá D.C., en el régimen especial del Distrito Capital se evidencia la naturaleza jurídica de la entidad, como un organismo de control independiente que, en virtud de la autonomía administrativa y presupuestal, no obedece a las disposiciones de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., pues dicha prerrogativa, le permite regular por sí misma su gestión con miras a fortalecer el ejercicio fiscal con independencia de la administración central.

Lo anterior lo ratifica el Acuerdo Distrital 658 de 2016, cuyo artículo 1 textualmente señala:

"La Contraloría es un organismo de carácter técnico, dotado de autonomía administrativa y presupuestal, al que le corresponde la vigilancia de la gestión fiscal del Distrito Capital y de los particulares que manejen fondos o bienes de este, en los términos previstos en la Constitución política, las leyes y los acuerdos.

En ningún caso podrá ejercer funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización."

A su turno, el artículo 6 ibidem, determina el alcance de la autonomía administrativa de este organismo de control, como la facultad que le permite definir todos los aspectos relacionados con el cumplimiento de sus funciones en armonía con los principios consagrados en la Constitución Política de Colombia y las leyes.

Bajo este entendido, resulta evidente para esta dependencia que, la Contraloría de Bogotá D.C., cuenta con una naturaleza jurídica que no le permite ser catalogada como una entidad del Distrito Capital, sino como un ente de control autónomo e independiente, que por orden constitucional tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal del distrito capital y de los particulares que manejen fondos o bienes del mismo y en consecuencia, no le son aplicables disposiciones distritales en cuyo ámbito de aplicación no se encuentre expresamente incluidos los organismos de control.

Aunado a lo anterior, es necesario hacer énfasis en que el actuar de la Contraloría de Bogotá, D.C., no puede estar por fuera del ámbito de sus competencias, ni ejercer funciones administrativas distintas a las inherentes

74, archivo 14 del proceso digitalizado), 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.

Ver Imagen:

RESUMEN HISTORIA LABORAL								
Nit/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta	No.Días	Salario	Error/observación
N 800245133	CONTRALORIA DE BOGOTA D. C.	LABORAL	AFPS	31/01/1989	29/06/1992	1246	\$0	
N 800245133	CONTRALORIA DE BOGOTA D. C.	LABORAL	AFPS	30/06/1992	30/08/1995	1157	\$137,043	

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
1886	269.43	0	0.00	0	0.00	2403	343.29	0	0.00	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS			TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS			TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS			TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS		
DIAS: 1886		SEMANAS: 269.43		DIAS: 2403		SEMANAS: 343.29					

El número de semanas se calculó con días calendario

Previo a continuar con el estudio correspondiente, debe advertirse, en punto al recurso de Colpensiones, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - **30 de junio de 1995**- la carga pensional de la actora se encontraba a cargo de Caja de Previsión Social de Bogotá dado que el empleador de la demandante para esa época era la Contraloría de Bogotá D.C., tal como se registra en el resumen de historia laboral aportada a página 74, archivo 14, razón por la cual advierte esta Sala de Decisión, aunque la accionante **NO** realizó ninguna cotización al Instituto

a su propia organización, tal como de manera pacífica y reiterada lo ha sostenido la Corte Constitucional, al considerar:

“El sentido de esta prohibición fue analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-189 de 1998, al destacar que la atribución de autonomía orgánica y funcional a la Contraloría tiene el doble propósito de garantizar la efectividad del control fiscal, y a la vez evitar que dicha entidad se inmiscuya en las actividades administrativas de las entidades sometidas a control.

Al respecto se afirma que: “Esta autonomía funcional y orgánica de las contralorías no sólo tiene como finalidad fortalecer el control fiscal sino también hacer frente a las disfuncionalidades que dicho control puede generar, por lo cual la Carta pretende evitar que la actividad de control se traduzca en una coadministración. Por ello la Constitución no sólo “termina con la coadministración que se ejercía mediante el control fiscal previo” sino que dispone que la Contraloría no “tendrá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización” (CP art. 267, inciso 4°), precepto que, como bien lo señaló durante la vigencia de la anterior Constitución la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema, y también lo ha establecido esta Corte Constitucional, es una limitación más que otra cosa.”

de Seguros Sociales, ello no significa que no se encontrara vinculada al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto, que con su afiliación a la AFP COLFONDOS, se haya producido un traslado de régimen.

Ahora bien, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **12 de octubre de 1994** con fecha de efectividad a partir del **1° de noviembre de 1994** (Página 21, 39 y 72, archivos 12, 13 y 14 del expediente digital) por afiliación que hiciera a 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 tunc⁸, 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

⁸ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020.

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 (...) LILLANA 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 demandado 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

2011⁹, 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 mayo de 2019,

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 vinculan 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.

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

“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.

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 desfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional y al respecto, para la Sala en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Al punto sea del caso precisar, al absolver el interrogatorio de parte¹⁰ la demandante refirió que para el año 1994, cuando se trasladó de régimen pensional, le informaron que debía vincularse porque la Caja de Previsión se acabaría, así como las AFP darían unos rendimientos muy buenos y le iban a garantizar una pensión muy

¹⁰ ***Interrogatorio Demandante, récord 12:06, archivo 24: “Estoy en Colfondos desde finales de 1995, antes estaba en la Caja de Previsión hasta agosto o septiembre que se estaba liquidando, llegaron los de Colfondos y nos dijeron que nos pasáramos para no quedarnos sin fondo, que la pensión iba a ser buena, que mis hijos o mi papá o mi mamá iba a ser buena, yo he estado entre los mismos fondos, me he trasladado de fondo en fondo, actualmente estoy en Porvenir, me trasladaron los fondos, las mismas Afp me han trasladado, ahora estoy en Protección, me decían que eso cambiaba de nombre y firmaba pero no era porque yo me trasladara, yo firme los formularios pero me decían que era lo mismo, que ofrecían lo mismo por eso yo firmaba, no he estado en Colpensiones, yo trabajé hasta el 89 que era la Caja de Previsión, luego me pasé a los fondos, a mediados de 2021 me di cuenta que el fondo no era lo que pensaba, yo empecé en Colfondos, luego me trasladaron como a 3 fondos, cuando me cambié a Porvenir había un asesor, me dijeron que los aportes eran a mi nombre, me hablaban de la pensión heredable, no me dijeron nada de aportes voluntarios, me llegó extractos de Protección, no leí los formularios, como era de los fondos los firmaba, no le vi lio porque era lo mismo, no conocía los requisitos para pensionarme, no preguntaba nada al momento del traslado, cuando me trasladé no me acuerdo las circunstancias, había un asesor no me obligaron a firmar el formulario, fue voluntario porque me decía que no había problema, yo averigüé y me dijeron que me darían un mínimo, por eso fue que averigüé y miré los aportes que tengo, yo no conocía nada sobre los regímenes pensionales, no estuve afiliada al ISS o Colpensiones, me quiero trasladar porque el valor de la mesada es un mínimo en las AFP, no me han hecho proyecciones, con el fondo no me alcanzo a pensionar con un mínimo, me dijeron que debía tener 250 millones y no los tengo, no entendía la información en los extractos, yo solo miraba el aporte, no más, yo todavía trabajo, un compañero me dijo que uno se pensionaba por porcentaje que uno gane”.***

bueno, además, no le informaron sobre los rendimientos financieros, aportes voluntarios o que pudiera retractarse de firmar el formulario de afiliación.

De lo expuesto, no vislumbra la Sala confesión alguna por parte de la demandante de haber recibido información en los términos anteriormente indicados. Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1994, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP 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 12 de octubre de 1994, efectivo el 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 SL 12136 de 2014, ello deriva en la

INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Ahora, en cuanto al hecho de que la demandante antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a la Caja de Previsión Social de Bogotá, siendo punto de apelación de Colpensiones, baste con indicar, si bien la Ley 100 de 1993, en su artículo 52 consagró que la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida recaía en el ISS, lo cierto es que, con el fin de resguardar las expectativas pensionales de las personas vinculadas a las múltiples **cajas, fondos o entidades de previsión**, se les autorizó para continuar con la administración de dicho régimen *«respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley»* (CSJ SL4334-2021). Nótese entonces que la ley reconoce expresamente que las Cajas de Previsión Social administraba el régimen de prima media y por ello debe entenderse como una entidad administradora del sistema de pensiones, tal y como lo ha precisado la Sala en jurisprudencia que tiene el carácter de reiterada (CSJ SL11746-2014, CSJ SL11438-2016, CSJ SL4041-2017 y CSJ SL31912021), es decir, los afiliados a dichas Cajas, como lo es en este caso, se entienden incorporados a COLPENSIONES al ser la única administradora del régimen de prima media, resultando 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.

Por otro lado, conviene 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 punto al recurso por parte de Colfondos y Colpensiones, advierte esta Sala, 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 (*ibíd.*), y en esa medida, esa circunstancia no implica una ratificación de la voluntad de la afiliada de permanecer en el RAIS.

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.

Por otro lado, con relación a permanecer la demandante en el RAIS por mucho tiempo, a la que se ha hecho referencia COLFONDOS 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 a la demandante al momento de su traslado no fue acreditada por esa 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 traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN S.A., fondo al que se encuentra actualmente afiliada la actora del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, 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, se adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que las codemandadas **PORVENIR** y **COLFONDOS** deberán retornar los **rendimientos, gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia¹¹ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias**

¹¹ Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

utilidades¹², por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una 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.***

Disponiéndose igualmente 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.

Precisando a la recurrente PROTECCIÓN, frente a la orden aquí impuesta de la devolución de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir, es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración 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

¹² Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

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

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

En 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» (Negritas y subrayas fuera de texto).

Aquí resulta pertinente acotar a COLPENSIONES, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de esta Corporación como la señalada

en su apelación no resulta aplicable, 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.

Igualmente, resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por COLFONDOS que el concepto o Circular 016 emitida por la Superintendencia Financiera no resulta vinculante, y en todo caso, la determinación de devolver los gastos de administración y demás rubros no resulta caprichoso, sino que, se itera, es consecuencia de la aplicación de los efectos de la declaratoria de ineficacia.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES¹³, a favor de quien se surte la consulta (Página 11, archivo 10 «*proceso digitalizado.pdf*»), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ 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 entidad 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 Colfondos y Colpensiones, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el que contiene el principio general según el cual “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a las codemandadas, lo

¹³ 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 de 09 de agosto de 2023 (archivo 19).

atinente a derecho es que sean condenadas en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, por lo que se confirmará la sentencia de primer grado en este aspecto.

Agotada la competencia de la Sala en virtud de los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará en el punto anteriormente expuesto y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

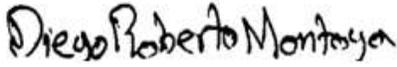
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que las codemandadas **PORVENIR** y **COLFONDOS** deberán retornar los rendimientos, 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 la demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, disponiéndose igualmente 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, conforme a lo expuesto.

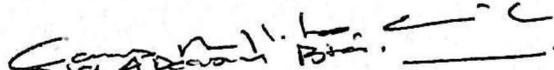
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

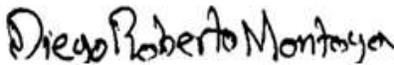
PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FERNANDO PEREZ SIERRA CONTRA COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. (Rad. 26 2022 0003 01)

Bogotá D.C. doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada YENNY PAOLA MEJIA RADA como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO, en su calidad de abogada perteneciente a la UNIÓN TEMPORAL DEFENSA PENSIONES.

Igualmente, se reconoce personería adjetiva a la abogada SHARIK ALEJANDRA MATEUS DIAZ como apoderada de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido en escritura pública No. 1281 como abogada adscrita a la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.



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 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 SKANDIA, PORVENIR y COLPENSIONES,

así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor de la sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 7 de octubre del 2023 (Audiencia virtual, archivo 36 expediente digital, récord: 50.43), en la que se resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante FERNANDO PEREZ SIERRA al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones SKANDIA a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los saldos obrantes de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a los fondos de pensiones PROTECCIÓN y PORVENIR a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante que correspondían a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el demandante.

QUINTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SEXTO. ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS de las pretensiones incoadas en su contra por parte de Skandia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO. CONDENAR en costas de esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR, PROTECCIÓN Y SKANDIA y a favor del demandante, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS (\$1'500.000), correspondiéndole a cada una de las demandadas el 33.33% de la condena impuesta.

OCTAVO. CONDENAR en costas de esta instancia a cargo de la demandada SKANDIA y a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS, fijándose como agencias en Derecho la suma de ochocientos mil pesos (\$800.000).”

Frente a tal decisión las demandadas interpusieron recurso de la siguiente manera:

SKANDIA¹ indica no estar de acuerdo con la orden de la devolución de gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados, aduciendo el

¹ SKANDIA (Record: 52:40)

Decreto 3925 del año 2008, artículo séptimo, contempla cuáles son esos rubros que deben trasladarse y en esa normatividad, no se encuentran contemplados, los referidos gastos de administración, prima de seguros, y pues la indexación referida de modo que no deben ser trasladados hacia el régimen de prima media.

Gracias doctora, de manera muy respetuosa y atendiendo el fallo, que acaba de proferir y notificar a las partes me permito interponer y sustentar parcialmente el recurso de apelación, especialmente su Señoría lo referido a la orden impuesta a mi representada SKANDIA de trasladar gastos de administración prima de seguros y debidamente indexados rubros debidamente indexados.

Su Señoría, teniendo en consideración que, en el presente caso, como usted ya lo manifestó y lo indicó tanto en la parte considerativa como en la parte resolutive de esta sentencia, se ha declarado una ineficacia del traslado lados y en ese orden de ideas, al declararse dicha ineficacia, trae unos efectos jurídicos.

Dichos efectos es el traslado de unos rubros, unos conceptos, en efecto, debemos, en ese orden de ideas, remitirnos a las normas que textualmente regulan la materia referente a los traslados de esos recursos, encontrando que el Decreto 3925 del año 2008, artículo séptimo, contempla cuáles son esos rubros que deben trasladarse y en esa normatividad, Señoría no se encuentra contemplado, los referidos gastos de administración prima de seguros, y pues la indexación referida al no estar consagrado en dicha norma, dichos emolumentos considera la suscrita que no deben ser trasladados hacia el régimen de prima media, y ello también porque guarda una relación armónica con las disposiciones de la Ley 100 de 93, artículo 20, que le da una destinación específica y concreta a esos gastos de administración, teniendo en cuenta lo anterior, señores magistrados considera la suscrita que no es dable generar o trasladar los referidos gastos de administración y las primas de seguros previsionales.

Ahora bien, también es cierto que en el presente caso se ha presentado una demanda de un llamamiento en garantía, y en ese orden de ideas atendiendo las posibles consecuencias o efectos que les están dando a este tipo de procesos, se condenó como lo vemos a SKANDIA a generar sus traslados, siendo en la práctica que la aseguradora Mapfre, quien desde el 2016 hasta el año 2018 tiene en su poder las referidas primas de seguros previsionales y aquí ya se está condenando a mi representada.

Y en orden de ideas su Señoría, presento recurso de apelación frente a la decisión de absolver y declarar probadas las excepciones formuladas por la aseguradora Mapfre y en ese orden de ideas señores magistrados solicitó que se revoque dicha decisión, teniendo en cuenta que al declararse esta ineficacia se dejó sin piso alguno el contrato de seguros previsionales que también surgió a raíz del contrato que nació entre mi representada y la parte demandante, y eso es así porque el artículo 1037 y en concordancia con el 1030 y el 1135 del Código de Comercio, señala que cuando falta alguno de los elementos esenciales del contrato de seguros, como es el interés asegurable, deja sin efecto alguno este contrato y la misma norma señala que debe la aseguradora, en este caso Mapfre, restituir las sumas percibidas en este orden de ideas honorables magistrados, encontramos disposiciones de orden legal que nos lleva una y otra vez de manera muy respetuosa y reiterada a solicitar la prosperidad de esta demanda de Llamamiento en garantía.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, señoría también presentó mi recurso de apelación frente a la decisión de indexar si eventualmente se confirman las órdenes referidas anteriormente, dado que uno no fue solicitado en el escrito de la demanda, dos ya con la presente sentencia, si se está ordenando la devolución de unos rendimientos, de esta manera, se estaría compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda y en este orden de ideas no es dable generar una doble sanción por un mismo hecho.

Encuentro que existen fundamentos de orden jurídico que me llevan a revocar, si, en efecto, se confirma la decisión de los referidos gastos y las primas, la orden de la indexación, que fue condenada a mi representada en esa sentencia.

En ese orden de ideas quería presentar parcialmente los puntos que me llevan a presentar este recurso de apelación frente a la sentencia. Gracias Señoría.

En cuanto al llamamiento en garantía, expresa en virtud de la condena impuesta la aseguradora MAPFRE es quien debe responder pues al declararse esta ineficacia se dejó sin piso alguno el contrato de seguros previsionales que también surgió a raíz del contrato que nació entre su representada y la parte demandante, y eso es así porque el Código de Comercio, señala que cuando falta alguno de los elementos esenciales del contrato de seguros, como es el interés asegurable, se deja sin efecto alguno este contrato y la misma norma señala que debe la aseguradora, en este caso Mapfre, restituir las sumas percibidas.

En relación con la indexación manifiesta no ser procedente dado que no fue solicitado en el escrito de demanda y si se está ordenando la devolución de unos rendimientos, se estaría compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda no siendo dable generar una doble sanción por un mismo hecho.

PORVENIR² señala si bien existe un presente jurisprudencial planteado por la Honorable Corte Suprema, también esta corporación ha informado que el mismo

² **PORVENIR (Record: 57:03)**

Gracias Señoría respetuosamente, me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia, requiriendo al honorable Tribunal Superior de la salud laboral se sirva a revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, así como las condenas interpuestas en contra de mi representada conforme a las siguientes consideraciones:

Pues debe decirse que si bien es claro que existe un presente jurisprudencial planteado por la Honorable Corte Suprema, también esta corporación ha informado que el mismo no se puede aplicar de una forma homogénea a todos los procesos en donde se solicitó la nulidad o ineficacia por el incumplimiento del deber de información, en efecto, debe existir una similitud fáctica en cada uno de los casos, situación que para mi representada no se ha dado en el presente asunto, pues el demandante realizó válidamente su traslado sin presiones informado y de conformidad con la normativa vigente para el año 2003, su traslado horizontal ante mi representada y ahora bien con independencia de la información que se le otorgó, el momento del traslado por parte de colmena, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidos en la Ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por parte de las AFP a lo largo de su vida laboral, de igual manera y como todo consumidor financiero él debía actuar con mediana diligencia lo cual suponía por lo menos obtener información suficiente sobre el acto jurídico que está adoptando y con mayor razón si los datos relevantes que le permitían pensar las consecuencias de esta decisión estaban claramente determinados en normas legales de común conocimiento y Así mismo pues se le entregó también información relacionada en las varias asesorías que recibió de forma presencial por parte de los asesores de las AFP.

En relación con las condenas relacionadas ante mi representada se puede decir que no es pertinente trasladar esas sumas ya que los gastos relacionados con la administración de los aportes pues tenían una finalidad establecida por la ley, la cual fue cumplida plenamente por parte de porvenir y pues no resultaría lógico condenar a mi representada a un gasto que lo único que generó fue un beneficio para el demandante por lo que se generaron una serie de rendimientos financieros con el paso del tiempo, y de igual manera las sumas relacionadas con los seguros previsionales pues esas sumas lo que se hizo fue cumplir una obligación legal la cual fue remitir estos dineros en favor de las

no se puede aplicar de una forma homogénea a todos los procesos en donde se solicitó la nulidad o ineficacia por el incumplimiento del deber de información, en efecto, debe existir una similitud fáctica en cada uno de los casos, situación que para su representada no se ha dado en el presente asunto, pues el demandante realizó válidamente su traslado sin presiones informado y de conformidad con la normativa vigente para el año 2003 fecha de su traslado horizontal y con independencia de la información que se le otorgó, al momento del traslado por parte de colmena, 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 parte de las AFP a lo largo de su vida laboral, de igual manera señala como todo consumidor financiero él debía actuar con mediana diligencia lo cual suponía por lo menos obtener información suficiente sobre el acto jurídico que está adoptando y con mayor razón si los datos relevantes que le permitían pensar las consecuencias de esta decisión estaban claramente determinados en normas legales de común conocimiento y Así mismo pues se le entregó también información relacionada en las varias asesorías.

entidades aseguradoras que aunque las pólizas no sufrieron ningún amparo en ningún siniestro pues los amparos siguieron vigentes durante el tiempo que estuvo vinculado ante Porvenir por lo que tampoco resultaría pertinente una eventual devolución de estos rubros que fue condenada a mi representada, adicionalmente no hay ninguna razón de orden jurídico para ordenar que la remisión a Colpensiones de las sumas aportadas con los destinos al Fondo de Garantía de pensión mínima se haga con cargo a los propios recursos de la administradora demandada, pues no tiene sentido que se permanezca en el fondo cuyo propósito no es la de beneficiar al afiliado si ello es así no se encuentra pues un motivo que justifique que esas sumas no estén en poder de la administradora, pues sean remitidas a cargo de los propios recursos y pues ello equivaldría a una sanción injustificada que no guarda ninguna correlación con los efectos jurídicos de la ineficacia ni mucho menos con la restitución que de ello puede derivarse, en efecto como lo profirió la sala de consulta y servicio civil del consejo de estado 2022-0062 examino algunas decisiones de la sala laboral de la corte suprema de justicia y pues se consideró que lo relevante es cerciorarse que en el régimen pensional que se encuentre el cotizante, estén también sus aportes pensionales y en consecuencia si aquel opta por un cambio de régimen lo propio ocurriría con los aportes sin excepción alguna como lo fue en este caso la condena en concreto.

Adicionalmente se le solicita a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objeto de la condena interpuesta en contra de mi representada, en la medida que pues se dispuso la devolución de los rendimientos de capital que se encontraba en la cuenta de ahorro individual, pues de la de la AFP vigente, pues teniendo en cuenta que parte de los rendimientos que ostenta esta cuenta son gracias al trabajo profesional que realizó Porvenir durante el tiempo que estuvo vinculado el demandante ante esta AFP y pues como lo ha venido señalando el Tribunal Superior de Cundinamarca, el Tribunal Superior de Cali, el Tribunal Superior de Medellín, en sentencias tales como las 0182 y 019473 está, determinó que no era viable, pues condenar a la indexación toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

Es por todo lo anterior, su Señoría, que respetuosamente dejo presentado mi recurso, muchas gracias.

En relación con las condenas relacionadas de trasladar los gastos de administración de los aportes indica estos tenían una finalidad establecida por la ley, la cual fue cumplida plenamente por parte de porvenir y pues no resultaría lógico condenar a un gasto que lo único que generó fue un beneficio para el demandante pues se generaron una serie de rendimientos financieros con el paso del tiempo. De igual manera con las sumas relacionadas con los seguros se cumplió una obligación legal la cual fue remitir estos dineros en favor de las entidades aseguradoras que aunque las pólizas no sufrieron ningún amparo en ningún siniestro pues los amparos siguieron vigentes durante el tiempo que estuvo vinculado ante Porvenir, tampoco resultaría pertinente una eventual devolución de estos rubros, adicionalmente no hay ninguna razón de orden jurídico para ordenar que la remisión a Colpensiones de las sumas aportadas con los destinos al Fondo de Garantía de pensión mínima se haga con cargo a los propios recursos de la administradora demandada, pues no tiene sentido que se permanezca en el fondo cuyo propósito no es la de beneficiar al afiliado.

Adicionalmente solicita se revoque la sentencia en cuanto a la condena de la indexación en la medida que se dispuso la devolución de los rendimientos de capital que se encontraba en la cuenta de ahorro individual, teniendo en cuenta que parte de los rendimientos que ostenta esta cuenta son gracias al trabajo profesional que realizó Porvenir durante el tiempo que estuvo vinculado el demandante ante esta AFP y como lo ha venido señalando el Tribunal Superior de Cundinamarca, el Tribunal Superior de Cali, el Tribunal Superior de Medellín, no es viable condenar a la indexación toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

Finalmente COLPENSIONES³ señala que al momento de declarar la ineficacia del traslado de régimen de la parte demandante, considerando la falta del deber de

³ COLPENSIONES (Record: 1:02:08)

Estando dentro de la oportunidad procesal, respetuosamente me permito interponer y suspender recurso de apelación en los siguientes términos, en primer lugar he de manifestar que la señora juez el momento de su decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen de la parte demandante, considerando esa falta del deber de información que tenía la AFP al momento de la suscripción del formulario de afiliación pasó por alto que para la fecha del traslado la realidad del momento, según la normatividad aplicable para la ley 100, Artículo 13 el literal B y E, Decreto 692 del 94 decreto 663 del 93, era que con la sola aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, se manifestaba a través de la firma el formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio a plenitud, según se deriva del documento suscrito y registrado por la parte demandante.

información que tenía la AFP al momento de la suscripción del formulario de afiliación, se pasó por alto que para la fecha del traslado la realidad de la normatividad aplicable era la ley 100 y con ella se constataba solamente la aceptación espontánea, libre y expresa un afiliado para trasladarse de régimen, lo cual se concluía con la firma del formulario de afiliación, situación que se dio este asunto se dio a plenitud según se deriva del documento suscrito y registrado por la parte demandante.

De igual manera indica 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 de régimen, pues esta exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta el principio de legalidad y debido proceso, que 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 la Constitución Política, el ajuste de las normas preexistentes al acto que se juzga.

Aduce que, en caso de que se llegara a confirmar la decisión se mantenga la condena impuestas a las AFP, en el entendido de que se deben reintegrar la totalidad de las cotizaciones. Asimismo, solicita que se adicione la sentencia en cuanto a que se condicione la orden dada a Colpensiones al previo cumplimiento de las obligaciones, toda vez que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto la AFP no reintegre los recursos y actualice los datos de la de la parte demandante en la respectiva base de datos.

De igual manera, no es razonable ni jurídicamente válido y imponer a las administradoras, obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad del 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 la Constitución Política del ajuste a las normas preexistentes al acto, que se juzga.

Con lo anterior dejo sustentado el recurso, reiterándole a los honorables magistrados, se revoque la decisión que se acaba de proferir y, en consecuencia, se absuelva a mi representada de cada una de las pretensiones en su contra.

Ahora bien, en caso de que se llegara a confirmar la decisión por parte del honorable tribunal, ruego se mantenga la condena impuesta a la AFP, en el entendido que esta debe reintegrar la totalidad de las cotizaciones que recibió.

Asimismo, les solicito a los honorables magistrados que se adicione la sentencia de la de la condena impuesta a la entidad que represento con una obligación de hacer a favor de la entidad, que se condicione al previo cumplimiento de las obligaciones que se impongan a las AFP, toda vez que toda vez que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto no se reintegren los recursos a mi representada y se actualice la información del demandante en la respectiva base de datos. Muchas gracias, Señoría.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (páginas 32 y 33 Archivo 07 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 33 a 36 ibídem), aspirando principalmente se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en consecuencia se condene a Colpensiones a registrar y activar su afiliación, y a SKANDIA a devolver todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual tales como bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc., condenas *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho del presente proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora al RAIS, ordenando a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los saldos obrantes de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, y a PROTECCIÓN y a PORVENIR los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante que correspondían a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos. A Colpensiones, le ordenó reactivar la afiliación en el Régimen de Prima Media sin solución de continuidad, y recibir los dineros que le fueren trasladados. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, no se logró acreditar por PROTECCIÓN antes COLMENA el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado, que le ayudara a tomar una decisión acertada sobre la construcción de su derecho pensional.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes

pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 29 de noviembre de 1959 (página 57, archivo 07 expediente digital), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado a través de las peticiones elevadas ante PROTECCIÓN el 7 de septiembre del 2021, PORVENIR y SKANDIA el 11 de junio del 2021 y COLPENSIONES el 13 de junio del 2021 (págs. 70 a 75, 92 a 97, 101 a 106 y 123 a 126), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años de cumplir 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 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 145.86⁵ semanas cotizadas al sistema (Exp. Administrativo: archivo 13 Historia Laboral Colpensiones), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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

5

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

En el siguiente reporte encontrará el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador independiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, la que usted ha construido mes a mes y año a año.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1002401683	MANUFACTURAS ELIOT L	29/09/1984	30/06/1985	\$41.040	39,29	0,00	0,00	39,29
1004007977	RIVERA NORTE LTDA.	04/04/1988	01/04/1989	\$99.630	51,86	0,00	0,00	51,86
1008229888	GESTIAUTO Y CIA LTDA	09/09/1991	14/10/1991	\$54.630	5,14	0,00	0,00	5,14
1006201021	SOC CAPIT AHORROS LI	18/06/1992	30/11/1992	\$70.260	23,71	0,00	0,00	23,71
1006300015	SEGUROS BOLIVAR S.A	01/11/1992	28/02/1993	\$81.510	17,14	0,00	4,29	12,86
1006145585	CENTRO DE CONVENC.BA	29/12/1993	30/06/1994	\$254.730	26,29	0,00	0,00	26,29
800164884	CENTRO DE CONVENCION	01/01/1995	31/01/1995	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
860505390	GRANCOLOMBIANA DE LO	01/01/1995	31/01/1995	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
800164884	CENTRO DE CONVENCION	01/02/1995	30/04/1995	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:								159,14

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 en el proceso, acaeció el **30 de junio de 1994** con fecha de efectividad a partir del **1° de julio de 1994** (páginas 34 y 36, archivo 19 expediente digital), por afiliación que hiciera inicialmente a COLMENA hoy PROTECCIÓN, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 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» (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*⁶, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia 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

⁶ 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 parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN antes COLMENA.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

⁷ «Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando 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 dila demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

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

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

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

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

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

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

“(…)”

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

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

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

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 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 lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

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 por 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 prestaciones”, 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.

(...).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información al accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en 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 demandante⁸, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor de COLMENA le indicó que lo mejor era vincularse a es AFP porque el RPM se iba a acabar y por esa razón firmó el formulario sin coacción alguna, pues debía asegurar su pensión.

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 PROTECCION, 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

⁸ Audiencia del 7 de octubre del 2023, récord 13:09

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

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria,

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1994, cuando se produjo el traslado 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 (30 de junio de 1994, efectivo el 1º de julio de ese año) el deber de información para con el promotor del juicio, 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.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (pág. 36, Archivo 14 expediente digital *historial vinculaciones SIAFF*), 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 *ibídem*.

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 S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, así como la activación de su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto, como también el hecho de que la citada AFP como PORVENIR y PROTECCIÓN deberán devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

Sin embargo, debe precisarse en este punto, ésta Sala de Decisión adicionará el fallo de primer grado, en cuanto a que las citadas AFP deben también devolver las **comisiones** y 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.

Precisando a la recurrente SKANDIA y PORVENIR, frente a la orden aquí impuesta de la devolución de los gastos de administración, primas de seguros

previsionales y aportes al fondo de pensión de garantía mínima, 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 los mismos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de pensión de garantía mínima. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

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

«Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, (...) que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a

colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)».

Y en relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado de los anteriores conceptos apelado igualmente por SKANDIA y 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 como lo sostiene SKANDIA en su apelación, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrino 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).

Es de advertir a PORVENIR en punto de la apelación, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de diferentes Tribunales o por otros despachos judiciales 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 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 CSJ SL2877-2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES – entidad a favor de quien se surte la consulta (pág. 7 Archivo 16 expediente digital)⁹ basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada

⁹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 26 de octubre del 2022 (Archivo 20 expediente digital).

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

Ahora, frente a la petición realizada por SKANDIA de condenar a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en sentir de esta Corporación, en virtud de las pólizas suscritas, se advierte la aseguradora no está obligada a cubrir ninguna de las condenas, atendiendo que lo pretendido en autos no es otra cosa que la declaratoria de ineficacia, por falta de consentimiento informado de la afiliación realizada por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con el consecuente retorno al régimen de prima media con prestación definida y el traslado de las sumas recibidas por concepto aportes, cotizaciones, bonos pensionales, adicionales, rendimientos financieros.

El anterior razonamiento encuentra sustento en lo previsto en el artículo 108¹⁰ de la Ley 100 de 1993, que impone a las administradoras de fondos de pensiones el deber de contratar seguros colectivos previsionales que concurren a la financiación de las pensiones de invalidez y sobrevivientes que deban reconocerse a los afiliados del RAIS, lo cual implica que la garantía contratada solo se activa cuando ocurre el reconocimiento de dichas prestaciones –invalidez y sobrevivientes- y se requiere completar el capital respectivo para su pago al beneficiario, aspectos no comprendidos en la discusión de autos, lo que desde luego conlleva la absolución de la aseguradora convocada al proceso. Se confirma la decisión.

Finalmente, 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

¹⁰ **ARTÍCULO 108. SEGUROS DE PARTICIPACIÓN.** Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.

<Inciso modificado por el artículo 54 de la Ley 1328 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno Nacional determinará la forma y condiciones cómo las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán contratar los seguros previsionales para el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

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 resolutive de la providencia.

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

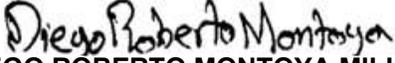
RESUELVE

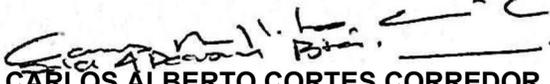
PRIMERO: ADICIONAR el fallo de primer grado en sus numerales **SEGUNDO y TERCERO**, en cuanto a que las AFP SKANDIA, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deberán retornar además de lo ordenado por la Juez *a quo* las **comisiones debidamente indexadas** y también se **DISPONDRÁ** que, para el momento del 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.

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 TUPAZPARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JORGE ALBERTO
BOHORQUEZ CASTRO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 21 2023 00163 01).**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada CINDY JULIETH VILLA NAVARRO como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JAHNNIKI WEIMANN SANCLEMENTE, en su calidad de representante legal de la sociedad UNIÓN TEMPORAL W&WLC UT

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 la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 21 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 27 de octubre del 2023 (archivo 18, récord: 26:12), en la que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor JORGE ALBERTO BOHORQUEZ CASTRO al régimen de ahorro individual el 13 de OCTUBRE de 1995, con fecha de efectividad del 1º de NOVIEMBRE de esa anualidad, por intermedio de PROTECCION S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCION S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado de régimen del demandante tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde la afiliación a ese fondo y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor JORGE ALBERTO BOHORQUEZ CASTRO. Para ello se concede el término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas tanto por PROTECCION S.A. como por COLPENSIONES conforme a lo motivado.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS DE ESTA INSTANCIA a las demandadas y a favor del demandante. Liquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de PROTECCION S.A. y la suma de \$200.000 a cargo de COLPENSIONES.

SEXTO: CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá D.C., en favor de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente”.

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES¹ presentó recurso de apelación, manifestando, el demandante realizó su traslado al régimen de ahorro individual de

¹ **APODERADA DE COLPENSIONES (Record: 28:08)** Gracias su señoría, siendo esta la oportunidad procesal pertinente de manera respetuosa, me permite interponer recurso de apelación, ante el honorable Tribunal Superior Sala Laboral de Bogotá para que se revoque en su totalidad la sentencia acabada de proferir, pero es de tener en cuenta que el traslado se realizó el demandante al RAIS, se realizó de manera libre, voluntaria, sin presiones indebidas y en cumplimiento a las solemnidades legales, respecto a la carga de la prueba y al deber de información, pues en este caso en particular las más afectada es Colpensiones, y esto en cuanto a la sostenibilidad del sistema pensional máximo, cuando la afiliación se dio para el año 95, queriendo decir esto, (inaudible) durante más de 2 décadas a la fecha configurándose imposible probar dicha circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental del mismo que la Corte Suprema utiliza como aplicación para el deber de información el Decreto 663 de 1993, pues este deber solo se (inaudible) 1748 de 2014, y el decreto (inaudible) 2015, pues solo para el engañoso traslado, se tenía en cuenta, era el formulario de afiliación para probar el consentimiento, para poder probar la afiliación de manera libre, voluntaria, sin presiones e informado con las leyes que surgieron entre el año 1993, y 2014 no exigía nada diferente a ese documento de afiliación donde cursaba, pues la (inaudible) de permanecer al régimen de ahorro individual, siendo el caso del señor demandante, el cual suscribió el formulario y realizó el traslado para el año 1995 y también (inaudible) presunta falta de información, se produce un efecto cierto y adverso como la de perder el régimen de transición pensional, se trata de una situación del afiliado, pues una vez no puede, trasladarse de régimen y (inaudible) con esa pensional en ese caso, del señor demandante, como lo expone en su escrito de demanda, encuentra en esta clase de acción la oportunidad ideal para obtener un beneficio indebido al buscar ignorar las normas que regulan de forma clara, los términos y oportunidades, en que debe surtirse la nulidad entre regímenes, siendo claro que, pues este último escenario no es el objeto de protección y el alcance de (inaudible).

Por último, y en caso de que los Honorables Magistrados, no se acojan a los argumentos expuestos por mi representada y en consecuencia, la Sala confirme la providencia objeto de alzada, solicito respetuosamente se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la Cuenta de Ahorro Individual del demandante, como son las cuotas abonadas al Fondo de Garantía de pensión mínima, rendimientos, (inaudible) bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración y los demás a los que hubo lugar previamente indexados por el período en que permaneció afiliado el demandante al régimen de ahorro individual, toda vez que mi representada no podrá dar cumplimiento hasta tanto, pues la defensa reintegre los recursos.

En igual sentido solicitó, no sé condene en costas a mi representada, toda vez que no participó en el acto que se presumen ineficaz y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre 2 partes ajenas a Colpensiones. En ese sentido, dejo sustentado el recurso de alzada solicitando, una vez más se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las órdenes y condenas impartidas en su contra. Gracias.

manera libre, voluntaria y en cumplimiento de las solemnidades legales. Respecto a la carga de la prueba y el deber de información, explicó, la nación se ve afectada en cuanto a la sostenibilidad del sistema de pensiones, máxime cuando la afiliación se dio para el año de 1995, queriendo decir esto que han transcurrido aproximadamente. 2 décadas, configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental, aunque el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema utiliza como norma para aplicación al deber de información el Decreto 663 de 1993, sin embargo, este deber solo se materializó a través de la Ley 1748 y el Decreto 2071 al 2015, ya que los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre, voluntario e informado por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde costaba la voluntad de pertenecer al régimen de ahorro individual, siendo el caso del demandante, quien suscribió el formulario y realizó el respectivo traslado para 1995 con la AFP PROTECCIÓN.

Por otra parte, solicitó condicionar el cumplimiento de la sentencia, previo a la devolución de la totalidad de la suma asegurada en la cuenta de ahorro individual del demandante, como son las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración y los demás a los que hubo lugar, debidamente indexados por el período en que permaneció afiliada a estos fondos el demandante, toda vez que la entidad no podrá dar cumplimiento hasta tanto, no sean reintegrados los recursos. Asimismo, pidió no se condene en costas.

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 13 y 14, archivo «01DemandaAnexos.pdf»), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 7 a 13, ibídem), aspirando se declare la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS, en consecuencia se ordene a la AFP PROTECCIÓN proceda a trasladar al RPM la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual, rendimientos y demás dineros o bonos a su favor, igualmente se ordene a Colpensiones a recibirlo como afiliado en el RPM recibiendo los aportes y los rendimientos a que hubiere lugar, derechos *ultra* y *extra petita*,

costas del proceso y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al régimen de ahorro individual el 13 de octubre de 1995, con fecha de efectividad el 01 de noviembre de la misma anualidad, por intermedio de PROTECCION S.A. en consecuencia, declaró como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, se condenó a PROTECCION S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un (1) mes, la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado de régimen tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde la afiliación a ese fondo y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor JORGE ALBERTO BOHORQUEZ CASTRO, se condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar la historia laboral y se condenó en costas a las codemandadas y a favor del demandante.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCION no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante al momento del traslado, precisando, ni tan siquiera le explicó las consecuencias de su traslado, sin que tampoco se haya obtenido confesión alguna por parte del demandante en su interrogatorio de parte.

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

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 15 de agosto de 1958 (pág. 161, archivo 01), por lo que la edad de 62 años los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES 6 de marzo del 2023 y ante PROTECCIÓN el 3 de abril del 2023 (págs. 133 a 139, archivo 01), esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 64 años-; de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para a 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, había cotizado al sistema 529.71 semanas (Historia Laboral válida para bono pensional, página 44, archivo 09)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.

No obstante, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el demandante a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **13 de octubre de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1º de noviembre de 1995** (página 41, archivo 09 y página 3 archivo 17), por afiliación que hiciera a PROTECCIÓN, 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

3

SUBTOTALES

HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL											
https://www.bonospensionales.gov.co/BonosPensionales/jsp/Principal.jsp																	
11/8/23, 18:50 Resumen Historia Laboral																	
LABORADOS			LICENCIAS / MORAS			SIMULTANEOS			LABORADOS			LICENCIAS / MORAS			SIMULTANEOS		
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas		
3708	529.71	0	0.00	0	0.00	4279	611.29	0	0.00	0	0.00	4279	611.29	0	0.00		
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS											
DIAS: 3708			SEMANAS: 529.71			DIAS: 4279			SEMANAS: 611.29								
El número de semanas se calculó con días calendario																	

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*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 SL2877-2020):

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

«(...)

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

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

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

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

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

Así las cosas, 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 demandante al fondo accionado PROTECCIÓN.

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

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.

SL1421-2019, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1689-2019, destacando de la referida sentencia CSJ SL1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“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».

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

(...)

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

(...)

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información 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 actor (*Audiencia 24 de octubre del 2023, record: 14:13 Archivo 13*) no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para el año 1997, cuando se afilió a PROTECCIÓN no le dieron información alguna ya que un asesor le dijo que el extinto ISS se acabaría y que perdería el dinero, teniendo que suscribir únicamente el formulario, sin que le brindaran información frente a las implicaciones, que si bien, fue de manera voluntaria se produjo por el miedo de perder los aportes, es decir, no confesó que se le haya informado de las características, ventajas y desventajas del RAIS.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, el demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, olvidando PROTECCIÓN ponerle de presente

aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada.

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 (Página 3, archivo 17) este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP 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 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 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 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.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año **1995**, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (**13 de octubre de 1995 , efectivo el 1º de noviembre 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.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, comisiones,

las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁶, 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 utilidades⁷, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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.**”*

En la misma dirección, 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 de los anteriores conceptos, 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:

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

«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 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, 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 CSJ SL2877-2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁸ (páginas 24 y 25 Archivo 06), 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.

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 resolutive 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 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, 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.

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.

⁸ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 24 de septiembre de 2023 «Archivo 10».

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

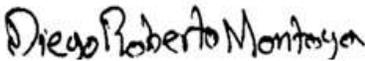
RESUELVE

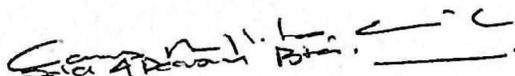
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primer grado en el sentido de **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los conceptos objeto de devolución deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de 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 TUPAZPARRA

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

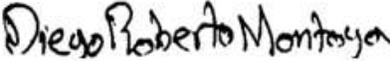
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JUAN GABRIEL VILLALOBOS GIRALDO CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- (RAD. 16 2021 00176 01).

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada SIRENA ESTEFANIA ROSERO RIVERA, como apoderado de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, en los términos y para los efectos del poder conferido en la escritura No. 167, como abogada adscrita a la sociedad EUNOMIA ABOGADOS S.A.S


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 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 la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de julio del 2023 (*Audiencia virtual archivo 16, expediente digital, récord 1:15:35*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP- de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por el demandante señor JUAN GABRIEL VILLALOBOS GIRALDO, identificado con cédula de ciudadanía número 14.878.718.

SEGUNDO: ACOGER la excepción de inexistencia de la obligación alegada por la demandada, y por el resultado de la litis se obtiene el juzgado pronunciamiento sobre las demás excepciones.

TERCERO: Se CONDENA EN COSTAS de la instancia a la parte demandante, practíquese la liquidación por secretaría incluyendo el monto de Trescientos Cincuenta Mil Pesos (\$350.000) moneda corriente, como valor de las agencias en derecho.”

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la parte actora, la apeló señalando¹, las pruebas documentales y los antecedentes jurisprudenciales dan fe que lo solicitado en la presente demanda denota su viabilidad jurídica, generando un reto para quienes fueron trasladados el 26 de junio de 2003 a las Empresas Sociales del Estado extinguidas del ISS, despojando de la Convención Colectiva a

¹ **Recurso Demandante (récord 1:16:33, archivo 16):** “Su Señoría como apoderado del señor Juan Gabriel Villalobos Giraldo, presento recurso de apelación contra la sentencia dictada en la presente proceso, sustentado en los siguientes términos, los hechos, las pruebas documentales y los antecedentes jurisprudenciales dan fe que lo solicitado en la presente demanda denota su viabilidad jurídica, como cuando presenté los alegatos de conclusión se dijo claramente que se abre paso de esta forma una vía cierta para que los procesos pendientes de fallo en la Sala Laboral de la Corte tengan iguales resultados y se genera un nuevo reto jurídico para quienes fueron trasladados en junio 26 de 2003 a las Empresas Sociales del Estado extinguidas del ISS, despojándolos de la Convención Colectiva a las que tenía derecho como trabajador oficial del ISS, precisamente Juan Gabriel Villalobos, cuando sale del Seguro Social que fue la última entidad estatal em que laboró, era trabajador oficial. Por ende, esa connotación bajo el marco, el principio de favorabilidad se le debe respetar al señor, máxime que el artículo 101 de acumulación de tiempo de servicios dice que los servicios prestados sucesivos o alternativamente en las demás entidades de derecho público, podrá acumularse para el cómputo del tiempo requerido para poder tener derecho a la pensión de jubilación y el monto correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo laborado en cada una de tales entidades.

En ese caso, la cuantía de la pensión será del 75% del promedio percibido en el último año de servicios por concepto de todos los factores de remuneración que constituyen salario. Como lo expresé el último momento de labor y prácticamente la esencia, carta de navegación de la presente demanda es la Convención Colectiva de trabajadores del Seguro Social 2001-2004, suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el señor Juan Gabriel Villalobos oficiaba como trabajador oficial precisamente cuando culminó, sus últimos años, cierto como trabajador de la institución que brinda esta prestación económica y la llamada pensión de jubilación. En estos términos, su Señoría, fundamento, el recurso de apelación y haré extensiva, en detalle contra los argumentos esbozados, en el cual se está diciendo un 100% de los 20 años como trabajador oficial, en el cual como abogado he estado representando a muchos ex trabajadores del seguro social que han sido empleados públicos y el final de su época laboral fueron trabajadores oficiales y ya se les pagó su pensión de jubilación.

En estos términos, presento, reitero el recurso de apelación solicitando a los Honorables Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior, despachar favorablemente la sentencia de segunda instancia en la totalidad de las pretensiones de la demanda a que tiene derecho el señor Juan Gabriel Villalobos Girona.”.

quienes tenían derecho como trabajadores oficiales del ISS, precisamente, el señor Juan Gabriel Villalobos, cuando salió del Seguro Social que fue la última entidad estatal en que laboró, era trabajador oficial. Por ende, esa connotación bajo el marco del principio de favorabilidad se le debe respetar, máxime, que el artículo 101 de acumulación de tiempo de servicios dice que los servicios prestados sucesivos o alternativamente en las demás entidades de derecho público, podrán acumularse para el cómputo del tiempo requerido para tener derecho a la pensión de jubilación y el monto correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo laborado en cada una de tales entidades.

En este caso, relató, la cuantía de la pensión será del 75% del promedio percibido en el último año de servicios por concepto de todos los factores de remuneración que constituyen salario, ajustándose al contenido de la Convención Colectiva de trabajadores del Seguro Social con vigencia 2001-2004, suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JUAN GABRIEL VILLALOBOS GIRALDO en este ordinario, las pretensiones relacionadas en las páginas 7 a 8, Archivo 1 expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a páginas 5 a 7 (ibidem) solicitando:

1 *El señor JUAN GABRIEL VILLALOBOS GIRALDO como ex trabajador oficial del ISS, es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajadores del ISS suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, (Anexa a la presente) cuya vigencia de conformidad al artículo 2 de la misma, iba a tres años contados a partir del primero de noviembre del 2001 hasta el 31 de octubre del 2004. Salvo los artículos que en la presente Convención se les haya fijado una vigencia diferente, como*

*es el derecho convencional objeto de la presente demanda, **Pensión de Jubilación** citado en su artículo 98, el cual exige la edad de 55 años de edad para su género y 20 años de servicio como trabajador oficial, continuo o discontinuo al ISS.*

*Como consecuencia de lo anterior se condene a la **UGPP Unidad de Gestión Pensional y Para fiscal** a pagar al promotor de la demanda lo siguiente:*

- 1.1. **La PENSION DE JUBILACION**, que se tiene derecho de conformidad con la Convención Colectiva para ese efecto, a partir del día siguiente al cumplimiento de los dos requisitos y ello se configuró **el día 13 de septiembre del 2013**, por lo anterior se le debe aplicar el Artículo 101 de la Convención Colectiva de Trabajadores del ISS, el cual anuncia que los servicios prestados sucesiva o alternativamente en las demás entidades de derecho público, podrá acumularse para el computo del tiempo requerido para poder tener derecho a la Pensión de Jubilación y 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 de conformidad al promedio mensual, que se encuentran en el CETIL a folios 50 al 54 de la demanda, generando una Primera Mesada Pensional al 2013 de \$3.068.628*
- 1.2. **El RETROACTIVO** que se genera partir de septiembre del 2013 hasta el momento de la fecha de pago de la obligación y en la medida en que el demandante obtenga derecho a la Pensión de Vejez, Colpensiones asume la Pensión de Vejez, la cual a partir de esa fecha será compartida, asumiendo el mayor valor la UGPP, si lo hubiere.*
- 1.3. **LOS INTERESES MORATORIOS** del cual se debe tener en cuenta la sentencia C-601 del 2000 que declaro exequible el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, interpretando que esos intereses se aplica para todo tipo de pensiones y en aplicación analógica a la pensión legal, se debe otorgar los mismos 4 meses del artículo 9 de la Ley 797 del 2003, para que la demandada hubiese reconocido el derecho, por lo tanto, al haber solicitado el derecho pensional el 11 de diciembre del 2020, contaba la UGPP hasta el 11 de marzo del 2021 como el plazo de gracia para otorgar el derecho, por lo tanto se generan intereses moratorios a partir **del 11 de marzo del 2021**, los que se deben liquidar sobre todo el Retroactivo Pensional y a la fecha del pago de la obligación.*
- 1.4. **En subsidio de la petición anterior**, referente a la **Sanción Por Mora**, solicito se condene a la U.G.P.P. a la **INDEXACIÓN DE LAS SUMAS A RECONOCER**.*
- 2 **Que se condene a la UGPP Unidad de Gestión Pensional y Para fiscal** Representada legalmente por la Dra. **Gloria Inés Cortes Arango y/o Quien Haga Sus Veces** a pagar las **Costas Procesales y/o Agencias En Derecho** a que haya lugar y demás conceptos que **Ultra y Extra Petita** se logren demostrar en el proceso.*

Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto se absolvió a la UGPP a reconocer y pagar la pensión de jubilación convencional, 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, No obstante, el demandante únicamente acreditó como trabajadora oficial 11 años de servicios prestados al ISS comprendidos entre el 1° de abril de 1997 al 31 de agosto de 2008, no cumpliendo con uno de los requisitos establecidos en la norma convencional para ser beneficiario de la pensión de jubilación de que trata el artículo 98 de la convención colectiva suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial, ya que no reúne los 20 años de servicios continuos o discontinuos al ISS, como trabajador oficial. Asimismo, advirtió que aun sumando todos los tiempos que contempla el artículo 101 Convención Colectiva no se cumplen los 20 años.

Así las cosas, y en aras de resolver la apelación de la parte actora, en primer lugar valga señalar como el fundamento jurídico de las pretensiones del demandante lo es una norma de carácter convencional, se tiene que fue 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 74 a 151, archivo 01 del expediente digital) el cual cuenta con su respectiva constancia de depósito (pág. 74 y 147, ibíd.)², sin que ahora se discuta la aplicabilidad de los beneficios convencionales al actor, precisándose en lo que atañe a la vigencia de la convención 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, sin embargo, resulta que la pensión prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita con el ISS fijó una vigencia diferente a la estipulada en su artículo 2°, la cual se extiende hasta el **2017**, por lo que ese

² 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.

EXP. No. 16 2021 00176 01 JUAN GABRIEL VILLALOBOS GIRALDO CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-

plazo inicialmente pactado por las partes ha de respetarse, quedando por determinar ahora si para el año 2017 el demandante cumplía con los requisitos establecidos en la norma convencional para acceder a la pensión de jubilación reclamada. (Al respecto ver sentencia SL-3635 del 16 de septiembre del 2020)

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 ELECTRÓNICA DE TIEMPOS LABORADOS -CETIL- así: (Archivo 1 del expediente digital, páginas 40 a 47):

- HOSPITAL SAN BERNABÉ E.S.E.

DATOS DE LA ENTIDAD CERTIFICADORA													
Nombre:		HOSPITAL SAN BERNABE E.S.E				NIT:		891,809,659					
Dirección:		CR 7 CL 6 ESD		Departamento:		VALLE		Municipio:		BUGALAGRANDE			
Teléfono Fijo:		2935322		Correo Electrónico:		subgerente@hospitalсанbernabe.gov.co		Código DANE:		76113			
DATOS DE LA ENTIDAD EMPLEADORA													
Nombre:		HOSPITAL SAN BERNABE E.S.E				NIT:		891,809,659		Fecha en que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones:			
Junio 30 de 1955													
DATOS DEL EMPLEADO													
Tipo de Documento:		C		Documento:		14,878,718		Fecha de Nacimiento:		Septiembre 13 de 1958			
Primer Apellido:		VILLALOBOS		Segundo Apellido:		GIRALDO		Primer Nombre:		JUAN			
								Segundo Nombre:		GABRIEL			
PERIODOS CERTIFICADOS													
Desde (DD-MM-AAAA)	Hasta (DD-MM-AAAA)	Tipo de Vinculación	Tipo de Empleado	Cargo	Aportes Pensión	Aportes Salud	Aportes Retiro	Fondo Aporte	Entidad Responsable	Total No. Días Interrupción	Carga de Alto Riesgo	Tiempo Completado	Horas Semanales Laboradas
01-04-1982	31-03-1982	LABORAL	PUBLICO	Odonólogo (a)	NO	NO	NO	ANUQUANO	DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA	0	NO	SI	

- DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA

DATOS DE LA ENTIDAD CERTIFICADORA													
Nombre:		DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA				NIT:		890,399,029					
Dirección:		CALLE 10 CRA 6 Y 8 PISO 3		Departamento:		VALLE		Municipio:		CALI			
Teléfono Fijo:		6200000		Correo Electrónico:		bonospensionales@valledelcauca.gov.co		Código DANE:		76001			
DATOS DE LA ENTIDAD EMPLEADORA													
Nombre:		DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA				NIT:		890,399,029		Fecha en que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones:			
Junio 30 de 1955													
DATOS DEL EMPLEADO													
Tipo de Documento:		C		Documento:		14,878,718		Fecha de Nacimiento:		Septiembre 13 de 1958			
Primer Apellido:		VILLALOBOS		Segundo Apellido:		GIRALDO		Primer Nombre:		JUAN			
								Segundo Nombre:		GABRIEL			
PERIODOS CERTIFICADOS													
Desde (DD-MM-AAAA)	Hasta (DD-MM-AAAA)	Tipo de Vinculación	Tipo de Empleado	Cargo	Aportes Pensión	Aportes Salud	Aportes Retiro	Fondo Aporte	Entidad Responsable	Total No. Días Interrupción	Carga de Alto Riesgo	Tiempo Completado	Horas Semanales Laboradas
21-10-1958	30-11-1959	LABORAL	PUBLICO	Jefe de Sección	NO	NO	NO	NRUNO	DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA	0	NO	SI	

- INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

DATOS DE LA ENTIDAD CERTIFICADORA													
Nombre:		PATRIMONIOS AUTONOMOS DE LA SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. PAR ISS				NIT:		830,053,630 - 974					
Dirección:		CALLE 37 No. 20 - 27		Departamento:		BOGOTA		Municipio:		BOGOTA			
Teléfono Fijo:		4872007 EXT. 7101		Correo Electrónico:		felipe.negret@issliquidado.com.co		Código DANE:		11001			
DATOS DE LA ENTIDAD EMPLEADORA													
Nombre:		INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES				NIT:		860,013,816		Fecha en que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones:			
Abril 1 de 1994													
DATOS DEL EMPLEADO													
Tipo de Documento:		C		Documento:		14,878,718		Fecha de Nacimiento:		Septiembre 13 de 1958			
Primer Apellido:		VILLALOBOS		Segundo Apellido:		GIRALDO		Primer Nombre:		JUAN			
								Segundo Nombre:		GABRIEL			
PERIODOS CERTIFICADOS													
Desde (DD-MM-AAAA)	Hasta (DD-MM-AAAA)	Tipo de Vinculación	Tipo de Empleado	Cargo	Aportes Pensión	Aportes Salud	Aportes Retiro	Fondo Aporte	Entidad Responsable	Total No. Días Interrupción	Carga de Alto Riesgo	Tiempo Completado	Horas Semanales Laboradas
12-03-1955	09-07-1955	LABORAL	PUBLICO	Odonólogo (a)	SI	NO	NO	ISS/COLPENSIONES	COLPENSIONES	0	NO	SI	
11-07-1955	08-13-1955	LABORAL	PUBLICO	Odonólogo (a)	SI	NO	NO	ISS/COLPENSIONES	COLPENSIONES	0	NO	SI	
09-10-1955	05-02-1956	LABORAL	PUBLICO	Odonólogo (a)	SI	NO	NO	ISS/COLPENSIONES	COLPENSIONES	0	NO	SI	
07-02-1956	08-03-1956	LABORAL	PUBLICO	Odonólogo (a)	SI	NO	NO	ISS/COLPENSIONES	COLPENSIONES	0	NO	SI	
24-05-1956	31-10-1956	LABORAL	PUBLICO	Odonólogo (a)	SI	NO	NO	ISS/COLPENSIONES	COLPENSIONES	0	NO	SI	
26-06-1991	31-03-1997	LABORAL	PUBLICO	Odonólogo (a)	SI	NO	NO	ISS/COLPENSIONES	COLPENSIONES	0	NO	SI	
01-04-1997	31-05-2008	LABORAL	OFICIAL	Odonólogo (a)	SI	NO	NO	ISS/COLPENSIONES	COLPENSIONES	0	NO	SI	

De este modo, con el fin de determinar si el actor es o no beneficiario de la pensión convencional reclamada, debe la Sala de manera preliminar 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 – 2015³ 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 inexecutable 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. 3°, al referirse a la clasificación de los funcionarios al servicio del dicho instituto, determinó:

Art. 3°.- 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.

³ Reiterada entre otras muchas, en las sentencias CSJ SL17783-2016, CSJ SL2081-2018, CSJ SL4119-2021, CSJ SL795-2022 y CSJ SL3281-2022.

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.

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. 1° 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. 9° 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. 1° 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 inexecutable, el parágrafo del art. 235 de la L. 100 /1993 y el inc. 2° del art. 3° del D.L. 1651/1977 citado. Dicha providencia estableció en su parte resolutive que sólo produciría efectos hacia el futuro, a partir de su ejecutoria.

Finalmente, el art. 1° 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 Secretarías 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 1977⁴ 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 ODONTÓLOGO desde el 12 de marzo de 1985 y hasta el 31 de agosto de 2008 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 EMPLEADO PÚBLICO del 12 de marzo de 1985 y hasta el 19 de noviembre de 1996** y como TRABAJADOR OFICIAL del 20 de noviembre de 1996 hasta el 31 de agosto de 2008.

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 31 de agosto de 2008** (conforme lo certificado por el CETIL, páginas. 54 a 58, Archivo 1 expediente digital), esto es, **espacio de 4.241 días, equivalentes a 11 años, 9 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 186, archivo 08, 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 jubilación

⁴ Fecha de publicación en el Diario Oficial No. 34.840 del Decreto 1653 de 1977.

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.

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 artículo 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 las normas convencionales arriba transcritas, se extrae que el beneficiario de las citadas cláusulas 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 anhelado, precisándose, si bien el accionante como inicialmente se anotó, prestó sus servicios además del ISS en el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA⁵

⁵ - NATURALEZA JURIDICA. DPTO VALLE DEL CAUCA, es un ente corporativo descentralizado, de carácter público, creado por la Ley y organizada conforme al Decreto Ley 3110 de 1954 y transformada por la Ley 99 de 1993 y el Decreto Legislativo 1275 de 1994.

y en el HOSPITAL SAN BERNABÉ E.S.E⁶. como odontólogo, conforme se señala en los respectivos CETIL, por ende, tan solo ostento como trabajador oficial al servicio del ISS por el periodo atrás citado -20/11/1996 a 31/08/2008- **11 años, 9 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.»

⁶ Las ESE “son una nueva categoría dentro del catálogo de entidades administrativas del orden descentralizado, que tienen naturaleza, características y especificidades propias, lo cual impide confundirlas con otro tipo de entidades públicas”. Dichas entidades tienen personería jurídica independiente, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente; y, por tanto, son sujetos de obligaciones y derechos (Sentencia C-171 de 07/03/12, expediente D-8666, M.P Luis Ernesto Vargas Silva).

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, agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio del recurso de apelación interpuesto el demandante, se habrá de confirmar la sentencia de primera instancia conforme a las consideraciones expuestas.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

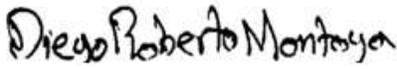
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

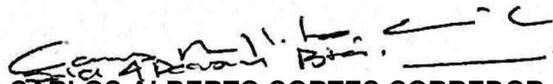
RESUELVE

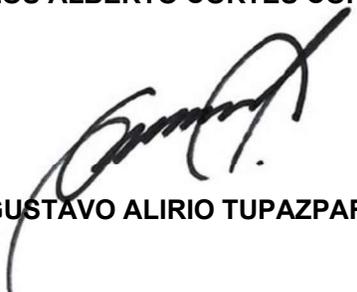
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia, de acuerdo con las consideraciones expuestas.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR


GUSTAVO ALIRIO TUPAZPARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$1.160.000, a cargo de la parte 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 MARIBEL GUTIERREZ ROJAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 09 2021 00316 01).

Bogotá D.C. doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada LUISA FERNANDA RODRIGUEZ BONILLA como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO, en su calidad de abogada perteneciente a la UNIÓN TEMPORAL DEFENSA PENSIONES.



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 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 la Juez 9ª Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 4 de agosto de 2023 (*Exp. Digital: audio archivo 26, récord: 17:47*), en la que se resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Maribel Gutiérrez Rojas, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, al RAIS administrado por Protección S.A., el 16 de septiembre de 1997.

SEGUNDO. CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. CONDENAR a Colpensiones a recibir de Protección, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas.

CUARTO. DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

QUINTO. COSTAS. Lo serán a cargo de Protección S.A. Tásense por Secretaría y fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

SEXTO. DE NO SER APELADO esta decisión, remítase ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 69 CPTSS”.

Inconforme con la decisión COLPENSIONES señaló en su apelación¹, ser un tercero de buena fe exenta de culpa, y por ende no poder ser sancionado con una

¹ **APODERADO COLPENSIONES:** Su Señoría, dentro la oportunidad procesal, me permito presentar recurso de apelación en contra de la decisión que se profiere en esta instancia.

Lo anterior en siguientes términos, en primera medida Colpensiones es un tercero de buena fe exenta de culpa, por consiguiente, no podría ser entonces sancionado con una actuación de una entidad a que no le corresponde, pues si bien la señora solicitó una anulación, no estaba dentro de la oportunidad legal que le establecía la norma, es decir, se encontraba dentro de una prohibición contenida en la Ley 797 del 2003, exactamente en su artículo 2, pues ya se encontraba con menos de 10 años para adquirir su estatus de pensionado, es decir, su edad de pensión, no fue entonces, sino que hasta el 2020 en la que decidió a través de un oficio dirigido a Colpensiones, solicitar el traslado, solicitar inclusive la nulidad de un acto que no estaba en cabeza de Colpensiones sino de la AFP, para poder volver al régimen de prima media con prestación definida.

Dentro de los términos procesales Colpensiones claramente en apego a la ley, le dio respuesta y le indicó que era imposible realizar esa situación porque efectivamente existía esa prohibición legal, por ello imponer una carga diferente a las entidades a la que represento generaría una obligación de un soporte (...) no sería razonable ni jurídicamente válida imponer estas cargas diferentes o mejor soportar cargas diferentes a la entidad a la que represento, sin apego a la normatividad vigente.

Ahora bien, en establecer frente a la carga de la prueba recae única exclusivamente en la cabeza de la AFP, tras (inaudible) lo señalado por la Corte en las sentencias referidas a este tipo de decisiones, encontramos que hasta el año 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con los consentimientos vertidos en el formulario de afiliación para aprobar el consentimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1993 y 2016, no exigían nada diferente al documento de afiliación

actuación de una entidad a que no le corresponde, pues si bien la demandante solicitó una anulación, no estaba dentro de la oportunidad legal que le establecía la norma, es decir, se encontraba dentro de una prohibición contenida en la Ley 797 del 2003, pues ya se encontraba con menos de 10 años para adquirir su estatus de pensionado, es decir, su edad de pensión.

Indica que hasta el año 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con los consentimientos vertidos en el formulario de afiliación para aprobar el consentimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1993 y 2016, no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es por ello que, imponer cargas adicionales a la prevista en estas leyes de la época se constituiría en una situación de carácter imposible de cumplir por parte de las AFP.

Menciona, el principal propósito que tuvo el legislador de establecer esa prohibición es proteger el fondo común por medio del cual Colpensiones usa para pagar las respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplen con los requisitos estipulados en la normatividad pensional y así no generar un desequilibrio patrimonial, advirtiendo los recursos que recibe la administradora por

donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Es por ello que, imponer cargas adicionales a la prevista en estas leyes de la época se constituiría en una situación de carácter imposible de cumplir por parte de las AFP.

De igual forma, pongo de presente a los Honorables Magistrados, siendo reiterativo en la existencia de la prohibición legal contenida en la Ley 797 del 2002, pues claramente y evidentemente se desarrolla tal situación, pues la señora tenía hasta el 2012 para presentar la solicitud, no lo hizo Colpensiones en caso tal de lo que lo hubiese hecho, hubiese aceptado su traslado, pero no, no es entonces suficientemente ello para poder generar una sanción en contra de esta entidad

De igual forma, es del caso mencionar, el principal propósito que tuvo el legislador de establecer esa prohibición es proteger el fondo común por medio del cual Colpensiones usa para pagar las respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplen con los requisitos estipulados en la normatividad pensional y así no generar un desequilibrio patrimonial, así como debe tenerse en cuenta que los recursos que recibe la administradora por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo, sustentado en lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional en sentencia, 1024 del 2004 y en la C-062 del 2010, en la cual contempla la capitalización del sistema.

Ahora bien, en caso tal de que no se llegase a establecer una modificación a la sentencia, le ruego a los Honorables Magistrados, se lleve a cabo o mejor que se condicione la sanción impuesta, a o mejor que se mantenga la condena impuesta a la AFP en el entendido que debe reintegrar la totalidad de las cotizaciones que recibió tal cual como se indica y se condicione que Colpensiones, no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto la AFP reintegre los recursos a mí representada y actualice la información de los demandantes en las respectivas bases de datos.

De igual forma, pues no solicitar condena en costas, atendiendo a que Colpensiones actuó diligentemente en su ejercicio de defensa y el de los afiliados que están vinculados con esta entidad. Por ello, sin más, su Señoría entonces dejaría sentados mi recurso a fin de que sea el superior quien resuelva, lo que corresponda, gracias.

concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo.

Indica que en caso de no modificarse la sentencia se condicione la sanción impuesta, en el entendido que la AFP debe reintegrar la totalidad de las cotizaciones que recibió tal cual como se indica y se condicione a que Colpensiones, no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto la AFP reintegre los recursos a su representada.

Finalmente solicita no se condene en costas, atendiendo a que Colpensiones actuó diligentemente en su ejercicio de defensa y el de los afiliados que están vinculados con esta entidad.

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 115 y 116 del archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 113 a 115, ibídem), 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 junio de 1997 ante la AFP PROTECCION S.A., por existir engaño y asalto a la buena fe viciando su consentimiento, para que se trasladara al régimen de ahorro individual al que pertenece dicha administradora. En consecuencia se ordene a PROTECCIÓN S.A, 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 a COLPENSIONES, entidad que deberá recibir en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (RPM) a la demandante y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad, que se condene al pago de costas y lo que resulte probado extra y ultra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS concretamente a PROTECCIÓN S.A., en

consecuencia, se ordenó a trasladar a COLPENSIONES los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales (si los hubiere) que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno disponiendo a COLPENSIONES recibir todos los valores que fueran trasladados y abonarlos en el fondo común. **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 para con la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 16 de junio de 1965 (páginas 58 y 59 del Archivo 01 expediente digital), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PROTECCIÓN y COLPENSIONES el 14 y 25 de agosto del 2020 respectivamente (páginas 74 a 80 y 94 a 99, archivo 01), 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

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

las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado al sistema 464,14 (*Historia Laboral validad para bono pensional Archivo 05, página 33 expediente digital*)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.

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 en el proceso, acaeció el **16 de septiembre de 1997** con fecha de efectividad a partir del **1° de noviembre de ese año** (*Páginas 31 y 34, Archivo 05 del expediente digital*) por afiliación que hiciera a 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.

3

SUBTOTALES						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
3249	464.14	0	0.00	0	0.00	4510	644.29	0	0.00	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DÍAS: 3249		SEMANAS: 464.14		DÍAS: 4510		SEMANAS: 644.29					
El número de semanas se calculó con días calendario											

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia 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 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 2011⁵, 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 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”.

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

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

(…)

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

(…).

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

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

“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.

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 accionante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que al lugar de su trabajo llegó un asesor de Protección informado que el ISS se iba acabar y que si no se trasladaba podía perder sus aportes, además que se podía retirar y/o pensionar a la edad que ella eligiera, precisando que no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento, tan solo que en ese fondo privado tendría mayor estabilidad.

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 PROTECCIÓN haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

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 (*Página 31, Archivo 05 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 dicha AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye

⁶ *Interrogatorio Demandante, récord 11:41, archivo 25*

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1997, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP 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 PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (16 de septiembre de 1997, efectivo el 1° de noviembre 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.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, 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 por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema

de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente a la demandante como su afiliada.

Precisándose en este punto, en virtud de la consulta que se surte en favor de Colpensiones, esta Sala de decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado para 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.»

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 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).

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 resolutive de la providencia.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁷ (Páginas 14 y 15, Archivo 04 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.

Por último, sea del caso indicar, no hay lugar a pronunciamiento alguno frente a la condena en costas impuestas en primera instancia, toda vez que, las mismas fueron a cargo de la codemandada **PROTECCIÓN S.A.** y no de la entidad recurrente, **COLPENSIONES**.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se 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 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,

⁷ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 26 de mayo de 2023, archivo 16 expediente digital.

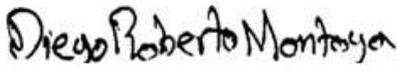
RESUELVE

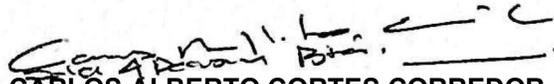
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado para **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia por parte de PROTECCIÓN, los conceptos objeto de devolución deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia 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 TUPAZPARRA

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

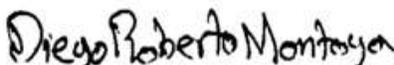
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SAMUEL JAIMES
CARREÑO CONTRA COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. (Rad.
07 2021 00234 01)**

Bogotá D.C. doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada CAMILA SOLER SÁNCHEZ, como apoderada de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido en escritura pública No. 1281 como abogada adscrita a la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.



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 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 SKANDIA y PORVENIR, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES de la sentencia proferida por la Juez 42¹ Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 8 de noviembre del 2023

¹ El expediente fue remitido por el Juzgado 7 Laboral mediante auto del 6 de junio del 2023 y se avocó su conocimiento por el Juzgado 42 Laboral del Circuito mediante auto del 9 de agosto del 2023 (Archivos 27 y 29 del expediente digital)

(Audiencia virtual, archivo 39 expediente digital, récord: 1:53:08), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional que realizó el demandante SAMUEL JAIMES CARREÑO, identificado con la cedula de ciudadanía No. 79.358.004, traslado que realizo del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por SKANDIA el 29 de agosto de 2003, así como los traslados horizontales realizados de SKANDIA a PORVENIR el 31 de julio de 2006 y de PORVENIR a SKANDIA el 14 de diciembre de 2012, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar el traslado de los dineros que efectúen las AFP SKANDIA y PORVENIR, para que proceda a activar la afiliación del demandante, como si este nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la información de su historia laboral en semanas cotizadas.

QUINTO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A de las pretensiones incoadas por SKANDIA S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.

SEPTIMO: CONDENAR en costas junto con agencias en derecho a las demandadas PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. al efecto se tasan como agencias en derecho la suma de 1SMLMV, el cual debe ser cancelado a prorrata por cada una de las demandadas.

OCTAVO: CONDENAR en costas del llamamiento en garantía a la demandada SKANDIA S.A., se tasan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV el cual deberá cancelar la demandada SKANDIA S.A., en favor de la aseguradora llamada en garantía.

NOVENO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES consúltese con el H. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en los términos que dispone el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.”

Frente a tal decisión las demandadas interpusieron recurso de la siguiente manera:

SKANDIA² indica no estar de acuerdo con la declaratoria de la ineficacia del traslado pues asegura el demandante manifestó y dio a conocer en el

² **APODERADA DE SKANDIA (Record 1:56:32)** Gracias su señoría, de manera muy respetuosa, me permito interponer sucinta recurso de apelación contra la sentencia que profirió en este (inaudible) procedo a continuación a indicar, manifestar las razones que me llevan a presentar este recurso.

Su señoría, no es usual que pues, mi representada presente en su integridad el recurso de apelación, pero pues observo que en el presente caso si daría lugar a ello, teniendo en cuenta las siguientes situaciones, lo primero es que el demandante, tal como se manifestó y se dio a conocer en el interrogatorio de parte, confesó que específicamente mi representada sí dio toda la información clara, oportuna al demandante para efectuar el traslado.

No olvidemos que varias de las preguntas realizadas por la suscrita al demandante confesó que sí se le dio una información de manera personal, dos, que sí se le dio la información, que sabía la naturaleza del traslado que estaba realizando en ese momento, el año 2003, con OLD MUTUAL hoy SKANDIA, la naturaleza, las características y las diferencias. En cuanto a las características, indicó que sabía o le fue conocedor, que sabía que al estar afiliado con SKANDIA, su pensión dependería de un ahorro y no rendimientos obtenidos a través del tiempo, sabía que pasaban con sus aportes en el momento, en su eventual fallecimiento, sabía que podía obtener una pensión de invalidez, una pensión de vejez anticipada, sabía y tenía conocimiento y conocedor y seguimiento, hacia un seguimiento de los extractos que realizaba, tanto así que el lenguaje que utilizaba en cada una de sus respuestas, denota que era conocedor y que aún tenía una información, no solamente esporádica, sino permanente y constante.

No olvidemos que una de las razones que los llevaron al demandante, trasladarse de SKANDIA a PORVENIR y nuevamente retomar a SKANDIA, fue precisamente un factor muy importante, que es el tema del acompañamiento y el asesoramiento, es decir, que el demandante siempre se sentía buscaba precisamente un factor que era precisamente el asesoramiento y el acompañamiento y en ese orden de ideas, no es dable señalar y admitir que no hubo un acompañamiento, un asesoramiento, cuando el mismo demandante, confesó que sí se le dio por parte de SKANDIA y especialmente en el año 2003 y en ese orden de ideas el demandante ha manifestado en varias de sus respuestas que específicamente entendía los extractos, y estaba muy pendiente de las subidas y las bajadas de las inversiones, y todo ese lenguaje que nos expuso en su interrogatorio de parte, denota y sabía las características y los requisitos, especialmente para obtener su pensión en el régimen de ahorro individual y por ello, Honorables Magistrados, solicito, de manera muy respetuosa, se analice, se evalúe cada una de las respuestas dadas por el demandante en el interrogatorio de parte rendido y aún más a las respuestas dadas a la suscrita frente a aclarar los hechos que contienen esta esta demanda.

En ese orden de ideas y trayendo a colación que el demandante sí, adquirió esa información, pues considera la suscrita que no debe prosperar las pretensiones contenidas en la demanda y, en su lugar, absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones contenidas en la misma por la confesión realizada por el demandante en varias de las respuestas dadas al despacho en el interrogatorio de parte.

Seguidamente y a pesar de lo señalado anteriormente Honorables Magistrados, si eventualmente se llega a confirmar la decisión de ineficacia del traslado solicitó se revoque parcialmente la decisión en dado caso en lo referente a SKANDIA de condenar a SKANDIA, de trasladar hacia Colpensiones, gastos y primas de seguros previsionales, todo ello dado que si se declara la ineficacia y si se confirma la decisión pues dicha gastos de administración no están señalados en el Decreto 3925 del año 2008 artículo 7º y desorden ideas al no estar señalados en la norma, que de manera textual y taxativa regula qué emolumentos deben trasladarse, pues no es dable en consideración de la suscrita que se generen unos trasladas de unos recursos que no tiene a su disposición la entidad que represento dado que fueran debidamente utilizados para la correcta administración y sobre todo, eficiente administración de los aportes realizados por el demandante, durante los dos periodos que estuvo afiliado con mi representada y aún más frente a las primas de seguro previsional

y esto también me lleva a presentar recurso de apelación frente a la decisión del despacho de absolver a la aseguradora MAPFRE de todas las pretensiones contenidas en la demanda de llamamiento en garantía dado que ya se materializó en el presente caso con la sentencia de 1ª instancia una ineficacia el traslado y está ineficacia, trae unos efectos, dichos efectos como vemos acá es la devolución de unas primas y teniendo en consideración que durante el tiempo que estuvo vigente el contrato de SKANDIA con la aseguradora MAPFRE, es la aseguradora quien tiene esos valores y no mi representada para cubrir las contingencias de invalidez y muerte de la aquí demandante pues debe ser la aseguradora y no SKANDIA, quien deba retornar otro trasladar dichos valores, dado que mi representada siempre en función de la Ley 100, pues cumplió con las obligaciones legales que se le exigían para dicho requerimiento de referente a los contratos de seguros previsionales, y es así que la ineficacia del traslado pues trae también unos efectos que deben ser analizados de manera muy respetuosa por el Tribunal y es que precisamente deja sin efecto alguno ese contrato de seguros previsionales, dado que no solamente debe declararse la ineficacia de contrato entre la administradora

interrogatorio de parte que su representada sí dio toda la información clara y oportuna para efectuar el traslado, sabía la naturaleza del traslado que estaba realizando en el año 2003, las características y las diferencias, conocía que su pensión dependería de un ahorro y no rendimientos obtenidos a través del tiempo, sabía que pasaba con sus aportes en el momento, en su eventual fallecimiento, que podía obtener una pensión de invalidez, una pensión de vejez anticipada y hacia un seguimiento de los extractos que realizaba, solicitando por ende se evalúe cada una de las respuestas dadas por el demandante en el interrogatorio de parte rendido.

Por otra parte, aduce en caso de confirmarse la decisión no está de acuerdo con la orden de la devolución de gastos de administración y seguros previsionales aduciendo el Decreto 3925 del año 2008, artículo séptimo, contempla cuáles son esos rubros que deben trasladarse y en esa normatividad, no se encuentran contemplados, los referidos gastos de administración ni prima de seguros, de modo que no deben ser trasladados hacia el régimen de prima media.

En cuanto al llamamiento en garantía, expresa en virtud de la condena impuesta la aseguradora MAPFRE es quien debe responder pues al declararse esta ineficacia se dejó sin piso alguno el contrato de seguros previsionales que también surgió a raíz del contrato que nació entre su representada y la parte demandante, y eso es así porque el Código de Comercio, señala que cuando falta alguno de los elementos esenciales del contrato de seguros, como es el interés asegurable, se deja sin efecto alguno este contrato y la misma norma señala que debe la aseguradora, en este caso Mapfre, restituir las sumas percibidas.

PORVENIR³ señala igualmente su inconformidad frente a la declaratoria de la ineficacia por cuanto en su sentir del interrogatorio de parte, se logró sustraer que

y el afiliado, sino también los contratos que nacieron a raíz de este y es precisamente ese contrato de seguros previsional y en ese orden de ideas el Código de Comercio, ha señalado que al perderse uno de los elementos esenciales del contrato de seguros, que es el interés asegurable, el cual se pierde con esta sentencia con la ineficacia del traslado, pues el artículo 1137 del Código de Comercio indica que debe la aseguradora restituir las primas percibidas. En consecuencia, Honorables Magistrados encuentra SKANDIA de respaldo de orden legal que llevan a solicitar de manera muy respetuosa la revocatoria de la sentencia referente a la decisión de absolver a la aseguradora Mapfre y sea condenada a la aseguradora a trasladar dichos valores a las que ha sido condenada mi representada en esta sentencia. En ese orden de ideas, su Señoría, pues en uno y en otro caso dejó por sentado mi recurso de apelación, muchas gracias.

f
³ **APODERADO DE PORVENIR (Record: 2:03:28)** Muchas gracias su Señoría siendo el momento procesal oportuno, me permito presentar y sustentar en debida forma, recurso ordinario de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de distrito judicial de Bogotá, Sala Laboral solicitándose revoca el fallo de primera instancia, ello respecto de la declaración de ineficacia y consecuentemente la condena impuesta en contra de Porvenir, lo anterior por cuanto del interrogatorio de parte, se logró sustraer que al demandante sí se le fue entregado la información suficiente completa, incluso comparada, si tenemos de presente que el asesor

al demandante sí se le fue entregado la información suficiente completa, incluso comparada, si tenemos de presente que el asesor le comentó la forma en que le quedaría su mesada pensional en ambos regímenes, informándole las variables solicitando se analice lo confesado por el demandante, para así corroborar que el presente caso no se cumplen los supuestos fácticos para declarar la ineficacia, pues insiste el demandante si tenía pleno conocimiento sobre la decisión que estaba tomando por lo cual se puede concluir que su decisión fue libre e informada.

En relación con las condenas relacionadas de trasladar los gastos de administración de los aportes indica estos tenían una finalidad establecida por la ley, la cual fue cumplida plenamente por parte de porvenir y pues no resultaría lógico condenar a un gasto que lo único que generó fue un beneficio para el demandante pues se generaron una serie de rendimientos financieros con el paso

le comentó la forma como se le quedaría su mesada pensional en ambos regímenes, informándole las variables que de ello dependía sobre entonces los regímenes pensionales, así entonces se solicita, se analiza lo confesado por el demandante, para así corroborar que el presente caso no se cumplen los supuestos fácticos para declarar la ineficacia, pues se insiste el demandante si tenía pleno conocimiento sobre la decisión que estaba tomando y podemos concluir entonces que su decisión fue libre e informada.

Por otra parte, debe decirse que las sumas correspondientes en los gastos de administración que se ordena en el presente caso a trasladar, tiene una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida previamente por mi representada, de tal suerte que esa suma ya fueron debidamente invertidas en las formas exigidas por la ley y no se encuentran en poder de la demandada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicaron la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual del demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos y cuyos rendimientos fueron reconocidos al accionante, es así que en caso de que el despacho ordene que sean retornados todos los rendimientos financieros causados en el régimen de ahorro individual con solidaridad y no hasta el tope de los que se hubieren causado en el régimen de prima media, será necesario autorizar el descuento de las restitución mutua a la que haya lugar, independientemente del motivo que da lugar a la ineficacia al fondo se le debe reconocer los gastos de administración en que incurrió a favor del afiliado para generar esos rendimientos financieros.

Debe advertirse, además que actualmente SKANDIA, administra unos recursos ostensiblemente aumentados, producto de la profesionalización de Porvenir, con lo cual no sería admisible un traslado plano de los recursos hacia Colpensiones, sin previamente adelantar una compensación económica, con lo cual no ordenar la aplicación de esa restitución mutua en la compensación económica, conllevaría solamente a un enriquecimiento sin justa causa a favor del régimen de prima media, que se terminaría beneficiando de una administración que no hizo por los periodos que hoy se pretende anular.

De igual manera, se advierte que los dineros que se destinaron a los seguros de invalidez y sobrevivencia, se cubrió al demandante durante toda su afiliación frente a las contingencias de invalidez y muerte, ósea, también se cumplió la finalidad de la ley, sin que sea admisible y su devolución, pues no puede desconocerse, además, que existe una imposibilidad material, toda vez que ya son dineros que están en nuestro poder. Por tanto, con la declaratoria de ineficacia y prestaciones que, por su misma naturaleza, no pueden retrotraerse y serían una excepción a los efectos retroactivos de esa figura. Además, se advierte que es improcedente, la condena sobre indexaciones de gastos de administración de seguros previsionales, como quiera que existe una condena a reintegro de rendimientos, los cuales son sumas superiores a esa eventual orden y permiten a Colpensiones, cubrir de reconocimiento pensional con un bien mejorado producto de la profesional gestión de las AFPS. Mismo bien, que cubre cualquier indexación o valor adicional porque se pretenda someter a Porvenir.

Finalmente se advierte que la condena a reintegrarlos las sumas deducidas y dirigidas al Fondo de Garantía de pensión mínima con cargo a los propios recursos de porvenir, no tiene ningún fundamento, toda vez que se advierte que estos deben ser trasladados simplemente sin cargo al patrimonio de la AFP, bajo dichos postulados, su Señoría dejó de presente el recurso de apelación, muchas gracias.

del tiempo, señalando que en caso de ordenarse que sean retornados todos los rendimientos financieros causados en el régimen de ahorro individual con solidaridad y no hasta el tope de los que se hubieren causado en el régimen de prima media, será necesario autorizar el descuento de las restitución mutua a la que haya lugar, independientemente del motivo que da lugar a la ineficacia pues al fondo se le debe reconocer los gastos de administración en que incurrió a favor del afiliado para generar esos rendimientos financieros, aduciendo no sería admisible un traslado plano de los recursos hacia Colpensiones, sin previamente adelantar una compensación económica, con lo cual no ordenar la aplicación de esa restitución mutua en la compensación económica, conllevaría solamente a un enriquecimiento sin justa causa a favor del régimen de prima media, que se terminaría beneficiando de una administración que no hizo por los periodos que hoy se pretende anular.

De igual manera con las sumas relacionadas con los seguros se cumplió una obligación legal la cual fue remitir estos dineros en favor de las entidades aseguradoras y, tampoco resultaría pertinente una eventual devolución de estos rubros, pues ya no obran en su poder, adicionalmente no hay ninguna razón de orden jurídico para ordenar que la remisión a Colpensiones de las sumas aportadas con los destinos al Fondo de Garantía de pensión mínima se haga con cargo a los propios recursos de la administradora demandada, pues no tiene sentido que se permanezca en el fondo cuyo propósito no es la de beneficiar al afiliado.

Adicionalmente solicita se revoque la sentencia en cuanto a la condena de la indexación en la medida que existe una condena a reintegro de rendimientos, los cuales son sumas superiores a esa eventual orden y permiten a Colpensiones, cubrir de reconocimiento pensional con un bien mejorado producto de la profesional gestión de las AFP.

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 7 a 9 Archivo 01 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 2 a 7 íbidem), aspirando

principalmente se declare ineficaz el traslado del RPM al RAIS y en consecuencia se ordene a SKANDIA y a PORVENIR proceda a trasladar a Colpensiones los aportes junto con los rendimientos, valores descontados de administración y cualquier suma adicional debidamente actualizados, igualmente se ordene a Colpensiones aceptar el traslado sin solución de continuidad y actualizando la historia laboral, condenas *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho del presente proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor al RAIS, ordenando a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los saldos obrantes de la cuenta de ahorro individual del demandante, igualmente tanto a esta como a PORVENIR le ordenó devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados. A Colpensiones, le ordenó reactivar la afiliación en el Régimen de Prima Media sin solución de continuidad, y recibir los dineros que le fueren trasladados. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, no se logró acreditar por SKANDIA el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado, que le ayudara a tomar una decisión acertada sobre la construcción de su derecho pensional.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 25 de julio de 1965

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

(página 1, archivo 03 expediente digital), por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2027, procediendo a solicitar su traslado a través de las peticiones elevadas ante COLPENSIONES 16 de diciembre del 2020, SKANDIA el 5 de marzo del 2021 y PORVENIR el 11 de marzo del 2021 (págs. 15 a 20, 24 a 27 y 31 a 35 Archivo 03 expediente digital), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años de cumplir 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 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 220.57⁵ semanas de servicios prestados a TELECOM (Historia Laboral Consolidada: *archivo pág. 40*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Previo a continuar con el estudio correspondiente, debe advertirse para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994- la carga pensional se encontraba a cargo de CAPRECOM, dado que el empleador del actor para esa época era TELECOM, tal como se anota en el formulario de afiliación a SKANDIA (*Archivo 20 expediente digital, página 39*), por ende es claro que el actor no 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

5

Historia Laboral Régimen de Prima Media con Prestación Definida

Historia Laboral válida para Bono Pensional

Periodo	NIT / Patronal	Empleador	Fecha de ingreso	Fecha de retiro	Salario base de	Entidad a la que realizó el	Entidad responsable	Fuente de información	Dias aport.
198910	8999990 23	EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM EN LIQUIDACION	19/10/1989	03/03/1991	\$ 0.00	NACION	Nacion	DESCONOCIDA	501
199103	8999990 23	EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM EN LIQUIDACION	23/03/1991	31/03/1991	\$ 0.00	NACION	Nacion	DESCONOCIDA	9
199104	8999990 23	EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM EN LIQUIDACION	26/04/1991	30/12/1992	\$ 0.00	NACION	Nacion	DESCONOCIDA	615
199212	8999990 23	EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM EN LIQUIDACION	31/12/1992	09/08/1993	\$ 0.00	NACION	Nacion	DESCONOCIDA	222
199309	8999990 23	EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM EN LIQUIDACION	01/09/1993	15/11/1993	\$ 0.00	NACION	Nacion	DESCONOCIDA	76
199312	8999990 23	EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM EN LIQUIDACION	01/12/1993	31/03/1994	\$ 0.00	NACION	Nacion	DESCONOCIDA	121

tanto, que con su afiliación a la AFP SKANDIA, se haya producido un traslado de régimen.

Lo anterior, en razón a que de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993, existen formas diferentes de ingresar al sistema general de pensiones: I) la afiliación y II) la incorporación colectiva, que ocurrió por ejemplo en el caso de los servidores públicos activos quienes, con algunas salvedades estipuladas en la Ley, quedaron automáticamente incorporados en virtud del artículo 1° del Decreto 691 de 1994⁶, 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 servidor público, una vez entró a regir la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, dada la ausencia de selección individual de régimen, el actor se entendió incorporado automáticamente al régimen de prima media con prestación definida, por ello, con su afiliación a SKANDIA el 29 de agosto del 2003 (*Archivo 20 expediente digital*,

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 lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, Decreto 314 de 1994 y Decreto 1359 de 1993 y las normas que los modifiquen y adicione.

⁷ Así lo adocrinó la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Radicación 48031 de 31 de enero de 2012. M.P. JORGE MAURICIO BURGOS. En esa oportunidad dijo esa Corporación: *“(…) aunque en ese momento ellos estaban facultados para hacer una manifestación de voluntad en el sentido de seleccionar el régimen bien el de prima media o el de ahorro individual, y la administradora de pensiones, el hecho de que en ese entonces no lo hubieran hecho en forma individual, no significaba que quedaran por fuera del sistema, pues se itera, su incorporación al mismo se produjo por disposición legal con efectos en las fechas límites establecidas para cada caso, o cuando se produjera el acto administrativo de la respectiva autoridad pública como lo previó el parágrafo del artículo 151 de la Ley 100”.*

⁸ Sentencia SL2817 de 2019.

página 39) -administradora de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad- se concretó su traslado de régimen de prima media al RAIS.

En este orden de ideas, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora 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 **29 de agosto del 2003** con fecha de efectividad a partir del **1° de octubre del 2003** (páginas 34 archivo 14 expediente digital y pág. 39 Archivo 20 expediente digital), por afiliación que hiciera inicialmente a SKANDIA, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 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» (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 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».

⁹ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y 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 SKANDIA.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011¹⁰, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y 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 \$1.580.463, 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 dña 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.

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 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 invertirá

“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”.

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.

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, esto es de CAPRECOM a SKANDIA pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó para ese momento sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Al punto sea del caso precisar, al absolver el interrogatorio de parte la demandante¹¹ refirió que se su traslado al RAIS se efectuó porque SKANDIA hacia parte del grupo económico de TELECOM y por ende el empleador llevo a su lugar a de trabajo a los asesores de ese fondo, y si bien refirió conocer algunas características del RAIS, con sus dichos no se acredita de manera alguna que conociera las implicaciones del traslado de régimen, tan solo manifestó ser conocedor de las bondades de los fondos privados más no sus desventajas

¹¹ Audiencia 7 de septiembre del 2023, récord 21:10.

A más de lo anterior, se advierte frente a su vinculación con PORVENIR quien señala se le hizo una comparación de las mesadas pensionales conforme se ha venido señalando a lo largo de esta providencia el conocimiento de tal información **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 lo señalado por la actora en el interrogatorio quien fue muy clara en expresar que el conocimiento de ello se dio con el traslado de SKANDIA a PORVENIR que lo fue en el año 2006 y el traslado de régimen mediante la afiliación a SKANDIA ocurrió el 29 de agosto del 2003 (*página 34 Archivo 14 expediente digital*).

Es por ello que, 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 SKANDIA 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, iterándose, aunque el demandante adujo conocer aspectos como la existencia de los rendimientos financieros y la creación de la cuenta de ahorro individual, entre otras características de dicho régimen, tales supuestos por si solos no acreditan el deber de información aquí reseñado.

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 SKANDIA (*Página 39 Archivo 20 expediente digital*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la 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 SKANDIA 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.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 2003, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP SKANDIA 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 SKANDIA omitió en el momento del traslado de régimen (29 de agosto del 2003, efectivo el 1º de

octubre de ese año) el deber de información para con el promotor del juicio, 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.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (pág. 34, Archivo 14 expediente digital *historial vinculaciones SIAFF*), 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 ibídem.

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 S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, así como la activación de su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto, como también el hecho de que la citada AFP como PORVENIR deberán devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

Sin embargo, debe precisarse en este punto, ésta Sala de Decisión adicionará el fallo de primer grado, 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.

Precisando a la recurrente SKANDIA y PORVENIR, frente a la orden aquí impuesta de la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de pensión de garantía mínima, 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 los mismos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de pensión de garantía mínima. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

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

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

Y en relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado de los anteriores conceptos apelado igualmente por 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 como lo sostiene SKANDIA en su apelación, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrino 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» (Negritas 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 CSJ SL2877-2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES – entidad a favor de quien se surte la consulta (págs. 38 y 39 Archivo 21 expediente digital)¹² 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

¹² Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 26 de octubre del 2022 (Archivo 20 expediente digital).

sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Ahora, frente a la petición realizada por SKANDIA de condenar a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en sentir de esta Corporación, en virtud de las pólizas suscritas, se advierte la aseguradora no está obligada a cubrir ninguna de las condenas, atendiendo que lo pretendido en autos no es otra cosa que la declaratoria de ineficacia, por falta de consentimiento informado de la afiliación realizada por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con el consecuente retorno al régimen de prima media con prestación definida y el traslado de las sumas recibidas por concepto aportes, cotizaciones, bonos pensionales, adicionales, rendimientos financieros.

El anterior razonamiento encuentra sustento en lo previsto en el artículo 108¹³ de la Ley 100 de 1993, que impone a las administradoras de fondos de pensiones el deber de contratar seguros colectivos previsionales que concurren a la financiación de las pensiones de invalidez y sobrevivientes que deban reconocerse a los afiliados del RAIS, lo cual implica que la garantía contratada solo se activa cuando ocurre el reconocimiento de dichas prestaciones –invalidez y sobrevivientes- y se requiere completar el capital respectivo para su pago al beneficiario, aspectos no comprendidos en la discusión de autos, lo que desde luego conlleva la absolución de la aseguradora convocada al proceso. Se confirma la decisión.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

¹³ **ARTÍCULO 108. SEGUROS DE PARTICIPACIÓN.** Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.

<Inciso modificado por el artículo 54 de la Ley 1328 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno Nacional determinará la forma y condiciones cómo las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán contratar los seguros previsionales para el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el fallo de primer grado en sus numerales **SEGUNDO y TERCERO**, en cuanto a que se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los conceptos objeto de devolución deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

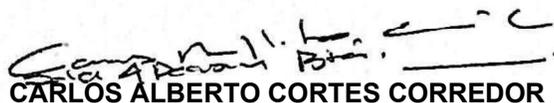
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZPARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR YENIFER DEL CARMEN HERNANDEZ GUERRERO CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- y el PAR ISS administrado por la FIDUAGRARIA S.A. (RAD. 07 2019 00507 01)

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre 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:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la UGPP, así como el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de junio del 2023 (*Audiencia virtual archivo 34, expediente digital, récord 48:23*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la señora demandante YENIFER DEL CARMEN HERNÁNDEZ GUERRERO tiene derecho a la pensión convencional consagrada en la convención colectiva del año 2001 -2004, suscrita entre el extinto Instituto de Seguro Social y el Sindicato de Trabajadores de la Seguridad Social, causada desde el 25 de diciembre del 2016 conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Se CONDENA a la UGPP a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social a reconocer y pagar a la señora demandante la pensión convencional acá reconocida, equivalente a partir de la fecha antes mencionada 25 de diciembre de 2016 por valor de

\$4.843.685,72 como primera mesada pensional. Igualmente deberá reconocer la mesada pensional a partir del 1 de julio del 2023 por valor de \$6.966.022,73 debiendo hacer los ajustes que se generen a futuro conforme a la Ley o lo que disponga el gobierno nacional e incluir la mesada 13 en cada anualidad. Esta mesada pensional es compatible con la que reconozca COLPENSIONES como pensión de vejez a partir de la demandante, por lo tanto, la UGPP sólo pagará el mayor valor que corresponda.

TERCERO: *se **CONDENA** a la UGPP a reconocer y pagar por concepto de retroactivo de las mesadas pensionales reconocidas desde el 25 de diciembre de 2016 hasta el 30 de junio de 2023 la suma de \$477.222.519,99, valor debidamente indexado a título de actualización monetaria. De dicho retroactivo la UGPP queda autorizada para hacer los descuentos a salud con destino a la EPS donde se encuentra afiliada la demandante conforme al inciso 3 del artículo 42 del Decreto 692 de 1994.*

Sobre costas procesales se condena en costas a la UGPP y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan en un 7% de las condenas impuestas y liquidadas en esta sentencia conforme a los Artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, y el Acuerdo 10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura. Respecto al PAR ISS no hay lugar a condena en costas.

QUINTO: *Sobre excepciones propuestas se **DECLARAN NO PROBADAS** las excepciones propuestas por la UGPP y probadas las excepciones propuestas por el PAR-ISS como se dijo anteriormente.*

SEXTO: *Ordénese la **CONSULTA** de esta sentencia ante el superior, a favor de la UGPP como entidad garantizada por la nación."*

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la UGPP expresa el demandante no cumplió con los requisitos exigidos para causar el derecho pensional y si así lo hiciera, 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 julio del 2010, fecha en la cual la referida Convención perdió vigencia.

En este orden de ideas señala la sentencia se encuentra con una falsa motivación y es contraria a derecho, situación que genera detrimento del erario público y afecta gravemente al sistema pensional especialmente en lo referente al principio de sostenibilidad financiera.

Por otro lado apela la condena en costas ya que es contraria a la directiva que ha determinado el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, ya que en cuanto a entidades públicas estas altas corporaciones han expresado que la condena en costas no puede devenir de manera automática sino que como se afecta con ella el erario público y el tesoro nacional, precisando en el presente

proceso no se ha demostrado ni la falta de diligencia, ni acciones dilatorias por parte de su representada, solicitando por ende revocar la totalidad de la condena impuesta y en su lugar se absuelva a la demandada de todas las condenas impuestas(Audiencia virtual archivo 34, expediente digital, récord 51:45¹)

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 YENIFER DEL CARMEN HERNANDEZ GUERRERO en este ordinario, las pretensiones relacionadas en las páginas 6 y 7, Archivo 1 expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 3 4 6 (ibídem) solicitando se condene a la demandada a reconocer la pensión de jubilación convencional a partir del 24 de diciembre del 2016, bajo los parámetros y condiciones del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo equivalente 100% del promedio de lo percibido durante los últimos 3

¹ **APODERADO UGPP:** Su señoría por parte de la UGPP, se interpone recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia, el cual procedo argumentar en el siguiente sentido la sentencia de primera instancia se encuentra alejada del presente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, ya que le entrega vigencia posterior al 31 de julio de 2010, a la convención colectiva de trabajo, siendo que la demandante no acreditó, no solo como argumentó el despacho el requisito de edad, sino que tampoco argumentó para esa data el requisito de los 20 años de servicio, exigido por el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo por tanto las sentencias se encuentra con falsa motivación y es contraria a derecho, situación que genera detrimento del erario público y afecta gravemente al sistema pensional especialmente en lo referente al principio de sostenibilidad financiera.

En igual sentido, con la sentencia de primera instancia el despacho no aclara el motivo por el cual se aparta directamente del precedente jurisprudencial del Tribunal Superior de Bogotá y en ese sentido la sentencia debe ser declarada nula por lo tanto se solicita, perdón antes de solicitar al Tribunal, también se apela la condena en costas impuesta, ya que es contraria a la directiva que ha determinado el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, ya que en cuanto a entidades públicas estas altas corporaciones han expresado que la condena en costas no puede devenir de manera automática sino que como se afecta con ella el erario público y el tesoro nacional ,altamente lastimado en nuestro país, se debe asistir al criterio subjetivo, situación que la sentencia no motiva, ya que en ningún momento expresa en que basa la alta condena en costas impuesta, casi cercana al 10% que es el máximo tope impuesto por el Consejo Superior de la Judicatura, ya que en este proceso no se ha demostrado ni la falta de diligencia, ni acciones dilatorias por parte de mi representada, ni de esta defensa.

Siendo así, se solicita respetuosamente al Tribunal Superior de Bogotá que en su Sala Laboral revoque en su totalidad la condena impuesta en sede de instancia a mi representada y en su lugar absuelva la misma de todas y cada una de las condenas aquí señaladas por el a quo.

año de servicio, 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 25 de diciembre del 2016 con una mesada inicial de \$4.843.685,72 cuyo retroactivo al 30 de junio del 2023 ascendía a \$477.222.519,99 el cual debía ser cancelado debidamente indexado, declarando no probada 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 trabajadora del Instituto de Seguros Sociales desde el 9 de enero de 1992 al 30 de mayo del 2015, que le generaba un tiempo de servicios de 23 años, 2 meses y 21 días, por lo que la actora tenía derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional a partir del 25 de diciembre del 2016.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio.

Así las cosas, en aras de resolver el presente litigio en primer lugar valga señalar inicialmente, como el fundamento jurídico de las pretensiones de la demandante lo es una norma de carácter convencional, esto es el 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, sin que ahora se discuta la aplicabilidad de los beneficios convencionales a la actora,

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 párrafos 2º y del transitorio 3º, 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”.

“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 párrafo transitorio 3º 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 párrafo 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.º 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 cubija 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.º y 3.º 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.º y 98, entre otros, así:

“Por su parte, el artículo 2.º, 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 SLI409-2015, 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 la demandante cumplía con los requisitos establecidos en la norma convencional para acceder a la pensión de jubilación reclamada.

Precisado lo anterior, ahora frente al presupuesto de causación, esto es, el tiempo de servicios, se encuentra acreditado en autos que la demandante laboró para el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES del 9 de enero de 1992 al 31 de marzo del 2015 (*Archivo 03 expediente digital, pág. 51*) en el cargo de TECNICO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS.

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 – 2015² 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 inexecutable 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:

² Reiterada entre otras muchas, en las sentencias CSJ SL17783-2016, CSJ SL2081-2018, CSJ SL4119-2021, CSJ SL795-2022 y CSJ SL3281-2022.

«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.

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. 1° 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 inexecutable, el parágrafo del art. 235 de la L. 100/1993 y el inc. 2° del art. 3° del D.L. 1651/1977 citado. Dicha providencia estableció en su parte resolutive que sólo produciría efectos hacia el futuro, a partir de su ejecutoria.

Finalmente, el art. 1° 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 Secretarías 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 1977³ 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 la demandante el cargo de TECNICO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS desde el 9 de enero de 1992 y hasta el 31 de marzo del 2015 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 9 de enero de 1992 y hasta el 19 de noviembre de 1996** y como TRABAJADOR OFICIAL del 20 de noviembre de 1996 hasta el 31 de marzo del 2015.

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 31 de**

³ Fecha de publicación en el Diario Oficial No. 34.840 del Decreto 1653 de 1977.

marzo del 2015 (conforme el Certificado de información laboral pág. 51 Archivo 01 expediente digital), esto es, por espacio de **18 años, 4 meses y 11 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 (páginas 122 y 123, 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 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.*

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. (...).”

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, el mismo como se vio no fue acreditado por la señora YENIFER DEL CARMEN HERNANDEZ GUERRERO ya que tan solo ostento como

trabajadora oficial al servicio del ISS **18 años, 4 meses y 11 días**, y en ese orden de ideas es claro que no cumple con los requisitos para ser beneficiaria 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, 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.

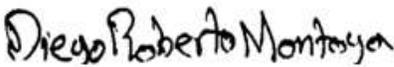
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

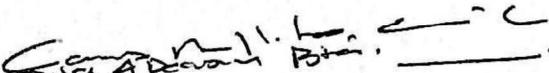
RESUELVE

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 la señora **YENIFER DEL CARMEN HERNANDEZ GUERRERO**.

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 TUPAZPARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARCIANO ALIRIO VALDERRAMA PEDRAZA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD No. 38 2019 00673 02).

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre 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,

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de octubre de 2023 (archivo 18, récord 32:14), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas las pretensiones formuladas en la demanda por MARCIANO ALIRO VALDERRAMA PEDRAZA. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*

***SEGUNDO: EXCEPCIONES.** Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.*

***TERCERO: COSTAS** Lo serán a cargo del demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$250.000 en favor de COLPENSIONES.*

***CUARTO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el superior”.*

Inconforme con la decisión la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación, indicando¹, quedan algunas dudas, respecto a la parte interna que tal vez no se mencionó en el empalme entre el Instituto de Seguros Sociales y Colpensiones, pues ahí es donde las planillas no son efectivas para que se tomaran los ingresos bases de cotización correctos, entonces con base en estos hechos que tal vez no son discernidos de manera amplia, se solicita se analice el recurso.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante MARCIANO ALIRIO VALDERRAMA PEDRAZA las pretensiones elevadas a páginas 2 a 3 del archivo 01, las cuales encuentran sustentó fáctico en los hechos narrados a páginas 3 a 4, solicitando:

- 1.-) Que se actualice el ingreso base de cotización (IBC), de acuerdo a los valores salariales certificados por la Sociedad Mecanizados y Motores S.A. para los periodos relacionados.
- 2.) Con base en la reliquidación del Ingreso Base de Liquidación, se reliquide el valor de la primera mesada de la Pensión de Vejez, a partir del 20 de abril de 2.017.
- 3.) Pagar la diferencia de las mesadas ordinarias causadas, desde el 20 de abril de 2.017, hasta cuando se efectuó el pago total.
- 4.) Pagar la diferencia de las mesadas extraordinarias causadas, desde el 20 de abril de 2.017, hasta cuando se efectuó el pago total.
- 5.) Pagar intereses moratorios, a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia, sobre la diferencia de las mesadas ordinarias causadas, desde el 20 de abril de 2.017, hasta cuando se efectuó el pago total.

¹ **Recurso Demandante (Récord: 33:09, archivo 18):** “Gracias, su señoría, de manera respetuosa de la decisión adoptada por el despacho y con una ilustración, bastante nutrida. sin embargo, pues quedan algunas dudas, respecto a la parte interna que tal vez no se mencionó en el empalme entre la actora y el Instituto de Seguros Sociales y Colpensiones, que es ahí donde las planillas no son efectivas para que se tomaran los ingresos bases de cotización correcta, entonces con base en estos hechos que tal vez no son discernidos de manera amplia, entonces se solicita se me conceda el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se analice en segunda oportunidad los hechos de la demanda que se relacionan y se de una nueva sentencia muchas gracias señoría.”.

6.) Pagar intereses moratorios, a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia, sobre la diferencia de las mesadas extraordinarias causadas, desde el 20 de abril de 2.017, hasta cuando se efectuó el pago total.

7.) Indexar de acuerdo al IPC decretado por el DANE, la diferencia de las mesadas ordinarias causadas, desde el 20 de abril de 2.017, hasta cuando se efectuó el pago total.

8.) Indexar de acuerdo al IPC decretado por el DANE, la diferencia de las mesadas extraordinarias causadas, desde el 20 de abril de 2.017, hasta cuando se efectuó el pago total.

9.) Condenar a la demandada al pago de costas judiciales y agencias en derecho.

Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones pues se absolvió de todas las pretensiones incoadas, tras considerar el *a quo*, el actor pretende se reliquide la pensión que le fue otorgada modificando los IBC de acuerdo con los salarios certificados por el empleador y que una vez corregidos los ingresos se reliquide la mesada pensional, de tal forma, analizó las pruebas documentales consistentes en comunicaciones sobre aumento de salario, suscrita por la empresa Mecanizados y Motores S.A., no obstante indicó, Colpensiones se allanó en la mora respecto a los periodos del empleador dentro del proceso de liquidación obligatoria.

Agregó el juzgador, frente a la modificación de los IBL el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 establece que se entiende por IBL el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó el afiliado para pensión, escenario que se encuentra acreditado en el plenario ya que el actor laboró para la empresa Mecanizados y motores S.A. desde abril de 1997 a marzo de 2000, la empresa fue condenada a pagar los aportes, no pudiendo en esta instancia ordenarse un nuevo pago pese la vigencia de la relación laboral la cual está en cabeza de empleador quien debe tomar la asignación salarial en el caso de trabajadores dependientes en los términos del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, así, para efectos de determinar el IBL se deben tomar los ingresos base de cotización ósea los salarios reportados por el empleador como cotizaciones.

De acuerdo con las documentales que obran en el informativo estableció, el actor habría percibido ingresos más altos a los reportados en el subsistema de pensiones, empero hay discordancia en favor del accionante sin que encuentre

el operador que a Colpensiones se le hubiera reportado salarios superiores a los que se incluye en la historia laboral, aunado a que se adelantó un proceso de dación de pago y en el mismo se hizo el cruce de información sin que pueda acreditarse que Colpensiones además de allanarse a la mora tuvo en cuenta las semanas de cotización, no pudiendo accederse a la reliquidación ya que la entidad liquidó la prestación con base en los salarios reportados por el empleador.

Así las cosas, sea lo primero indicar, no es objeto de discusión en esta instancia que el señor MARCIANO ALIRIO VALDERRAMA PEDRAZA se encuentra pensionado desde el 20 de abril de 2017, conforme lo señala la Resolución SUB81673 del 26 de marzo de 2018, prestación pensional reconocida bajo el manto del Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición, acto administrativo en el que se señaló como valor de mesada pensional la suma de \$1.203.872 (páginas 7 a 15, archivo 01).

Asimismo, el problema jurídico que ocupa a la Sala de Decisión se contrae en determinar si hay lugar a actualizar el ingreso base de cotización reportado a favor del actor por la empresa empleadora MECANIZADOS Y MOTORES S.A. y de proceder este anhelo, se verificará la procedencia de la reliquidación pensional.

Pues bien, adentrándose esta Colegiatura al estudio del recurso, constata que el señor MARCIANO ALIRIO VALDERRAMA PEDRAZA, en síntesis, argumenta, que el Ingreso base de cotización reflejado en la historia laboral no concuerda con el salario real devengado, de acuerdo con las certificaciones relacionadas en el hecho 10 del libelo introductor que consisten en:

- 10.1.- \$149.190.00 Mcte, a partir del 1° de abril de 1.990.
- 10.2.- \$188.159.00 Mcte, a partir del 1° de junio de 1.990.
- 10.3.- \$197.567.00 Mcte, a partir del 1° de junio de 1.991.
- 10.4.- \$248.935.00 Mcte, a partir del 1° de agosto de 1.991.
- 10.5.- \$319.533.00 Mcte, a partir del 1° de agosto de 1.992.
- 10.6.- \$371.533.00 Mcte, a partir del 1° de agosto de 1.993.
- 10.7.- \$459.549.00 Mcte, a partir del 1° de agosto de 1.994.
- 10.8.- \$546.863.00 Mcte, a partir del 1° de abril de 1.996.
- 10.9.- \$644.642.00 Mcte, a partir del 1° de agosto de 1.997.
- 10.10. \$843.383.00 Mcte, a partir del 1° de agosto de 1.999.

A fin de verificar lo anterior, se remite esta Sala a la prueba documental obrante en el plenario, evidenciando que no obran planillas como lo sostuvo la parte recurrente en la sustentación, entendiéndose en su lugar, que se refiere a las comunicaciones emitidas por la empresa MECANIZADOS Y MOTORES S.A., y demás piezas, las cuales reflejan la siguiente información (páginas 18 a 27, archivo 01):

PERIODO RECLAMADO	SALARIO SOLICITADO	SOPORTE	REPORTADO EN COLPENSIONES - PÁGS. 16 A 17, ARCHIVO 01	OBSERVACIÓN
ABRIL DE 1990	\$ 149.190	10 DE ABRIL DE 1990, PAG. 18, ARCHIVO 01	\$ 181.050	EL EMPLEADOR COTIZÓ SOBRE UN SALARIO MAYOR
JUNIO DE 1990	\$ 188.159	JUNIO DE 1990, PAG. 19, ARCHIVO 01.	\$ 459.549	EL EMPLEADOR COTIZÓ SOBRE UN SALARIO MAYOR
JUNIO DE 1991	\$ 597.567	JUNIO DE 1991, PAG. 20, ARCHIVO 01.	\$ 459.549	
AGOSTO DE 1991	\$ 248.935	SEPTIEMBRE DE 1991, PAG. 21, ARCHIVO 01.	\$ 459.549	EL EMPLEADOR COTIZÓ SOBRE UN SALARIO MAYOR
AGOSTO DE 1992	\$ 319.533	AGOSTO DE 1992, PAG. 22, ARCHIVO 01.	\$ 459.549	EL EMPLEADOR COTIZÓ SOBRE UN SALARIO MAYOR
AGOSTO DE 1993	\$ 371.533	AGOSTO DE 1993, PAG. 23 ARCHIVO 01.	\$ 459.549	EL EMPLEADOR COTIZÓ SOBRE UN SALARIO MAYOR
AGOSTO DE 1994	\$ 459.549	AGOSTO DE 1994, PAG. 24 ARCHIVO 01.	\$ 459.549	
ABRIL DE 1996	\$ 546.863	AGOSTO DE 1996, PAG. 25 ARCHIVO 01.	\$ 460.000	
AGOSTO DE 1997	\$ 644.642	AGOSTO DE 1997, PAG. 26 ARCHIVO 01.	\$ 547.000	
AGOSTO DE 1999	\$ 843.383	AGOSTO DE 1999, PAG. 27 ARCHIVO 01.	\$ 547.000	

De lo anterior, se desprende que los periodos **ABRIL y JUNIO DE 1990, AGOSTO DE 1991, AGOSTO DE 1992 y AGOSTO DE 1993**, fueron sufragados por la empresa MECANIZADOS Y MOTORES S.A., con base en un salario superior² al reclamado en esta demanda, pues nótese que se tratan de cifras mayores, no pudiéndose entonces hacer gravosa la situación del actor aún más cuando le fue reconocida la prestación de vejez con un IBL favorable.

Sea del caso resaltar frente al periodo de **AGOSTO DE 1994**, el salario solicitado por el actor corresponde al mismo monto que reportó la empresa para efectuar los aportes al subsistema pensional, tornándose inviable su reclamación.

En otro giro, en cuanto a los periodos **JUNIO DE 1991, ABRIL DE 1996, AGOSTO DE 1997 y AGOSTO DE 1999**, encuentra la Sala que, si bien se

²Páginas 16 y 17, archivo 01, reporte de historia laboral actualizado al 22 de julio de 2019.

reportaron sobre unos salarios inferiores a los comunicados por la empresa al demandante, no se puede desconocer el estado de liquidación de la sociedad MECANIZADOS Y MOTORES S.A., quién a través de su liquidador certificó el 30 de julio de 2007 (página 28, archivo 01):

EL suscrito Liquidador de:

MECANIZADOS Y MOTORES S.A. En Liquidación Obligatoria

CERTIFICA QUE:

El señor (a) **MARCIANO ALIRIO VALDERRAMA PEDRAZA** identificado (a) con cedula de ciudadanía No 7.213.908 de Duitama, laboró en esta empresa según archivos, desde el 20 de enero del año 1975 hasta el 15 de abril de 2000, que su último salario devengado fue de \$843.383. Durante su vinculación laboral se le otorgo licencia no remunerada por 59 días.

Dentro del tiempo laborado se cancelaron oportunamente los aportes a la seguridad social y parafiscales hasta Agosto 30 de 1997. A partir de esta fecha hasta el inicio de la liquidación (7 de diciembre de 1999) fueron reconocidos y graduados los aportes correspondientes a los periodos concordatario según auto No 441-016622 de septiembre 25 de 2001 y pos-concordatario según auto-No.441-004588 de abril 1 de 2002 emanados de la Superintendencia de Sociedades.

A partir del inicio de la liquidación de la empresa, esta reconoció y cancelo los aportes a la seguridad social y parafiscales hasta el 15 de abril de 2000.

El motivo del retiro es por la liquidación definitiva de la empresa.

La presente se expide a solicitud del interesado a los treinta (30) días mes de julio de dos mil siete (2007)

A través de escrito de fecha 23 de abril de 2021 Colpensiones le informó al actor (páginas 22 a 23, archivo 10):

Respetada Señora:

Reciba un cordial saludo de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES. En atención a la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito Judicial de Bogotá, con radicado 2016-00576, cuya disposición:

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a computar y contabilizar de semanas de cotización de los aquí demandantes

1) **TAUSTO GIRALDO OSTOZ RUIZ C.C. 7.214.390 DE DUITAMA**

2) **RICARDO AVILA PIRO C.C. 7.213.279 DE DUITAMA**

3) **JOSE MILCIADES VALDERRAMA MARTINEZ C.C. 7.212.775 DE DUITAMA**
4) **MARCIANO ALIRIO VALDERRAMA PEDRAZA C.C. 7.213.908 DE DUITAMA**
5) **BERNARDO VICTOR CASTAÑO SUFEDA C.C. 7.213.327 DE AGUANZÁ**
6) **ROSAS RODRIGUEZ SILVA C.C. 7.213.395 DE DUITAMA**
7) **CARLOS ARTURO GIL HERNANDEZ C.C. 8.815.386 DE BOGOTÁ**
8) **JOSÉ ENRIQUE GÓMEZ WALDORF C.C. 8.214.890 DE TULÁ**
9) **LUIS EDUARDO BERNHÁN VERGARA C.C. 7.215.650 DE DUITAMA**
10) **LUIS ELEAZAR FORERO PEDRAZA C.C. 7.214.776 DE DUITAMA**
11) **OSCAR COROCHA HERNANDEZ C.C. 3.163.139 DE TULAZÁ**

Por los periodos de cotización comprendidos entre abril de 1997 a marzo del año 2000, tal y como fueron realizados respectivamente por el ex empleador (RSC).

SEGUNDO: CONDENAR A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES actualizar la historia laboral de los aquí demandantes, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS, excluidas las agencias en derecho a la demandada COLPENSIONES, las que se tasan en la suma de **TRESCIENTOS MIL (300.000) PESOS MCTE** por cada uno de los demandantes.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la parte demandada, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y 55.

En cumplimiento a la Sentencia 2016-00576, nos permitimos informar que con base a la documentación aportada y en aras de dar cumplimiento a la disposición judicial, se llevó a cabo el proceso de consulta y validación de nuestras bases de datos y se evidencia que el periodo comprendido desde 1997/04 hasta 2000/03 cotizados con el empleador MECANIZADOS Y MOTORES S A con Nit 800112306 la fecha se acreditan en debida forma en su reporte de historia laboral,

En razón a lo anteriormente expuesto, se realiza la entrega de la Historia Laboral Unificada (8 Folios), actualizada y consistente en donde encontrará de manera detallada la información que hasta la fecha COLPENSIONES registra, en relación a cada uno de los periodos de cotización reportados a su nombre.

Ahora bien, en virtud de la sentencia proferida por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá, proceso No. 2016-00578, instaurado por el aquí demandante entre otros trabajadores contra COLPENSIONES, se ordenó contabilizar y computar las semanas de cotización de los actores, relacionando al señor MARCIANO ALIRIO VALDERRAMA PEDRAZA, por los periodos de abril de 1997 a marzo de 2000 únicamente.

Ello, en virtud de que COLPENSIONES se hizo parte como acreedor de primer grado de prelación en el proceso de liquidación obligatoria – auto 441 del 25 de septiembre de 2001- que atravesó la sociedad MECANIZADOS Y MOTORES S.A., dentro del cual recibió una dación de pago por concepto de aportes a seguridad social en pensiones en cuantía de \$1.157.079.879 con los cuales se cubre los periodos reclamados, según se narra en la providencia, además, se extrae de la sentencia de segunda instancia (páginas 119 a 130, archivo 10) que dicha reclamación surgió dado que se registraba mora en el pago de aportes pensionales para el caso del señor MARCIANO ALIRIO VALDERRAMA PEDRAZA por parte del empleador. Asimismo, en esa oportunidad quedó demostrado que la sociedad adjudicó bienes inmuebles por la suma de \$89.922.686 asumiendo la deuda, según prelación de créditos.

Conforme a todo lo expuesto, puede concluir esta Sala Decisión, los periodos reclamados a través de esta demanda no resultan viables por cuanto los que recaen sobre los meses de: **ABRIL y JUNIO DE 1990, AGOSTO DE 1991, AGOSTO DE 1992, AGOSTO DE 1993**, registran con un salario superior en la historia laboral, como ya se advirtió. Igualmente, se reitera, el periodo de **AGOSTO DE 1994** refleja el mismo salario solicitado en la demanda, tornándose improcedente su reclamación.

Frente a los meses de **AGOSTO DE 1997** y **AGOSTO DE 1999**, adviértase, éstos fueron satisfechos por la entidad demandada en el proceso que cursó en el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá, en el cual el aquí demandante reclamó la mora de dichos periodos, situación que fue superada con el proceso de dación en pago como ya se explicó. Resáltese, los periodos que fueron objeto de cumplimiento en el litigio comprendieron los meses abril de 1997 a marzo de 2000, por tanto, involucra los aquí solicitados.

Igualmente, se indica, ninguna prueba se aportó al respecto con el fin de corroborar que la misma empresa entregó la información del salario a Colpensiones y que, por ende, fue esta entidad la que omitió el registro en debida forma, no pudiéndose entonces establecer con certeza que el señor MARCIANO ALIRIO VALDERRAMA PEDRAZA en estos 2 meses si devengó la suma de \$644.642 - agosto de 1997 - y \$843.383 - agosto de 1999-, pues existe un comunicado que relaciona la suma de \$547.000 para ambos periodos, teniendo el actor el deber de demostrar que la suma alegada fue la que percibió, pues si bien existen unas comunicaciones de incremento salario, lo cierto es que no refleja que se hubiera percibido estos valores.

Igual suerte corren los periodos **JUNIO DE 1991** y **ABRIL DE 1996**, ya que el demandante alega que fue dicho salario el que percibió, empero, no acreditó dicha situación, mucho más cuando la empresa MECANIZADOS Y MOTORES S.A., no fue llamada al proceso, dejando de lado la carga que impone el artículo 167 del C.G.P.

Nótese, el demandante alega que no fueron tenidos en cuenta los salarios realmente devengados para efectuar la liquidación de la mesada pensional, no obstante, no obra prueba dentro del plenario con la que se pueda contrastar el IBC que realmente devengó el actor y el que fue reportado por su ex empleador, pues la sentencia judicial que dispuso el pago de la diferencia de aportes para los años 1997 a 2000 nada dijo al respecto, sin especificar los salarios mes a mes, lo que impide realizar las operaciones aritméticas correspondientes en aras de verificar la suma obtenida por COLPENSIONES para la mesada

pensional del año 2017, carga de la prueba que, se insiste, le correspondía al actor, pues era quién tenía que acreditar la existencia de un IBC diferente al que aparece en su historia laboral, sobre el cual se pudieran advertir diferencias a reliquidar.

De acuerdo con lo expuesto, se tiene entonces que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en efecto tuvo en cuenta los pagos realizados por MECANIZADOS Y MOTORES S.A., y por ende a través de la Resolución SUB81673 del 26 de marzo de 2018 procedió a reconocer la prestación de vejez al actor, incluyendo todos los periodos laborados para la empresa MECANIZADOS Y MOTORES S.A. y los salarios que en su momento reportó el empleador, razón por la cual resulta improcedente acceder a los anhelos del actor.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio del recurso de apelación interpuesto por el demandante conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

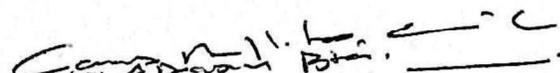
RESUELVE

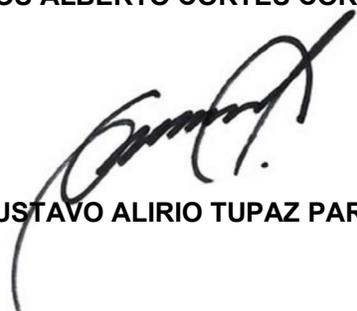
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: 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 LUIS ÁNGEL ÁLVAREZ VANEGAS CONTRA ZUANNY ANGELICA BELLO GARCÍA (RAD. 35 2022 00010 02).

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre 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, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de mayo de 2023 (expediente digital, carpeta 21, récord: 23:37), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a ZUANNY ANGELICA BELLO GARCÍA, a pagar por concepto de honorarios profesionales a LUIS ÁNGEL ÁLVAREZ, la suma de \$ 9.654.453, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a ZUANNY ANGELICA BELLO GARCÍA, a pagar lo honorarios fijados en el numeral anterior de manera indexada tomando como IPC inicial el 06 de mayo de 2021 y como IPC final el de la fecha en que se haga efectivo el pago, conforme lo sustentado en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a la demandada. Por lo tanto liquidense las costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$ 500.000.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.”.

Inconforme con la anterior decisión, el demandante la apeló¹ manifestando, el hecho de que haya pedido el pago de una suma inferior a la demandada no significa que

¹ **Recurso Demandante (récord: 24:49, archivo 21):** "Gracias su Señoría, con el debido respeto, interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba preferir por la siguiente razón.

Primero que todo, el hecho de que el demandante haya pedido el pago de una suma inferior a la demandada no significa que no haya existido un acuerdo de honorarios. La demandada confesó con la contestación de la demanda que aceptó pagar cuando tuviera el dinero en su cuenta. No solo hubo conversaciones de WhatsApp, sino que la demandada, confesó que esas confesiones en dichos documentos sí existieron.

Sumado a eso, señora juez, yo quiero, honorable tribunal. Yo quiero hacer colación en varios aspectos que son muy importantes y es que dentro del presente proceso no se dijo toda la verdad, porque si se analiza el expediente de la demanda, de la contestación de la demanda de la reforma y de la contestación de la reforma, hay varias imprecisiones en las que incurre la demandada, una de estas, por ejemplo, es que el día de ayer, en el interrogatorio de parte suscrito por parte de la demandada que practicó de manera oficiosa el despacho, es que manifestó al despacho que ella nunca asistió a las audiencias de primera y segunda instancia, no sé si se me pueda permitir compartir pantalla y mostrar el Acta de la audiencia del día. un segundo, del 11 de mayo del año 2011 que se surtió en el juzgado 17 laboral del circuito donde, dice, comparece el apoderado de la parte actora, doctor Dimitri Gaitán cabezas y la demandante. Ahí empezamos a verse, su Señoría que la demandada dice mentiras bajo la gravedad de juramento.

Sumado a eso, pues también niega que existiera la conversación, ella manifiesta el día de ayer que nunca se hablaron de honorarios. Usted lo manifiesta en su sentencia y conforme a las documentales que se aportan en la reforma de la demanda, es claro que, si se le dice a la demandada que aprovecho para recordarle que debemos firmar de contrato de prestación de servicios es porque no era la primera vez que se tocaba el tema. Ya la RAE ha dicho que el tema de recordar es pasar a tener en la mente algo del pasado, lo único que podemos entender de esa conversación es que ese tema ya se había tocado y no era la primera vez que se mencionaba algo al respecto. Si no se hubiese tocado ese tema y si no hubiese existido ningún acuerdo entre las partes, la demandada no hubiese tenido que no hubiese manifestado.

"Ok, de acuerdo, firmemos el contrato excluyendo los 9'000.000 de la sentencia de segunda instancia, si uno analiza la conversación, mi poderdante le dice, mis honorarios ascienden a la suma del 25%, ella tiene claro que ascendían a 25% y que sobre ese 25% era que se iban a excluir los 9'000.000 de pesos.

Sumado a eso, ahí es claro, Honorable Tribunal, que sí existió una conversación que si existió un pacto y que las partes acordaron eso. Hay que traer a colación que, en este caso se aplica, el Pacta sunt servanda, y es que los contratos son obligatorios y tienen fuerza de ley en la tabla de Conalbos y así como lo expuso la honorable juez, los contratos pueden ser verbales y pueden ser escritos, en este caso, el contrato de prestación de servicios que se presentó fue de carácter verbal y solamente ellos saben cómo fueron las condiciones, pero la prueba que tenemos para demostrar que fue el 25% es la conversación de WhatsApp, de no haber existido esa conversación, de no ser claros, de no existir contundencia en ese 25%, la demandada hubiera tachado primero de falso el documento y hubiera negado la existencia de esa conversación, así que, para esta apoderada judicial es claro que existió el acuerdo.

Quisiera también hacer colación, en que la demandada el día de ayer también manifestó al despacho, de que si lo hubieran cobrado los honorarios, pues ella no hubiera presentado la demanda de casación, lo hubiese pensado o en su defecto hubiese acudido a otro profesional del Derecho o hubiese seguido con su profesional, que era el doctor Dimitri, si el doctor Dimitri manejaba la técnica de casación, debió haber sido él quien debió haber surtido la correspondiente casación y no haber acudido a mi poderdante que en efecto, si maneja la técnica de casación, que tiene más de 15 años de experiencia y que sus demandas son sumamente impecables ante la Corte Suprema de Justicia.

Si no hubiese querido, el tema, es si ella no hubiese querido seguir con el trámite de la demanda, mi poderdante en esa misma conversación del 19 de diciembre de 2015 le manifestó, o si usted prefiere, desistimos del recurso para que existan menos situaciones que nos vinculen. Ella tuvo la oportunidad de desistir del recurso de casación o de revocar el poder para no continuar con dicha demanda, pero aceptó seguir con el trámite del proceso y reitero, aceptó que se iban a pagar el 25% del resultado favorable que se iba a obtener con el recurso y lo único que iba a hacer será excluirse los 9'000.000 de pesos.

Si ella hubiese seguido con otro profesional del Derecho, tenía que pagarle, aquí la lógica no es no, yo hubiese conseguido con otro profesional de derecho, no, la lógica es que ella tiene que pagarle a cualquier profesional del derecho, que le realice un trabajo así, como lo manifestó ayer su apoderado, y es que le pagó la suma de 4'000.000 de pesos, de los 9'000.000 que tuvo en el Tribunal, entonces, eso quiere decir que le pagó a él más del 30% de lo obtenido en segunda instancia.

Sumado a eso, honorable tribunal, la tabla de Conalbos, no estaba vigente cuando se presentó la demanda y tampoco cuando se profirió la sentencia de casación. Allí la tabla de Conalbos es una base, la que ellos aportaron la tabla de Conalbos es una base, pero hay que partir de unas características, de unos hechos importantes, y es que allí se fija un mínimo, pero nosotros no podemos, tomar a todos los abogados con el mismo rasero porque esto querría decir que litigantes como Carlos Álvarez Pereira, Marcel Silva, Germán Valdés Sánchez, que son magistrados de la Corte Suprema de Justicia cuando realizan un trabajo de casación y se presentan circunstancias como estas, van a tener que cobrar lo mínimo, esto es una base de la cual se parte para fijar unos honorarios y no entrar en deslealtad profesional con los demás abogados que entran en este tipo de técnica jurídica.

Volviendo al tema de las precisiones que se avizoran en el proceso y con el fin de que el despacho tenga en cuenta esto idea del mal actuar o la mala fe de la demandada, es importante también terminar que ayer también lo manifestaron, que hubo ánimo conciliatorio en todo momento. Eso no es verdad, el 19/07/2021 en una contestación a la solicitud de conciliación amigable, el apoderado contestó que como la doctora Sonia Angelica, en conclusión, le informó que como la doctora Sonia Angélica bello García no le asiste ánimo conciliatorio la respuesta comunicación es desconocer el monto dinerario solicitado por su representado, en el comunicado de la referencia, hasta tanto la autoridad, y puede incoar la acción judicial que considere pertinente, entonces tampoco es cierto, honorable tribunal, como lo manifestaron ayer bajo la gravedad del juramento, que siempre hubo ánimo conciliatorio. Tampoco es cierto, aquí hay que hacer una claridad, y es que la estrategia jurídica de la demandada para desconocer la existencia de los honorarios y de que hubo un pacto de honorarios fue enlazar el nombre de mi poderdante con temas que nada tienen, que nada traen a colación. Sin embargo, a pesar de que soy consciente de que eso no tiene nada que ver en este proceso, si quiero demostrarle al Honorable Tribunal, las mentiras en las que incurrieron y es que la demandada no tiene claro cosas tan básicas como, las fechas en la que convivieron como compañeros permanentes, primero manifiestan fechas del 03/06/2015, luego aportan un certificado de un psicólogo y manifiesto desde ya al Honorable Tribunal que se están iniciando las acciones legales pertinentes en contra del psicólogo que emitió un documento que no tiene ningún rigor científico y que, sumado a eso, este documento atenta en contra de la intimidad de mi poderdante y no puede estar, tras de que falta, la verdad no puede estar dando vueltas por ahí donde hablan de una fecha de octubre de 2014 y luego, cuando se aportó la prueba documental del contrato de arrendamiento, hablan de que ya para 2014 no convivían. Esa es una imprecisión que, a simple vista, pues uno no lo tendría en cuenta, pero también es importante.

Sumado a eso, hablan de que aquí pretenden hablar de una supuesta violencia intrafamiliar, pero en la demanda, en la contestación de la demanda, en el hecho 18 manifiestan que llevan una vida normal en familia, entonces o existe una conducta o existe la otra, pero entonces no podemos hablar de malos tratos y después manifestar que existió una vida de pareja normal y que existieron diálogos de comunes y corrientes entre marido y mujer. También hablan de que se avizoran supuestas amenazas en el hecho 29 de la contestación de la demanda y hay que traer a colación que una amenaza, según la RAE, es dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien, volvemos a la conversación del 19/12/2015 donde solamente se le recordó suscribir el contrato de prestación de servicios y no se avizora que a la señora Sonia Angelica Bello García, se le haya amenazado para pagar dicho valor, ella acepta, ok, acepto y descontamos los 9'000.000 de pesos obtenidas en segunda instancia, por lo que no podemos hablar de diálogos amenazantes.

También manifiestan en el hecho 32 de la contestación de la demanda, que es por primera vez que, el abogado Luis Ángel Álvarez Vanegas, hace referencia al cobro de honorarios. Volvemos a lo mismo, recordar es pasar a tener la mente algo del pasado y lo que tenemos aquí es que ya esa conversación existió y la volvemos a tocar.

Si hay algo importante y es que faltan al respeto a mi poderdante en la contestación del hecho 13 "No tuvo el valor de enviarle la comunicación de que habla en este hecho personalmente y debió buscar apoyo para hacérselas llegar a través de Mami".

Este tipo de comentarios para un profesional del Derecho, eso es ofensivo y tilda a mi poderdante de cobarde y esto es lo que pretende es desviar la atención del juzgado.

También manifestaron que, si él se vio afectado en algún momento de violencia intrafamiliar, debió haber hecho la respectiva denuncia, iniciar el trámite pertinente. Entonces la estrategia de litigio utilizada aquí en el proceso fue presentar este escenario cuando se presenta la prueba reina, que es la conversación de WhatsApp, entonces, retrotraen la actuación y entonces ahí fue que debió iniciar el trámite pertinente y sumado a eso también quiero, en el expediente reposa el folio 132 y 133 del expediente digital, del archivo 1, que nuestros representados hacían vida marital a la fecha de la elaboración del recurso, que se encontraba embarazada, la doctora Angélica bello García, que a la posteridad dio a luz al menor.

Las imprecisiones de la fecha, señora juez también, o sea, en la contestación de la demanda en el interrogatorio de parte y en todo lo que pasa aquí no están trayendo la verdad, están mintiendo, las fechas no concuerdan, no tienen, lo único que están aquí haciendo es desviar la atención de despacho.

no haya existido un acuerdo de honorarios, en su sentir, la demandada confesó en la contestación que pagaría cuando tuviera el dinero en su cuenta, no solo hubo conversaciones de WhatsApp, sino que la demandada, confesó que esas conversaciones sí existieron.

Sumado a eso, adujo, dentro del presente proceso no se dijo toda la verdad, porque si se analiza la contestación de la demanda, la reforma y la contestación a la misma, se evidencian imprecisiones, una de estas, es el interrogatorio de parte de la demandada en el cual manifestó que ella nunca asistió a las audiencias de primera y segunda instancia, cuando el 11 de mayo del 2011 se surtió en el Juzgado 17 Laboral del Circuito la audiencia. Sumado a eso, negó que existiera la conversación de honorarios, siendo claro que, si se le dice a la demandada que *“aprovecho para recordarle que debemos firmar el contrato de prestación de servicios es porque no era la primera vez que se tocaba el tema.”*

Explicó, si existió un pacto y los contratos son obligatorios y tienen fuerza de ley en la tabla de Conalbos sea verbales o escritos, en este caso, el contrato de prestación de servicios que se presentó fue de carácter verbal, pero la prueba para demostrar que se pactó el 25% es la conversación de WhatsApp, de no existir contundencia en ese 25%, la demandada hubiera tachado de falso el documento y hubiera negado la existencia de esa conversación.

Manifestó la parte recurrente, la demandada tuvo la oportunidad de desistir del recurso de casación o de revocar el poder para no continuar con dicha demanda, pero aceptó seguir con el trámite del proceso y el pago del 25% sobre el resultado favorable, excluyéndose los \$9'000.000.

Finalmente, respecto de si se debió indexar desde la notificación de la sentencia, hablamos de la indexación porque necesitamos la indexación desde la notificación de la sentencia de casación hasta la fecha de pago y respecto a los intereses moratorios, porque se solicita la condena, pues porque si la señora tuvo conocimiento de, se le pagó desde mayo de 2021, pues estamos a 10/05/2023, ha habido una mora, para pagar la obligación que asiste en cabeza de la demandada.

Con base en lo anterior, de manera respetuosa, solicito al honorable tribunal Superior Sala Laboral, se sirva modificar la sentencia en cuanto al porcentaje otorgado en primera instancia y se sirva darle pleno valor probatorio a la conversación de WhatsApp y se otorgue el 25% de lo obtenido en el recurso de casación en favor de mi poderdante.

Respecto de las costas, me pronunciaré en el momento procesal oportuno. Agradezco mucho este tiempo, mil gracias.”.

Añadió, la tabla de Conalbos no estaba vigente cuando se presentó la demanda y tampoco cuando se profirió la sentencia de casación, por tanto, la tabla de Conalbos es una base pero hay que partir de unas características y hechos importantes, y es que allí se fija un mínimo, pero no se puede medir a todos los abogados por igual.

Agregó, con el fin de que el despacho tenga idea del mal actuar o la mala fe de la demandada, expuso que no hubo ánimo conciliatorio en todo momento ya que el 19 de julio de 2021 en una contestación a la solicitud de conciliación amigable, el apoderado contestó que *“a la señora no le asiste animo conciliatorio, pudiendo puede incoar la acción judicial que considere pertinente”*, entonces tampoco es cierto que siempre hubo ánimo conciliatorio.

Finalmente, pidió la indexación desde la notificación de la sentencia junto con el pago de intereses moratorios porque se le pagó a la demandada desde mayo de 2021, habiendo transcurrido un tiempo prudente a la fecha para pagar la obligación.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, LUIS ÁNGEL ÁLVAREZ VANEGAS, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (expediente digital, archivo 05, páginas 5 y 6), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en páginas 6 a 13, ibidem, encaminadas a:

PRIMERA: *Se condene a ZUANNY ANGÉLICA BELLO GARCÍA a pagar a favor de LUIS ÁNGEL ÁLVAREZ VANEGAS, los honorarios profesionales equivalentes al 25% del resultado favorable que se obtuvo con el recurso de casación interpuesto a favor de ZUANNY ANGÉLICA BELLO GARCÍA, en el proceso ordinario laboral de primera instancia identificado con el radicado No. 11001310501720100075900, contra CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN.*

SEGUNDA: *Se condene a ZUANNY ANGÉLICA BELLO GARCÍA a pagar intereses legales, respecto de las sumas adeudadas.*

TERCERA: *Se indexen las sumas adeudadas de conformidad con la actualización del índice de precios al consumidor.*

CUARTA: *Lo que ultra y extra petita condene el juez de conocimiento.*

QUINTA: *Se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.”*

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, por cuanto, se condenó a la demandada ZUANNY ANGELICA BELLO GARCÍA, a pagar por concepto de honorarios profesionales a LUIS ÁNGEL ÁLVAREZ VANEGAS, la suma de \$9.654.453 debidamente indexada, tomando como IPC inicial el 06 de mayo de 2021 y como IPC final el de la fecha en que se haga efectivo el pago y se condenó en costas a la demandada. **Lo anterior tras considerar la a quo**, no se allegó contrato alguno al haberse pactado el mandato entre las partes de manera verbal, siendo permitido este acto conforme al Código Civil, agregó la juzgadora, en el plenario obran documentos que permiten establecer que la demandada confirió mandato al actor para representarla en sede de casación, encontrándose probado este mandato. Frente a los honorarios pactados adujo que no obra prueba alguna frente a la intención o voluntad de las partes del porcentaje acordado por la gestión encomendada, remitiéndose entonces a las tarifas previstas por CONALBOS – Resolución 02 del 30 de julio de 2002-, capítulo 14, numeral 14.19, condenando al 10% de lo ordenado en dicha sede.

De igual manera destacó la improcedencia de los intereses moratorios al no tenerse claro los perjuicios causados en esta litis por la mora en el incumplimiento de las obligaciones, accediendo solo a la indexación tomando como fecha, la sentencia de CAJANAL del 6 de mayo de 2021 y como IPC la fecha de pago efectiva.

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

Como quiera que el presente caso, corresponde a la prestación de servicios profesionales de abogado, mediante la celebración de un contrato de mandato, es imperioso tener en cuenta lo descrito por el artículo 2412 del C.C, el cual prevé:

“El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

“La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.”

Y el artículo 2143 del C.C. tiene establecido que:

“El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez”.

A partir de lo anterior, es claro que cuando un profesional busca el reconocimiento y pago de los honorarios generados con ocasión de un contrato de mandato para representación judicial, le corresponde al profesional del derecho, conforme las reglas de la carga de la prueba, no solo acreditar que le fue conferido poder para actuar, sino además, la gestión desarrollada con fundamento en el mismo.

De esta manera en primer término la Sala precisa, no se discute la existencia entre las partes de un contrato de prestación de servicios profesionales de abogado de carácter verbal, ya que este aspecto no fue atacado por la demandada. Además, con las pruebas documentales se destaca, a página 55 del archivo 01 reposa el poder que fue conferido por la señora ZUANNY ANGELICA BELLO GARCIA al abogado LUIS ÁNGEL ÁLVAREZ VANEGAS, con el fin de interponer recurso de casación en contra de la sentencia emitida el 28 de septiembre de 2012, recurso que fue interpuesto por el togado y concedido en providencia del 1º de marzo de 2013. Luego, presentada al demanda de casación y avocada el conocimiento por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral se desató el recurso en sentencia del 5 de febrero de 2020 CSJ SL210-2020, al siguiente tenor (páginas 57 a 104, archivo 01):

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2012 por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ZUANNY ANGÉLICA BELLO GARCÍA** contra la **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL EICE**

EN LIQUIDACIÓN, hoy representado por el **PATRIMONIO AUTÓNOMO CAJANAL EICE PROCESOS Y CONTINGENCIAS NO MISIONALES**, sólo en cuanto absolvió a la demandada de la indemnización moratoria. **NO CASA** en lo demás.

En instancia, se **REVOCA** la sentencia de primera instancia, en cuanto absolvió por la indemnización moratoria y, en su lugar, se **CONDENA** a la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE en Liquidación a sufragar por este concepto la suma total de **SESENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL PESOS M/CTE (\$65.283.000)** a favor de la demandante y **VEINTE MILLONES SETENTA Y DOS MIL QUINIENTOS VEINTIOCHO PESOS M/CTE (\$20.072.528)** por concepto de la actualización del monto impuesto a título de indemnización moratoria, calculada desde el 22 de junio de 2013 hasta el 31 de enero de 2020, sin perjuicio de la indexación que se cause a futuro hasta la fecha en que se verifique su pago.

Costas como quedó dicho en la parte motiva.

Conforme a lo anterior, es claro que el aquí demandante actuó como apoderado de la demandada dentro del proceso ordinario laboral en sede de casación, obteniendo un resultado favorable para la señora ZUANNY ANGÉLICA BELLO GARCÍA al obtener la suma de total de \$85.355.528 (\$20.072.528 indexación y \$65.283.000 indemnización moratoria).

A partir de lo anterior, es claro que cuando un profesional busca el reconocimiento y pago de los honorarios generados con ocasión de un contrato de mandato para representación judicial, le corresponde al profesional del derecho, conforme las reglas de la carga de la prueba, no solo acreditar que le fue conferido poder para actuar, sino, además, la gestión desarrollada con fundamento en el mismo, presupuesto que se cumple a cabalidad en este asunto, pues como ya se vio el actor representó a la demandada y llevó a cabo la gestión encomendada.

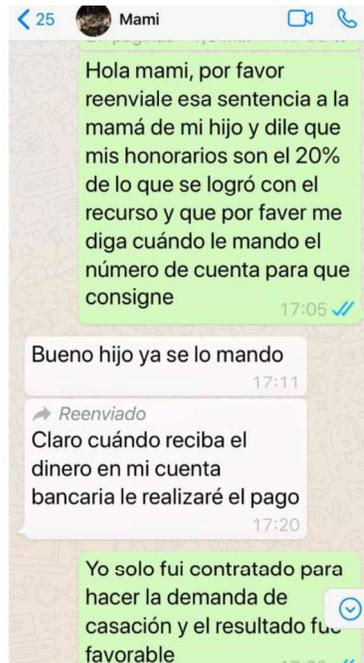
Entonces, en este asunto, debe concretar la Sala si entre las partes se pactó como honorarios la suma equivalente al 25% del resultado favorable que se obtuvo con

el recurso de casación interpuesto a favor de ZUANNY ANGÉLICA BELLO GARCÍA, en el proceso ordinario laboral de primera instancia identificado con el radicado No. 11001310501720100075900 contra CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, acudiéndose al material probatorio recaudado y que consiste en:

- Chat sostenido entre las partes de esta litis el 19 de diciembre de 2015, página 13, archivo 10:

19/12/2015, 12:22 p.m. – Luis Angel Alvarez Vanega: Aprovecho para recordarle que debemos firmar contrato de prestación de servicios por la demanda de casación que le hice o si usted prefiere desistimos del recurso para que existan menos situaciones que nos vinculen. De acceder a firmar contrato, mis honorarios ascienden al 25% del resultado favorable que se obtenga con el recurso.
19/12/2015, 12:38 p.m. – Zuanny Bello: Ok de acuerdo firmemos el contrato
19/12/2015, 12:50 p.m. – Zuanny Bello: Excluyendo los 9000000 de la sentencia de segunda instancia

- Chat via WhatsApp – pág, 21, ibidem:



Igualmente, se recibieron las declaraciones de las señoras **LUZ PERLA GARCÉS Y MARÍA EUGENIA SOCARRÁS VANEGAS**, quienes expusieron:

LUZ PERLA GARCÉS, récord 00:42:24, archivo 20: *“Yo trabajé con Luis ángel del 2016 al 2017, estaba pendiente en la oficina, solo sé que en los procesos el abogado pide un porcentaje, no sé ellos qué pactaron, yo debía colaborarle revisando los procesos, iba a la Corte o Juzgados, revisaba los lunes, miércoles o viernes”*.

MARÍA EUGENIA SOCARRÁS VANEGAS, récord 47:31, archivo 20: *“sé que el Doctor Luis Ángel interpuso una demanda, sé que fue verbal el porcentaje, no sé cuánto fue, trabajé 5 años con él, del 3 de abril de 2017 al 31 de agosto de 2021, revisaba proceso, él tenía varios proceso administrativos y laboral, yo revisaba todo, iba a los juzgados, Corte y Tribunales, yo revisaba el proceso de Zuanny García”*.

Por su parte, el demandante al absolver interrogatorio de parte, indicó récord 11:59, archivo 20: *“Si, existe un acuerdo de pago de honorarios del 25% d ellos que se obtuviera con el recurso de casación, no existe pactos de honorarios con porcentajes diferentes, lo que paso es que en el 2019 me dijo que llevará el proceso, yo le dije que cobraría medio salario mínimo, me enteré que tiene otro abogado y el proceso rechazaron al demanda, ella me propuso que continuara con el proceso, luego al salir la sentencia de primera instancia le dije que no le revocará al Abogado, ella me dijo que me pagaría el 25% de lo que saliera en el recurso, en diciembre de 2015 ella comenzó a negarme los honorarios y yo le dije que firmáramos un contrato, en vista de eso le dije que acordáramos honorarios el único pacto fue del 25%, hay una conversación en WhatsApp y ella indicó que si era el 25% de lo que saliera del recurso, en el 200 l dije págueme el 20% pero eso no significa que fuera esa suma el único pacto fue el 25%, ella me ofreció pagar el 25%, no sé la fecha, eso fue después que salió la sentencia de segunda instancia, todo fue verbal y eso es difícil demostrarlo”*.

Finalmente, la demandada al absolver interrogatorio, exclamó récord 00:33:34, archivo 20: *“Trabajo en Positiva, en ningún momento ofrecí un porcentaje, yo no sabía si hacerlo porque se demoraba mucho tiempo, si yo supiera que iba cobrarme no le hubiera dicho que llevara el proceso”*.

Descendiendo al caso bajo estudio, tal como lo señaló la juez *a quo*, ninguna prueba se dirige a establecer cuál fue el porcentaje pactado entre el señor LUIS ÁNGEL ÁLVAREZ VANEGAS y ZUANNY ÁNGELICA BELLO GARCÍA, con el fin de que el togado presentara el recurso de casación y adelantara las actuaciones pertinentes dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, radicado No. 11001310501720100075900 adelantado contra CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN ante la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral.

Nótese, las 2 testigos recepcionadas no conocieron sobre dicho pacto, así como los pantallazos vía WhatsApp no logran brindar certeza sobre cuál fue el porcentaje pactado, pues al efecto, la conversación sostenida el 19 de diciembre de 2015, solo se extrae que el actor le manifestó a la demandada que debían firmar el contrato de prestación de servicios y que los honorarios ascenderían al 25% del resultante final, a lo que la señora Zuanny Bello contestó “Ok de acuerdo, firmemos el contrato”, sin que esta conversación permita inferir una aceptación de las partes frente al porcentaje pactado por la gestión realizada por el actor. Es más, la propia demandada indicó que se deben excluir los \$9.000.000 de segunda instancia, lo que genera duda respecto al porcentaje final que cada parte consideró en su momento.

Igualmente, frente al pantallazo vía WhatsApp, debe advertirse, se desconoce quién es el contacto “mami” y la fecha en que se sostuvo dicha conversación, aunado a que el contenido de la imagen se contradice con lo solicitado en la demanda ya que allí se relaciona el 20%, sin embargo, este medio documental no dilucidar el objeto de la litis.

Además, sobre los mensajes o este tipo de conversaciones, valga indicar, el artículo 246 del C.G.P. regula el valor probatorio de las copias, disponiendo:

“Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.”.

“Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud.

La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos.”.

Si bien, se aportaron como prueba documental 2 conversaciones, estos documentos no brindan mayor información a la Sala sobre el acuerdo del valor de los honorarios pactados, como ya se dijo, de tal forma, es procedente que el operador judicial entre a fijar el porcentaje a aplicar en este caso. En línea con lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral ha enseñado que, en caso de no existir convenio de los contratantes o no probarse, la tasación de los honorarios está supeditada a aspectos como la naturaleza de la gestión, la cantidad, la calidad e intensidad de la misma (CSJ SL1570-2015), aspectos relevantes que tuvo en cuenta la juzgadora.

Consecuente con ello, y atendiendo que el recurso se dirigió solo a controvertir el porcentaje pactado entre las partes y no la tarifa de honorarios profesionales para el ejercicio de la profesión del derecho aprobados por la Dirección Nacional de la Corporación Colegio Nacional de Abogados "Conalbos", aplicada por la juez de primer grado, siendo esta la Resolución No. 02 del 30 de julio de 2002, la cual en capítulo 14, numeral 14.19 indica que oscilará entre el 10% del valor de adicional lo obtenido, esta Sala confirmará en su integridad este punto, ya que, se insiste, no quedó demostrado con ningún medio probatorio que entre las partes se hubiere pactado el 25% por la gestión realizada en la Corte Suprema de Justicia, debiendo el actor probar su dicho en virtud de lo previsto en el artículo 167 del C.G.P.

Así las cosas, ante la precaria actividad probatoria de la pasiva para acreditar las razones fáctico - jurídicas esgrimidas en su defensa, no podrán acogerse favorablemente los argumentos expuestos como sustento a su alzada.

En otro giro, en punto al recurso relacionado con el reconocimiento y pago de los **intereses moratorios**, adviértase a la parte recurrente, este rubro no fue solicitado en la demanda, pues solo se invocaron los **intereses legales** al siguiente tenor: “Se condene a ZUANNY ANGÉLICA BELLO GARCÍA a pagar intereses legales, respecto de las sumas adeudadas.”. De igual forma, revisada la reforma a la demanda, se observa, no se adecuaron las pretensiones iniciales, por lo que este no es el escenario para entrar a analizar la procedencia de los intereses moratorios

solicitados en esta alzada. Nótese, los intereses legales y moratorios son disimiles² por cuanto los primeros son remuneratorios y los segundos pretenden resarcir el incumplimiento del pago tardío de una obligación.

Finalmente, en cuanto a la fecha de indexación acogida por la juez de primera instancia, considera esta Sala de Decisión que la misma fue acertada, por cuanto no es posible tener como IPC inicial la fecha de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia - 5 de febrero de 2020-, por cuanto la demandada en el proceso ordinario laboral de primera instancia CAJANAL EICE a través de los entes encargados dieron cumplimiento a través de la Resolución No. 00574 del **3 de mayo de 2021** – páginas 109 a 112-, no pudiéndose exigir un pago con anterioridad cuando los dineros no habían ingresado al patrimonio de la señora ZUANNY ANGÉLICA BELLO GARCÍA, incluso, la mera resolución es un paso para el pago efectivo, empero, al no contar con dicha información en el plenario, resulta acertado tener como IPC inicial la fecha del acto administrativo, esto, con el fin de no hacer más gravosa la situación de la enjuiciada.

Sobre esta temática, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, en sentencia CSJ SL 020-2023, discurrió:

“También esta corporación ha precisado que, si la contraprestación por la actividad profesional se encuentra establecida por las partes, resulta improcedente su regulación judicial, «pues el precio del mandato puede ser libremente fijado entre los contratantes, por virtud de los principios de libertad contractual y autonomía de la voluntad» (CSJ SL694-2013). En el mismo sentido, en decisión CSJ SL, 22 ene. 2013, rad. 36606, se puntualizó:

Y por otra, que la tasación de honorarios del mandato conforme a lo ‘usual’ de esta clase de prestación de servicios personales (artículo 2184-3 ibídem), sólo procede a falta de su expresa estipulación por las partes contratantes, por manera que, el hecho de que el mandante no pague al mandatario lo acordado, no legitima a éste para que variando la contraprestación de su contratante, reclame judicialmente a aquél un valor distinto al expresamente estipulado, sino apenas,

² Sentencia de la Corte Constitucional C - 188 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En la sentencia se señaló la distinción entre los intereses legales, remuneratorios y moratorios:

*“De otro modo, los **intereses legales**, son aquellos cuya tasa determina el legislador. No operan cuando los particulares han fijado convencionalmente los intereses sino únicamente, en ausencia de tal expresión de voluntad a fin de suplirla. En la legislación civil se concibe que el mutuo puede ser gratuito u oneroso, a instancia de las partes, pero en ausencia de manifestación alguna en cuanto a los iii) **intereses remuneratorios**, se presume que el mutuo es gratuito. En el evento en que las partes hayan estipulado la causación de intereses de plazo, pero hayan omitido su cuantía, el interés legal fijado, es el 6% anual. En el Código de comercio, por el carácter oneroso de la actividad mercantil se presume el interés lucrativo, por ende se excluye el carácter gratuito del mutuo, salvo pacto expreso en contrario, de tal forma que el interés legal equivale al bancario corriente, salvo estipulación en contrario. Cuando se trata de, iv) **intereses moratorios**, en el Código Civil, se dispone que en ausencia de estipulación contractual sobre intereses moratorios, se siguen debiendo los intereses convencionales si fueron pactados a un interés superior al legal, o en ausencia de tal supuesto empieza a deberse el interés legal del 6%; sin perjuicio de los eventos legales en que se autoriza la causación de intereses corrientes (art. 1617). En el caso comercial, la inexistencia de previsión convencional sobre moratorios autoriza que se cobre una y media veces el interés bancario corriente”*

para que haga efectivo su pago en los términos que rigen en esta materia los artículos 1617 y 1627 ibídem...

Del contenido de la cláusula que se acaba de reproducir, se observa que allí se fijaron los términos en que las partes pactaron la remuneración por honorarios profesionales en la prestación de los servicios de abogacía, por razón de la gestión de cobro encomendada, sus condicionamientos y responsabilidades, como su cumplimiento, aspectos sobre los cuales, se itera, la jurisdicción laboral sí tiene competencia.

Ahora bien, se tiene que en este asunto los suscribientes acordaron que la causación de los honorarios estaba condicionada a la obtención de un resultado, esto es, al recaudo efectivo del dinero adeudado a la entidad bancaria y objeto de cobro, modalidad de pago de honorarios que es perfectamente legal, viable o válida y no configura una cláusula «leonina» como lo reclama la parte recurrente.

Es oportuno recordar que la profesión de abogado ostenta un grado de liberalidad que permite a quienes la ejercen, pactar autónomamente el valor de su gestión a realizar; potestad en la cual se incluye el esfuerzo profesional y ético que deba desplegarse para cumplir con el mandato, inclusive corriendo el riesgo de no lograr ninguna retribución, si no se obtiene un resultado favorable.

Precisamente, desde la decisión CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 39171, la Corte puntualizó que, tratándose de honorarios profesionales para los abogados en el marco de un contrato de mandato celebrado en forma escrita conforme al artículo 2142 del Código Civil, los suscribientes quedan obligados y sometidos a los términos expresamente acordados, lo que está en armonía con lo dispuesto en los artículos 2149 y 2157 ibídem, al punto que, al existir estipulación expresa sobre la remuneración, dicho acuerdo legal rige para las partes y se torna inmodificable

*En la aludida jurisprudencia, se explicó que esa expresión de voluntad frente a los honorarios en el contrato de mandato, puede manifestarse de varias maneras, inicialmente, las partes pueden pactar una remuneración fija o un valor determinado por la gestión judicial o extrajudicial; también pueden acordar el **reconocimiento de una cuota litis, recibiendo como posibles honorarios una parte de las utilidades que se obtengan y, a su vez, pueden convenir una forma de remuneración aleatoria sujeta a la consecución de un resultado o una gestión específica; escenario último en el cual, se ha precisado por esta corporación, que si el mandatario no consigue «ningún resultado favorable, perderá todos los actos ejecutados en cuanto hace a su interés de recibir remuneración por su gestión profesional...***

Cabe agregar que la Corte al analizar un asunto similar en el que en un contrato de mandato, se pactó el reconocimiento de honorarios profesionales condicionado al resultado exitoso de la gestión judicial, recordó que cuando el pacto de contraprestación está sujeto a una obligación de resultado, de no llegarse a cumplir «la condición a que se sometió la obligación de pagar los honorarios» a favor del profesional del derecho, no surge deber alguno en cabeza del mandante que concede el encargo, pues la obligación remunerativa acordada no se hace exigible. En la decisión CSJ SL 2 jun. 2009, rad. 33099, reiterada en la CSJ SL28032020.

Igual conclusión se obtiene, al analizar el aparte de la cláusula séptima que indica que el Banco puede llegar a un acuerdo directo con los deudores e inclusive celebrar una transacción o conceder una rebaja frente a la obligación adeudada; pues en dicho escenario no se desconocería la remuneración del abogado, ya que la entidad bancaria allí ratifica que los honorarios profesionales, en estas eventualidades, se causarán y reconocerán al profesional del derecho sobre lo efectivamente recaudado con esa negociación o acto que se ejecute.”. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el recurso de apelación interpuesto por el demandante, y habiéndose arribado a las mismas conclusiones

halladas por la Juez de primera instancia, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

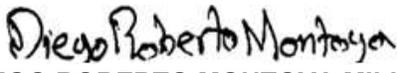
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

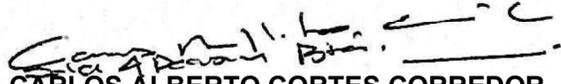
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 35 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 JUAN CARLOS GUIZA SABOGAL CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- (RAD. 33 2022 00272 01).

Bogotá D.C. doce (12) de diciembre 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 el demandante contra la sentencia proferida por el Juez 33 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 23 de agosto de 2023 (*Exp. Digital: audio archivo 22, Grabación Audiencia, récord: 25:55*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a PROTECCIÓN, a PORVENIR, a COLFONDOS, a COLPENSIONES y a la UGPP, de las pretensiones planteadas por la parte demandante, acorde lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS LAS EXCEPCIONES DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y demás planteadas por las accionadas.

TERCERO: COSTAS quedan a cargo de la parte demandante. Agencias en derecho la suma de UN (1) SMLMV en favor de las demandadas.

CUARTO: En caso de no presentarse recurso de apelación, procédase por secretaria a remitir el expediente en el grado jurisdiccional de **CONSULTA** ante el superior”.

Inconforme con la decisión, el demandante interpuso recurso, advirtiendo¹, en conforme a recientes decisiones de la Sala Laboral de la Corte Suprema de

¹ **Recurso Demandante (récord 27:13, archivo 22)** : “Muchas gracias, señor juez, dentro del término pertinente me permito presentar recurso de apelación para que los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, revoquen en su totalidad la sentencia preferida por el a quo, atendiendo a los siguientes argumentos, en primera medida conforme a recientes decisiones de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, contenidas en sentencias SL-1688 del 2019 SL-1055 de 2022, SL-800 de 2022, que hacen referencia a la ineficacia de traslado de Régimen y de la afiliación a una AFP por incumplimiento por parte de esta última del deber de información, tenemos que esta se fundamentan en el hecho de que, no obstante de existir, digamos, ese deber de información a cargo de las AFPs desde la creación de dichas entidades y para el particular tenemos que ninguna de las entidades demandadas dentro de este proceso tuvo o pudo allegar pruebas siquiera sumaria de que se haya hecho ese acompañamiento responsable, cuidadoso e informado a mi poderdante, tampoco se demostró que se haya suministrado realmente una información cierta, clara y comprensible en el momento de la suscripción del documento del traslado del régimen de prima media con prestación definida, al RAIS, en los términos señalados por la Corte, como fueron bien expuestos dentro de los alegatos de conclusión, es decir, el deber de brindar una información, de tal diligencia que permita comprender la lógica, los beneficios, desventajas del cambio de régimen, así como la prevención de riesgos y efectos negativos de esa decisión no se avizoraron dentro del proceso.

Ahora bien, la tesis que aquí se impuso no solo transgrede los derechos de quienes pretendan regresar al régimen de prima media con prestación definida y que para el momento de la afiliación estuvieran trabajando como asesores comerciales de una AFP, pues la interpretación de este fallo es dable entender que, para efectos de dirimir estos asuntos se debe primero calificar el posible conocimiento del tema que tuviese un accionante a la fecha de suscripción del formulario y quedó constatado dentro del mismo interrogatorio de parte rendido por el señor Juan Carlos, que a él no se le brindó una información real, clara y comprensible desde ninguna arista, toda vez que ni siquiera pudo acudir a la capacitación que inicialmente se le había dado a los potenciales asesores para esa época, siendo que hoy día, es de público conocimiento que esta temática, que ha sido objeto de debate dentro de procesos ordinarios que han sido promovidos a lo largo del país y que al día de la suscripción, como es el caso del señor Juan Carlos, ya ejercía su profesión, de modo que esta teoría implicaría que ningún profesional que esté vinculado con este tipo de asesorías, comerciales o incluso abogados tuviesen la posibilidad de acceder a la pretensión de ineficacia del traslado, situación que ha sido desvirtuada en instancias por la Corte Suprema de Justicia.

También se menciona dentro del fallo de primera instancia que, al haber sido comercial, como no sabía el funcionamiento, se pregunta esta apoderada si todos los asesores comerciales realmente estaban bien capacitados, que si no es producto de esa mala capacitación de los asesores que hoy miles de colombianos se han tenido que trasladar acudiendo a estas instancias judiciales para poder regresar a Colpensiones. No se avizoran las pruebas allegadas por parte de los fondos de pensiones de esa capacitación, ni que se le brindaron a los asesores comerciales y mucho menos que exista una constancia de que se le haya realmente brindado algún tipo de información a mi poderdante, donde se puede constatar que mi poderdante tomó esa decisión informada, consciente y donde le indicaron no solo las ventajas y riesgos de la firma de ese formulario de traslado. Quedo demostrado que tan poca era la información que tenía el señor Juan Carlos, que ni siquiera tuvo la posibilidad de escoger entre los diferentes fondos que competían en el mercado para ese momento de la afiliación en 1995, pues la opción en ese momento era solo una y fue Colmena, no existió otra opción y tampoco se le informó, por qué razón tenía que hacer la suscripción de ese formulario. Yo me pregunto en esta oportunidad, si eso obedece a una buena capacitación o si eso esos parámetros, son los que ha determinado la jurisprudencia como una información clara, completa y oportuna, a consideración de esta apoderada, ello no es así, pues en estos casos la inversión de la carga de la prueba, como ya bien se ha mencionado, corresponde justamente a los fondos pensionales y aquí no se ha allegado ninguna constancia de capacitaciones, talleres, información que realmente permita esclarecer o constatar que el señor Juan Carlos sí tomó una decisión informada con base en esa información, incluso nótese, señores magistrados, que de la cantidad de procesos donde los mismos colaboradores de estas empresas han adelantado este tipo de procesos y uno se pregunta, por qué si se supone que ser asesor comercial o director comercial de una AFP, ya yo debería tener esa información, porque se están adelantando ese tipo de procesos, la respuesta es clara y es que han sido tan irresponsables estas entidades que ni los mismos asesores o directores comerciales o funcionarios de estas entidades conocían realmente los riesgos de permanecer, en este

Justicia, contenidas en sentencias SL-1688 del 2019 SL-1055 de 2022, SL-800 de 2022, que hacen referencia a la ineficacia de traslado de Régimen y de la afiliación a una AFP por incumplimiento por parte de esta última del deber de información, tenemos que esta se fundamentan en el hecho de que, no obstante de existir, ese deber de información a cargo de las AFPS desde la creación de dichas entidades y para el particular tenemos que ninguna de las entidades demandadas dentro de este proceso tuvo o pudo allegar pruebas siquiera sumaria de que se haya hecho ese acompañamiento responsable, cuidadoso e informado al actor, tampoco se demostró que se haya suministrado realmente una información cierta, clara y comprensible en el momento de la suscripción del documento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, en los términos señalados por la Corte, como fueron bien expuestos dentro de los alegatos de conclusión, es decir, el deber de brindar una información, de tal diligencia que permita comprender la lógica, los beneficios, desventajas del cambio de régimen, así como la prevención de riesgos y efectos negativos de esa decisión no se avizoraron dentro del proceso.

régimen, entonces, ¿cuál sería la diferencia en este caso con mi poderdante? Ninguna, porque como muchos colombianos, mi poderdante fue engañado, porque la omisión de la información también es un engaño. Del interrogatorio, igualmente se puede apreciar el poco cuidado por parte de la AFP, en brindar una capacitación real responsable a sus asesores, tan así que el mismo demandante manifestó que no acudió a esa capacitación y aun así se le permitió trabajar durante 3 meses dentro del fondo privado.

Ahora bien, el juzgador de primera instancia indica que, como asesor, él se supone que no sabía, eso señores magistrados, yo considero que son suposiciones y que el fallo no tiene que estar atado a suposiciones, sino realmente a un material probatorio y dentro del expediente documental, no existe una sola prueba, certificación, ni nada que nos permita inferir ese presunto conocimiento que se alude dentro del fallo de primera instancia. Igualmente, se indica que, mi poderdante oculta información sobre la capacitación, pero señores magistrados tal afirmación, siendo gravoso a mi poderdante, es totalmente alejada a la realidad, tanto es así que mi poderdante, tratando pues de hacer la respectiva manifestación dentro del interrogatorio, indica bajo gravedad de juramento que él fue asesor comercial y que no fue capacitado, entonces, dónde está el fondo, desvirtuando esto, si mi poderdante no lo menciona el fondo posiblemente no habría hecho la manifestación de a qué se dedicaba mi poderdante para la época de suscripción del formulario de afiliación, ya que como se manifestó incluso dentro del mismo interrogatorio, como mi poderdante había quedado cesante, él ingresa a esta, a Colmena precisamente para poder obtener una comisión, pero realmente él no ejercía esas captaciones de clientes, sino que las mismas personas que estaban dentro de su círculo cercano, él las refería a la persona que le colaboraba al interior de Colmena.

Todo lo anterior, ya va en contravía de una línea jurisprudencial pacífica, clara y reiterada de esta corporación que, por conjeturas o suposiciones, vulneran a mi poderdante en su derecho a la igualdad, la seguridad social y, por supuesto, una pensión digna. Es por todo lo anterior, que no es dable, pues o no se comparte la decisión por parte del fallador de primera instancia. Así las cosas, solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, se sirva revocar la sentencia de primera instancia para que en su lugar se declare la ineficacia del traslado del señor JUAN CARLOS GÜIZA SABOGAL, del régimen de prima media con prestación definida, al RAIS y condenar a las entidades a trasladar los valores correspondientes a los saldos, cotización a rendimientos financieros y los gastos de administración pertenecientes a la cuenta de la parte actora y a Colpensiones, así como toda la información contenida en la historia laboral del señor JUAN CARLOS GÜIZA SABOGAL.”.

Agregó, la tesis que aquí se impuso no solo transgrede los derechos de quienes pretendan regresar al régimen de prima medida con prestación definida y que para el momento de la afiliación estuvieran trabajando como asesores comerciales de una AFP, pues de la interpretación de este fallo es dable entender que, para efectos de dirimir estos asuntos se debe primero calificar el posible conocimiento del tema que tuviese un accionante a la fecha de suscripción del formulario y quedó constatado dentro del mismo interrogatorio de parte rendido por el señor Juan Carlos que, a él no se le brindó una información real, clara y comprensible desde ninguna arista, toda vez que ni siquiera pudo acudir a la capacitación que inicialmente se le había dado a los potenciales asesores para esa época, siendo que hoy día, es de público conocimiento que esta temática, que ha sido objeto de debate dentro de procesos ordinarios que han sido promovidos a lo largo del país y que al día de la suscripción, como es el caso del señor Juan Carlos, ya ejercía su profesión, de modo que esta teoría implicaría que ningún profesional que esté vinculado con este tipo de asesorías, comerciales o incluso abogados tuviesen la posibilidad de acceder a la pretensión de ineficacia del traslado, situación que ha sido desvirtuada en instancias por la Corte Suprema de Justicia.

También se menciona dentro del fallo de primera instancia que el actor era comercial y sabía el funcionamiento, lo que permite cuestionar, sí todos los asesores comerciales realmente estaban bien capacitados, que si no es producto de esa mala capacitación de los asesores que hoy miles de colombianos se han tenido que trasladar acudiendo a estas instancias judiciales para poder regresar a Colpensiones. No se avizoran las pruebas allegadas por parte de los fondos de pensiones de esa capacitación, ni que se le brindaron a los asesores comerciales y mucho menos que exista una constancia de que se le haya realmente brindado algún tipo de información al demandante, donde se puede constatar que tomó esa decisión informada, consciente y donde le indicaron no solo las ventajas y riesgos de la firma de ese formulario de traslado. En su sentir, quedo demostrado que tan poca era la información que tenía el señor Juan Carlos, que ni siquiera tuvo la posibilidad de escoger entre los diferentes fondos que competían en el mercado para ese momento de la afiliación en el año 1995, pues la opción en ese momento era solo una y fue Colmena, no existió otra opción y tampoco se le informó, por qué razón tenía que hacer la suscripción de ese formulario. Estos parámetros son los que ha determinado la jurisprudencia como una información clara, completa y

oportuna, pues en estos casos la inversión de la carga de la prueba, como ya bien se ha mencionado, corresponde justamente a los fondos pensionales y aquí no se ha allegado ninguna constancia de capacitaciones, talleres, información que realmente permita esclarecer o constatar que el señor Juan Carlos sí tomó una decisión informada con base en esa información, incluso, nótese, la cantidad de procesos donde los mismos colaboradores de estas empresas han adelantado este tipo de procesos.

Narró, el juzgador de primera instancia indicó que, al ejercer el actor como asesor, se supone que sabía y el fallo no tiene que estar atado a suposiciones, sino realmente a un material probatorio y dentro del expediente documental, no existe una sola prueba, certificación, ni nada que permita inferir ese presunto conocimiento que se alude dentro del fallo de primera instancia. Igualmente, se indicó que, el demandante oculta información sobre la capacitación, siendo totalmente alejado a la realidad, cuando el actor al absolver interrogatorio bajo la gravedad del juramento informó que fue asesor comercial y que no fue capacitado.

Completó, todo lo anterior, va en contravía de una línea jurisprudencial pacífica, clara y reiterada de esta corporación que, por conjeturas o suposiciones, vulneran el derecho a la igualdad, seguridad social y, por supuesto, una pensión digna.

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 4 a 5, del archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 3 y 4, ibidem), aspirando de manera principal:

“PRIMERA: *Se declare la nulidad e ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor JUAN CARLOS GÜIZA SABOGAL el veintiuno (21) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995) del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por el incumplimiento del deber de información a cargo de las AFP PROTECCIÓN, COLFONDOS Y PORVENIR.*

DE CONDENA:

SEGUNDA: Se ordene a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, intereses y bonos pensionales a que haya lugar del señor **JUAN CARLOS GÜIZA SABOGAL**, con el reporte de las semanas cotizadas.

TERCERA: Se ordene a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** las cuotas de administración de la cuenta de ahorro individual del señor **JUAN CARLOS GÜIZA SABOGAL**.

CUARTA: Se ordene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a registrar la afiliación del señor **JUAN CARLOS GÜIZA SABOGAL** en el régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), sin solución de continuidad.

QUINTA: Se ordene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, intereses y bonos pensionales a que haya lugar del señor **JUAN CARLOS GÜIZA SABOGAL**.

SEXTA: Se ordene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, las cuotas de administración de la cuenta de ahorro individual del señor **JUAN CARLOS GÜIZA SABOGAL**.

SÉPTIMA: Se ordene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que contabilice en la historia laboral del señor **JUAN CARLOS GÜIZA SABOGAL**, el total de las semanas reportadas por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

OCTAVA: Se condene a las demandadas a las costas y agencias en derecho.
NOVENA: Se condene a las demandadas extra y ultra petita.”.

Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones, por cuanto se absolvió a las demandadas COLFONDOS, PORVENIR, PROTECCIÓN, UGPP y COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas su contra por parte del señor JUAN CARLOS GUIZA SABOGAL y se condenó en costas al demandante a favor de las demandadas. **Lo anterior tras considerar el a quo**, que no se pudo constatar que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN o demás AFPS no entregaron la información necesaria al demandante al momento del traslado en el año 1995 y subsiguientes

por cuanto el actor al rendir interrogatorio de parte, manifestó que no le dieron capacitaciones en su calidad de asesor de Colmena de manera evasiva, considerando en su sentir, el actor si tenía pleno conocimiento de las consecuencias del traslado. En este orden el Juzgador indicó que el demandante no logró demostrar que no se le brindó la información necesaria sobre las implicaciones al momento del traslado y, por tanto, no se logró corroborar 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 2002².

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 09 de junio de 1965 (*Página 13, Archivo 01 expediente digital*), por lo que la edad de 62 años, los cumplirá el mismo día y mes del año 2027, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 06 de junio de 2022 (páginas 16 a 23, *ibidem*), esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 **-1° de abril de 1994³-**, pues

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

³ *A través del Decreto 1717 del 18 de julio de 1960 se creó el hoy extinto Departamento de Seguridad, siendo modificada su estructura a través del Decreto 512 de 1989 que indicaba en el artículo primero: “El Departamento Administrativo de Seguridad tiene la jerarquía, obligaciones y funciones generales señaladas en el Título XII de la Constitución Política de Colombia.”, siendo del orden NACIONAL, siendo aplicable el régimen pensional al demandante a partir del 1° de abril de 1994.*

El señor JUAN CARLOS GUIZA SABOGAL se encontraba laborando para el periodo de abril de 1994 en el Departamento Administrativo de Seguridad, según se desprende del reporte de semanas – PROTECCIÓN- que obra en la página 58, archivo 14, así:

para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, había cotizado un total de 385 semanas (Página 80, archivo 14), 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

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
2695	385.00	0	0.00	0	0.00	2728	389.71	0	0.00	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 2695		SEMANAS: 385.00		DIAS: 2728		SEMANAS: 389.71					
El número de semanas se calculó con días calendario											

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **21 de junio de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1º de julio de 1995** (Página 45 y 82 Archivo 14 expediente digital) por afiliación que hiciera a COLMENA hoy PROTECCIÓN, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

1994						
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD NACIONAL 8999990396						
Mes	Ingreso base de cotización	Valor cotización obligatoria	Días cotizados	Origen de la información	Estado	Aprobar
1994/01	\$163,185	---	31	Otro Régimen	Necesita tu aprobación	<input type="checkbox"/>
1994/02	\$163,185	---	28	Otro Régimen	Necesita tu aprobación	<input type="checkbox"/>
1994/03	\$163,185	---	31	Otro Régimen	Necesita tu aprobación	<input type="checkbox"/>
1994/04	\$163,185	---	30	Otro Régimen	Necesita tu aprobación	<input type="checkbox"/>
1994/05	\$163,185	---	3	Otro Régimen	Necesita tu aprobación	<input type="checkbox"/>

⁴ Al 1º de abril de 1994 la demandante se encontraba vinculada a la CLINICA SANTA RITA DE CASCIA LTDA, sociedad limitada en liquidación, matriculada el 4 de junio de 1992 en la Cámara de Comercio de Villavicencio de carácter privado e identificada con NIT. 800174566-5 dedicándose principalmente a actividades de hospitales y clínicas, con internación.

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ 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

⁵ 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, **no asistiéndole razón al a quo en la sentencia recurrida.**

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 demandante al fondo accionado COLMENA hoy PROTECCIÓN.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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.

“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 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. Pues contrario a lo afirmado por el a quo, esta Sala de Decisión, observa que el demandante expuso (Récord 16:48, archivo 21): *“En el año 1995 yo estaba trabajando 8 años en el DAS y cuando me trasladé al fondo empecé a trabajar a Colmena, eso fue por intermedio de un amigo que estuvo conmigo conviviendo en la adolescencia, en ese momento yo tenía que recibir una capacitación en la 60 con Caracas, ese día estuve con una migraña muy intensa, yo era asesor, al momento de la afiliación, firmé el formulario pero no tuve una explicación, me pasaron el formulario y estaba solo, nunca realicé ninguna actividad porque yo pasaba referidos a amigos y ellos hacían las afiliaciones, como asesor debía captar clientes y afiliarlos al fondo de Colmena, yo por no hacer la capacitación era un amigo el que hacía las afiliaciones, yo no atendía a los clientes, eso lo hacía*

Juan Pablo, eran familiares y amistades y ellos escuchaban la charla de Juan Pablo, solo tenía contacto con Juan Pablo, no recibo extractos de Protección, solo recibí información de las semanas pero de otro fondo, yo me traslade de Cajanal a Colmena, eso se dio porque estaba cesante y un amigo me dijo que requerían asesores en Colmena, yo tenía que recibir capacitaciones y no pude ir pero mi amigo hablo y me dijo que le refiriera las personas, pero no recibí capacitación, yo firmé el formulario de afiliación, nunca diligencié, no me acuerdo quién estaba conmigo en ese momento, yo llevaba con esa empresa como 3 o 4 meses, no sé quién es Luis Patarroyo, la firma es mía y la información, la letra no es mía pero si la información, eso fue en un punto de cesantías en Kennedy, ese día nos pasaron la información, habíamos como 6 asesores nuevos, la información si la facilité porque la personas iba escribiendo los datos, me pidió residencia, nacimiento y familiares o beneficiarios, él me dijo que era requisito porque empezaba a laborar como asesor, que debía trasladarme, en ese momento me dijeron que los fondos privados estaban para la afiliación y que el fondo público se acabaría, no me explicaron requisitos, solo fue la afiliación, rendimientos si me explicaron porque daban mayor rendimiento, a Colfondos me trasladé en el año 2000 por medio de una asesora que me hablo sobre ventajas, éramos como 4 personas que estábamos ingresando y nos dijo a todos, ella mencionó los beneficios y que generaba mayor rentabilidad y que se iba al fondo privado, la afiliación fue libre y voluntaria, no me mencionaron sobre la cuenta de ahorro individual, ni que pasaba si me moría, no dijeron qué pasaba con los aportes de Cajanal, en el año 2002 me pasé a Porvenir y una asesora fue la que se presentó ahí, era familiar de los compañeros de la entidad y me hablo sobre rentabilidad, ella era hermana de un compañero, luego a ING me pasé porque me recomendaron a otra familiar y por eso me afilié, los beneficios eran la rentabilidad, ella mostraba una tabla y hacia el comparativo de los fondos, leí la información que correspondía a mis beneficiarios y personal, no pude estar en la capacitación, en el 2011 terminé con la empresa y al ingresar a la nueva me pasaron un nuevo formulario, me pasaba a las AFP porque los asesores eran conocidos, no más, en el 2012 me abordó otra asesora e hice el cambio, los rendimientos son importantes, hice traslados pero era por insatisfacciones con la AFP, hoy día pienso que Colpensiones es un fondo público y debí quedarme ahí, la pensión es mayor, eso uno lo conoce, de pronto en reuniones familiares o conocido se habla e eso, actualmente no me he acercado a Colpensiones a averiguar, los asesores eran personas conocidas de mis compañeros de trabajo, las charlas eran de manera grupal, no caí en cuenta de

preguntar, hoy día si caí en cuenta de eso, ninguna información daba a los clientes porque yo no estaba capacitado, yo recibía por masa de afiliaciones, tenía que hacer 4 o 5 afiliaciones mensuales, siempre uno decía que era por mayor rentabilidad para los traslados, y luego Juan Pablo iba adonde yo lo refería, las funciones más eran las de hacer afiliaciones, entregaba formularios diligenciados, era solo eso, allá iba uno en la mañana y eran 4 o 5 Coordinadores y cada uno manejaba 6 personas y uno entrega los formularios, no había una retroalimentación, era más en calle que en oficina, duré 4 o 5 meses en Colmena”.

En este orden, se puede constatar que ninguna prueba existe sobre 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, pues lo único que conoce la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatiza 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 tomara en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación. Aunado a ello, no tiene incidencia el hecho de que el demandante fuera asesor en Colmena para el momento del traslado, pues independientemente de dicha gestión la AFP Protección debió cumplir su carga probatoria y demostrar que el actor conoció las ventajas y desventajas al momento del traslado y que no fue por laborar en la misma empresa que suscribió el formulario.

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 (*Página 45, 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 la AFP demandada COLMENA hoy PROTECCIÓN (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, mismos que no fueron atendidos por el *a quo*.**

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y

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

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

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1995, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP PROTECCIÓN estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó, sin que sea reprochable al actor el haber laborado como asesor en Colmena.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (21 de junio de 1995, efectivo el 01 de julio de 1995), 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.

En cuanto al hecho de que el demandante antes del traslado estuviese afiliado en pensiones a CAJANAL, como se puede leer del formulario de afiliación, baste con indicar, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende, siendo el accionante afiliado a dicha Caja de Previsión Social, continuó después de la vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 Ley 100 de 1993), vinculado 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 4⁷ 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 del demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado de régimen, máxime teniendo en cuenta, la UGPP

⁷ “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.”

conforme el artículo 3⁸ de la misma disposición normativa, al liquidarse CAJANAL, únicamente asumió la administración de la nómina de pensionados, más no la afiliación de los cotizantes.

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 PROTECCIÓN, COLFONDOS y PORVENIR, ésta última como actual administradora del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se revocará la decisión de primer grado.

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

Asimismo, se deberán retornar los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁹, 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

⁸ “(...) 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 (...)”.

⁹ Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

propias utilidades¹⁰, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a PROTECCIÓN, COLFONDOS y PORVENIR, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, pues al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos, comisiones y deducciones 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 los mismos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las demás sumadas indicadas. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada».

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

¹⁰ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

«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 PROTECCIÓN 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 (...).».

Así también 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 PROTECCIÓN 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.

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 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 PROTECCIÓN 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 interpuesta por COLPENSIONES y UGPP¹¹, (Página 34 y 35 «07ContestacionColpensiones.pdf» y Página 57 archivo 06), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ 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

¹¹Se tuvo por contestada mediante auto de 23 de mayo de 2023 (archivo 15 del expediente digital) a las dos codemandadas COLPENSIONES y UGPP.

no probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Por último, se desvinculará a la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-**, teniendo en cuenta que esta entidad conforme el artículo 3¹² del Decreto 2196 de 2009, al liquidarse CAJANAL, **únicamente asumió la administración de la nómina de pensionados, más no la afiliación de los cotizantes.**

Agotada la competencia de la Sala por el recurso de apelación formulado por el actor, se revocará la decisión de primer grado para en su lugar declarar la Ineficacia del traslado de régimen pensional del accionante, ordenando a las demandadas **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, efectuar el traslado del saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro del demandante, para que COLPENSIONES reciba dichas sumas y lo tenga como afiliado.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de las demandadas **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

REVOCAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar se dispone:

¹² “(...) 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 (...)”.

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional efectuado por **JUAN CARLOS GUIZA SABOGAL** el 21 de junio de 1995 (con fecha de efectividad 1° de julio de 1995) al Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia para todos los efectos se tendrá que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: CONDENAR a las demandadas **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual del actor con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas o gastos 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, conforme lo considerado.

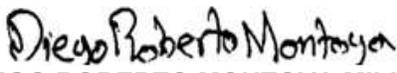
CUARTO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

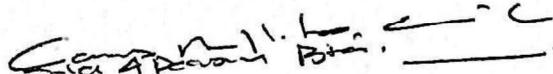
QUINTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a recibir los saldos trasladados de la **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, a favor del accionante, teniéndolo válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida.

SEXO: DESVINCULAR a la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-**, conforme a lo considerado.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de las demandadas **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA