

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO por JORGE BUSTOS
(q.e.p.d.)¹ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 01 2020 00441 01).**

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

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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor de la sentencia proferida por el Juez Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de marzo del 2023 (*Audio archivo 18 expediente digital, récord: 29:30*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el señor JORGE BUSTOS, identificado con la cédula de ciudadanía 2.283.043 que en paz descanse es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por ende tiene derecho a que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES le aplique para los efectos de reconocimiento de la pensión especial de vejez, régimen de transición según lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 por haber cumplido los requisitos legales, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a pagar al demandante JORGE BUSTOS, identificado con cédula de ciudadanía. 2.283.043 que en paz descanse, la pensión especial de vejez a partir del 18 de diciembre de 2017, teniendo en cuenta cómo mesada pensionado inicial, la suma equivalente al

¹ Falleció el 10 de septiembre del 2021 conforme al registro civil de defunción (Archivo 9 expediente digital, pág. 5)

salario mínimo legal vigente con sus respectivos incrementos y mesadas adicionales de ley para los siguientes años, esto es a la fecha de reconocimiento de la prestación económica conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES, a pagar al demandante señor JORGE BUSTOS de condiciones civiles ya indicadas, los intereses moratorios de qué trata del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta cómo se indicó en este proceso judicial ellos correrían a partir del momento en que se hizo la correspondiente reclamación y esto es con fecha 1° de septiembre de 2017 y hasta cuando se efectúe el pago, también conforme lo indicado en la parte motiva de la presente decisión.

CUARTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción respecto a las mesadas causadas con antelación al 31 de mayo de 2014, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

QUINTO: DECLARAR no probadas las otras excepciones propuestas, de acuerdo a lo decidido en la parte motiva de la presente decisión.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada por haber resultado vencida en esta primera instancia judicial.

SEPTIMO: Tener para todos los efectos pertinentes como se indicó también al inicio de esta diligencia judicial como sucesora procesal a la señora en este proceso judicial María Inés Molina.”

El apoderado del demandante elevó solicitud de ACLARACIÓN en los siguientes términos (Récord 32:42):

Gracias su señoría, quisiera de pronto en el punto segundo solicitar una aclaración de la parte resolutive porque dice condenar a pagar a partir del 18 de diciembre del 2017 la mesada, de pronto escuché mal pero eso nos implicaría que la mesada surgiría a partir de ahí, nos podría presentar una equivocación frente a la reclamación porque sí aplicamos como lo dijo en su parte considerativa la prescripción daría del 31 de mayo del 14, de tal forma que yo creería que deberíamos de clarificar ese punto para que no haya duda posterior a cualquier pago, gracias.

Ante lo cual el Juez de primer grado resolvió:

AUTO (Récord 34:44): Teniendo en cuenta la solicitud elevada por el apoderado judicial de la parte actora, procede entonces este despacho judicial a fin de atender lo solicitado a aclarar la sentencia proferida en sede de instancia, en el entendido y resaltando en el presente proceso que si bien es cierto se declara probada parcialmente la excepción de prescripción, se debe tener entonces en cuenta que las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 31 de mayo de 2014 se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, esto es aplicando la prescripción trienal conforme a lo indicado en la parte motiva de la presente sentencia judicial, por todo lo anterior se dispone entonces que la aclaración en la forma y términos solicitados queda establecida en este caso, conforme lo dispuesto por este despacho judicial.

Inconforme con la decisión COLPENSIONES² interpuso recurso de apelación, aduciendo, que no se discute que en principio el señor Jorge Bustos era beneficiario del régimen de transición, por cuanto cumplía la edad de 46 años de edad al 1° de abril de 1994, sin embargo, para dicha calenda solamente contaba con 166,86 semanas de cotización, pues la historia laboral del demandante se logró establecer que al 25 de julio del 2005 contaba con 709,05 semanas al sistema de Seguridad Social, razón por la cual el peticionario perdió el régimen de transición, ya que no logró acreditar las 750 semanas de cotización a dicha fecha para conservar el régimen de transición, por lo que en vista de que el demandante perdió el régimen de transición, no se le extendió conforme al Acto Legislativo 01 de 2005.

Dado lo anterior, aduce la prestación pensional se estudio a la luz de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003, estableciendo que si bien el señor Bustos contaba con 73 años de edad solamente tenía 745,71 semanas de cotización, razón por la cual no cumplió con el requisito mínimo de semanas establecido por la Ley 797 del 2003 y en esa medida considera no habría lugar al reconocimiento de la prestación, porque si bien es cierto se tendría como beneficiario de transición, este no logró extender el régimen conforme el Acto Legislativo 01 del 2005 y por lo tanto pues no se podría hacer el estudio de su prestación conforme al Acuerdo 049 de 1990, modificado por el Decreto 758 de 1990, sino que tendría que realizarse el estudio de su prestación conforme a la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, solicitando por ende revocar la sentencia en su totalidad.

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 JORGE BUSTOS (q.e.p.d.), las pretensiones relacionadas en las páginas 4 y 5 (*Archivo 5 expediente digital*), las cuales encuentran sustento en los hechos relacionados en las páginas 5 a 7 (*ibídem*); solicitando se declare es beneficiario del régimen de

² (Audio archivo 18 expediente digital, récord: 35:58)

transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, reuniendo los requisitos legales para acceder a la pensión y causar el derecho el 18 de diciembre del 2007, en consecuencia se condene al pago de las mesadas ordinarias y adicionales a partir del 1° de enero del 2013 como quiera que hizo aportes al sistema hasta el 29 de diciembre del 2012, junto con los intereses moratorios o en subsidio la indexación y las costas del proceso; **obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se condenó a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de vejez pero a partir del 31 de mayo del 2014 al haber encontrada probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad a esa data (3 años anteriores a la interposición de la demanda). Lo anterior, tras encontrar acreditada que el actor conservó el beneficio del régimen de transición acreditando los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 para obtener la prestación pensional, con 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es, al 18 de diciembre del 2007.

Así pues, en primer lugar, se advierte el examen de la Sala además de los motivos de la alzada expuestos por Colpensiones será también en lo que le fue desfavorable en la sentencia, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en su favor.

En este orden de ideas, corresponde a la Sala establecer en primer lugar si el demandante hoy fallecido es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, beneficio que de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del párrafo transitorio 4 del acto legislativo 01 de 2005³, tiene dos límites temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el

³ "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

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

régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo - 29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

De tal manera, en el expediente reposa copia de la cedula de ciudadanía del demandante (q.e.p.d.) (*Archivo 1 expediente digital, pág. 27*) que da cuenta de su fecha de nacimiento el 18 de diciembre de 1947, ello permite concluir que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1° de abril de 1994 el actor contaba con 46 años de edad. Por tanto, en principio sería beneficiario del régimen de transición, por lo menos hasta el 31 de julio de 2010 y, eventualmente, hasta el año 2014, debiendo proceder entonces a la verificación del régimen que le sería aplicable a efecto de establecer sus requisitos y la acreditación de los mismos en el plenario.

En cuanto al régimen anterior, se observa que el señor JORGE BUSTOS (q.e.p.d.) durante su vida laboral efectuó cotizaciones a COLPENSIONES, desde el 20 de septiembre de 1989, fecha que se consigna en el “RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR” aportado por COLPENSIONES y actualizado al 20 de agosto del 2021 (*Archivo 8 expediente digital*), por manera que, el régimen anterior aplicable a la situación pensional del actor lo sería el contenido en el Acuerdo 049 de 1990, que en su artículo 12 exige la edad de 60 años para el hombre y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, como se dijo, antes del 31 de julio de 2010.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que el demandante alcanzó los 60 años el **18 de diciembre del 2007**, pues nació el mismo día y mes de 1947, y en cuanto a las semanas, se advierte conforme a la historia laboral atrás citada *-actualizada al 20 de agosto del 2021-*, acredita un total de

745.71, de las cuales **542,29⁴** fueron cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años, esto es, del 18 de diciembre de 1987 al 18 de diciembre del 2007, cumpliendo así con el requisito de semanas exigido por el Acuerdo 049 de 1990, tal y como lo dispuso el fallador de primera instancia y, en esa medida debe aclarar la Sala a Colpensiones en punto a su apelación, al superar el señor JORGE BUSTOS las 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad (18/12/2007), el Acto Legislativo 01 de 2005, no afectó en nada su derecho pensional⁵.

Por lo anterior, no cabe duda para esta Sala, la existencia del derecho pensional en cabeza del promotor de la litis, siendo el reconocimiento pensional en principio a partir del día siguiente a la última cotización efectuada al sistema, esto es, **1° de enero del 2013** (ver Archivo 8 historial laboral aportada por Colpensiones).

No obstante debe en este punto la Sala, estudiar la excepción de prescripción oportunamente propuesta por COLPENSIONES⁶, es de advertir, el derecho se causó desde el momento en que el accionante cumplió los 60 años de edad **-18 de diciembre del 2007-**, siendo solicitada solo hasta el 31 de mayo del 2017⁷,

4

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
11217101507	COINTRASUR	20/09/1989	30/11/1989	\$39.310	10,29	0,00	0,00	10,29
29000600899	COINTRASUR	01/01/1992	31/12/1994	\$98.700	156,57	0,00	0,00	156,57
890700598	COOPERATIVA DE TRANS	01/01/1995	31/12/1995	\$119.000	51,43	0,00	0,00	51,43
890700598	COOPERATIVA DE TRANS	01/01/1996	31/12/1996	\$143.000	51,43	0,00	0,00	51,43
890700598	COOPERATIVA DE TRANS	01/01/1997	31/12/1997	\$173.000	51,43	0,00	0,00	51,43
890700598	COOPERATIVA DE TRANS	01/01/1998	31/12/1998	\$204.000	51,43	0,00	0,00	51,43
890700598	COOPERATIVA DE TRANS	01/01/1999	31/12/1999	\$238.000	51,43	0,00	0,00	51,43
890700598	COOPERATIVA DE TRANS	01/01/2000	31/12/2000	\$260.000	51,43	0,00	0,00	51,43
809003392	COOPERATIVA DE TRABA	01/08/2004	31/08/2004	\$215.000	2,57	0,00	0,00	2,57
809003392	COOPERATIVA DE TRABA	01/09/2004	31/12/2004	\$358.000	17,14	0,00	0,00	17,14
809003392	COOTSERVISUR	01/01/2005	31/05/2005	\$381.500	21,43	0,00	0,00	21,43
809003392	COOPERATIVA DE TRABA	01/07/2005	31/12/2005	\$381.500	25,71	0,00	0,00	25,71

⁵ "Parágrafo transitorio 4°. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

⁶ En la contestación de la demanda (página 9 Archivo 7 expediente digital) la cual se admitió por auto del 25 de julio del 2022 (Archivo 11 expediente digital).

⁷ Conforme se indica en la Resolución SUB 107772 del 27 de junio del 2017 (pág. 6 Archivo 1 expediente digital).

negada por acto Administrativo SUB 107772 del 27 de junio del 2017 (págs. 6 a 9 Archivo 1 expediente digital) notificado el 12 de julio del 2017 (pág. 116 Archivo 7 expediente digital) y acudiendo a la jurisdicción el 3 de septiembre del 2020⁸ (Archivo 3 expediente digital), por lo que es claro que la prescripción cobró operatividad y en esa medida se encuentra probado el medio exceptivo alegado y procedería el pago de las mesadas desde el **3 de septiembre del 2017**, pues desde la exigibilidad del derecho (18/12/2007) a su reclamo (31/05/2017) transcurrieron más de los tres años establecidos en el artículo 151 del C.P.L. y S.S., igualmente desde la fecha en que se le notificó la negativa del reconocimiento pensional (12/07/2017) a la interposición de la demanda (3/09/2020) transcurrió el mismo tiempo –más de 3 años-. Se modifica la decisión del Juez *a quo*, en este aspecto.

Frente a la cuantía de la mesada pensional, ha de advertirse que procede el reconocimiento de la pensión de vejez deprecada por la parte actora, en cuantía igual a un salario mínimo legal mensual vigente, como quiera que así se dispuso en primera instancia y no fue objeto de apelación por la parte actora, además no puede hacerse más gravosa la situación de Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta y en todo caso conforme se evidencia de la Historial Laboral citada los IBC reportados por el afiliado corresponden al salario mínimo de cada anualidad.

En cuanto a la cantidad de mesadas a reconocer, es menester traer a colación la previsión consagrada en el inciso 8º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, que señala que “*Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año*” consignándose en el Parágrafo transitorio 6º “*Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8º del presente artículo, **aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año**”.* (Negrilla y subrayado de la Sala).

⁸ La demanda fue admitida el 30 de junio del 2021 (Archivo 6 expediente digital) y notificada a COLPENSIONES el 8 de febrero del 2022 (Archivo 10 expediente digital), esto es, dentro del año establecido en el artículo 94 del C.G.P.

De conformidad con lo anterior, dado que la prestación pensional se causó el **18 de diciembre del 2007** (fecha para la cual el demandante tenía los 60 años de edad y acreditó las 500 semanas requeridas), debe recibir el pago de 14 mesadas pensionales al año, como así quedó plasmado en la sentencia de primer grado, la cual deberá ser prolijada también en este punto.

Procede la Sala a concretar el retroactivo adeudado como quiera que en primera instancia no se efectuó, encontrando que del 3 de septiembre del 2017 al 30 de marzo del 2023 (fecha de la presente sentencia) se adeuda la suma de **\$68.659.022**, la cual se seguirá causando a la fecha de inclusión en nómina.

Tabla Retroactivo Pensional				
Fecha inicial	Fecha final	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
03/09/17	31/12/17	\$ 737.717,00	4,93	\$ 3.639.403,9
01/01/18	31/12/18	\$ 781.242,00	14,00	\$ 10.937.388,0
01/01/19	31/12/19	\$ 828.116,00	14,00	\$ 11.593.624,0
01/01/20	31/12/20	\$ 877.803,00	14,00	\$ 12.289.242,0
01/01/21	31/12/21	\$ 908.526,00	14,00	\$ 12.719.364,0
01/01/22	31/12/22	\$ 1.000.000,00	14,00	\$ 14.000.000,0
01/01/23	30/03/23	\$ 1.160.000,00	3,00	\$ 3.480.000,0
Total retroactivo			\$ 68.659.022	

En otro giro, en cuanto a los intereses moratorios que fueron objeto de condena, es menester precisar, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cualquiera que sea su fuente, pudiendo colegirse, el pago tardío de las mismas debe ser sancionado en los términos de tal normativa, y en ese orden dentro de este especial asunto contrario a lo considerado por el Juez de primer grado Si existen razones que justifican el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía al actor al tenor de lo expuesto en Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013, en tanto para la fecha en que el señor JORGE BUSTOS (q.e.p.d.) solicitó el reconocimiento pensional -31 de mayo del 2017- no se acreditaban en su historia laboral las semanas laboradas con su empleador COINTRASUR, situación que solo vino a demostrarse con el proceso que se inició con posterioridad a esa data ante el Juzgado Civil del Circuito de Chaparral-Tolima (págs. 13 a 47 Archivo 1 expediente digital), véase como fue en audiencia del 30 de octubre del 2018 en donde tal empleador se obligó a cancelar el calculo actuarial a favor del demandante por los periodos

comprendidos del 1° de enero de 1991 al 31 de diciembre del año 2000 (págs., 13 y 14 ibidem), el cual tan solo se canceló el **29 de noviembre del 2019** (pág. 48 ibidem), circunstancia con la cual se acreditó fehacientemente el periodo que faltaba en la historia laboral y en esa medida era claro que sin esos aportes el demandante no podía hacer exigible su derecho pensional, razón por la cual para esta Sala de decisión no fue un actuar caprichoso de Colpensiones en el caso de autos, situación que conlleva a revocar la condena de intereses moratorios en virtud de la consulta que se surte en favor de Colpensiones.

Sin embargo se dispondrá el pago debidamente indexado del retroactivo adeudado, en tanto 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).

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

Finalmente, resulta necesario recurrir al control oficioso de legalidad, el cual debe realizarse en cualquier etapa del proceso en ejercicio de las facultades conferidas al Juez como director del proceso y adoptar las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales (Artículo 48 del C.P.L. y S.S.). Todo ello en punto a no pasar por alto, aspectos que pudieren ir en abierta contradicción con un eficaz y debido proceso.

Lo anterior para señalar que se ordenará dejar en suspenso el pago de las condenas impuestas a COLPENSIONES, por cuanto el retroactivo pensional que en vida le correspondía al señor JORGE BUSTOS (q.e.p.d.), no es susceptible de reconocimiento a favor de la señora MARIA INES MOLINA por vía de este proceso ordinario laboral a quien el Juez *a quo* reconoció como sucesoria procesal en audiencia del 24 de noviembre del 2022 (Archivos 13 y 14 expediente digital), pues, estas ingresaron al patrimonio del causante, y en esa medida forman parte de la masa sucesoral que debe ser adjudicada a todos sus herederos de acuerdo a los órdenes hereditarios dentro del proceso legal establecido para ello, trámite cuya competencia se encuentra reservada al Juez de familia, y como quiera que en autos no se acreditó en debida forma la calidad de única heredera de la señora María Inés Molina, precisando que tal fin no se cumple con el registro civil de matrimonio (pág. 7 Archivo 9 expediente digital), por cuanto con éste solo se constata la calidad de cónyuge (vocación hereditaria) más no de única heredera, por ende como ya se advirtió, se dispondrá que las sumas resultantes de la condena impuesta en el presente ordinario, sean canceladas conforme lo disponga la jurisdicción competente o

en el evento que ya se encuentre la sucesión correspondiente una vez se acredite en legal forma ante la encartada, esta procederá con el pago en los porcentajes asignados en la misma en los términos legales, adicionándose en este punto el fallo de primer grado.

En los términos que anteceden se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, procediendo a la modificación y adición de la sentencia, en los puntos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado en cuanto a que COLPENSIONES debe reconocer y pagar la pensión a la que tenía derecho el señor JORGE BUSTOS (q.e.p.d.) a partir del **3 de septiembre del 2017**, precisándose el retroactivo adeudado desde dicha data hasta la fecha de esta sentencia (30/03/2023) asciende a **\$68.659.022**, el cual se seguirá causando hasta la inclusión en nómina.

Tabla Retroactivo Pensional				
Fecha inicial	Fecha final	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
03/09/17	31/12/17	\$ 737.717,00	4,93	\$ 3.639.403,9
01/01/18	31/12/18	\$ 781.242,00	14,00	\$ 10.937.388,0
01/01/19	31/12/19	\$ 828.116,00	14,00	\$ 11.593.624,0
01/01/20	31/12/20	\$ 877.803,00	14,00	\$ 12.289.242,0
01/01/21	31/12/21	\$ 908.526,00	14,00	\$ 12.719.364,0
01/01/22	31/12/22	\$ 1.000.000,00	14,00	\$ 14.000.000,0
01/01/23	30/03/23	\$ 1.160.000,00	3,00	\$ 3.480.000,0
Total retroactivo				\$ 68.659.022

SEGUNDO: REVOCAR la condena por INTERESES MORATORIOS -numeral *TERCERO* sentencia de primera instancia- y en su lugar condenar a la **INDEXACIÓN** del retroactivo adeudado, conforme a lo considerado.

TERCERO: MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la sentencia apelada, para en su lugar DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al **3 de septiembre del 2017**.

CUARTO: ADICIONAR la decisión del Juzgado 1° Laboral del Circuito con el fin de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a efectuar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, del retroactivo que le sea reconocido al demandante (q.e.p.d.).

QUINTO: PRECISAR que el pago de las condenas impuestas en este ordinario, se efectuará conforme lo establezca el Juez de familia o en el evento que ya se encuentre la sucesión correspondiente, una vez se acredite en legal forma ante la COLPENSIONES, esta procederá con el pago en los porcentajes asignados en la misma, en los términos legales.

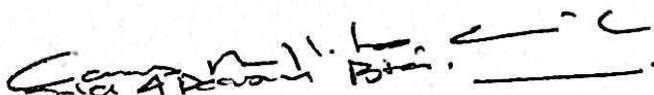
SEXTO: CONFIRMAR en lo demás el fallo proferido por el Juez 1° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia.

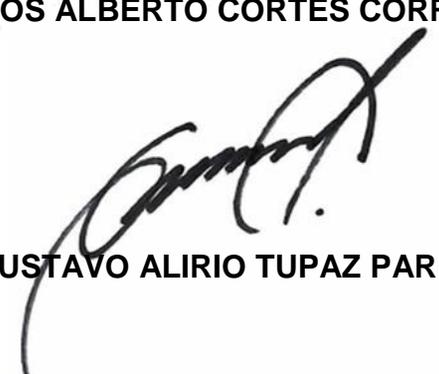
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CÁRLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

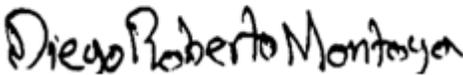
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HILDA MARIA CASTRO
HINCAPIE y RAMIRO HINCAPIE CASTRO CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA
ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- (RAD. No. 04 2021 00293 01).**

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada LAURA NATALIA FEO PELÁEZ como apoderada sustituta de la UGPP, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por OMAR ANDRES VITERI DUARTE, como representante legal de la sociedad VITERI ABOGADOS S.A.S.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el 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 propuesto por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-**, en adelante **UGPP**, así como el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida por el

Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 30 de enero de 2023 (Exp. Digital: «17GrabacionAudiencia300123», récord 25:11 en la que se resolvió:

«PRIMERO: CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar a los demandantes **HILDA CASTRO DE HINCAPIÉ** y **RAMIRO HINCAPIÉ VELASQUEZ**, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de febrero de 2017 hasta el 31 de mayo de 2019 sobre las diferencias dejadas de pagar durante aquel lapso.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

TERCERO: CONDENAR en costas a la demandada, fíjense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, concédase el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada».

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandada **UGPP** interpuso recurso de apelación¹, exponiendo, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 son intereses resarcitorios, su nombre moratorio es un nombre formal que no tiene nada que ver con la realidad, agregó, no tuvo en cuenta el fallador de instancia que estos conllevan como su meta a su fin, asimismo, como lo ha expresado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia C- 601 de 2000, su meta es mantener el poder adquisitivo del dinero y hay que recordar que cuando la entidad pagó la mesada completa mediante la Resolución de 2019, se hizo la indexación de la mesada y del retroactivo reconocido a los demandantes, existiendo ánimo resarcitorio de mantener el poder adquisitivo del dinero en consideración a lo expresado por la Corte Suprema de Justicia. Analizó, dicha Corporación ha indicado

¹Apoderado **UGPP** (récord 25:55); “Su señoría por parte de la **UGPP** se interpone recurso de apelación frente al fallo de primera instancia.

Muchas gracias señoría, por parte de esta defensa se separa respetuosamente de la sentencia de instancia en cuanto cómo se expresó bien en los alegatos de conclusión, al ser los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 como bien lo expresó la parte motiva del fallo en el amplio precedente de la Corte Suprema de Justicia son intereses resarcitorios, su nombre moratorio solo es un nombre formal que no tiene nada que ver con la realidad, ya que es resarcitorio, no tuvo en cuenta el fallador de instancia que estos conllevan como su meta a su fin, asimismo, como lo ha expresado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia C- 601 de 2000, su meta es mantener el poder adquisitivo del dinero y hay que recordar que cuando la entidad pagó la mesada completa mediante la Resolución de 2019, ya se hizo la indexación de tanto de la mesada cómo del retroactivo reconocido a los demandantes, por lo tanto ya existió el ánimo resarcitorio de mantener el poder adquisitivo del dinero en consideración a que muy bien lo ha expresado la Corte Suprema, que no puede existir dos veces una reactualización del dinero, ya que la indexación y los intereses resarcitorios son improcedentes, por lo tanto se interpone recurso de apelación solicitando al Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral que revoque en su totalidad la condena aquí impuesta y en el mismo sentido revoque la condena en costas, ya que como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, para que exista una condena en costas contra entidades públicas, la misma debe basarse en las mala fe o las actuaciones dilatorias por parte de la entidad, situación que no se encuentra presente en la motivación del fallo y por lo tanto la condena se vuelve carente de fundamentos y por lo tanto incongruente, en este sentido se interpone recurso de apelación contra el fallo de instancia, muchas gracias su señoría.”.

que no puede existir dos veces una reactualización del dinero, ya que la indexación y los intereses resarcitorios son improcedentes. En el mismo sentido, solicitó se revoque la condena en costas impuesta, ya que como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, para que proceda este concepto contra entidades públicas, el mismo debe basarse en la mala fe o las actuaciones dilatorias por parte de la entidad, situación que no acaeció en este asunto.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de los demandantes las pretensiones elevadas en el escrito de la demanda («01.Demanda.pdf», página 3), las cuales encuentran apoyo en los hechos relacionados en las (páginas 4 a 7 ibidem), dirigidas a que se condene a la UGPP al reconocimiento y pago de los intereses moratorios que prevé el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la omisión en el pago oportuno de la totalidad de las mesadas pensionales causadas desde el 1º de febrero de 2017 hasta el 31 de mayo de 2019, causadas a favor de los demandantes HILDA CASTRO DE HINCAPIE y RAMIRO HINCAPIE CASTRO, quienes ostentan la calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge e hijo inválido del pensionado fallecido HERNÁN HINCAPIE VELÁSQUEZ (q.e.p.d.), respectivamente, toda vez que el 50% de la sustitución pensional fue ingresada en nómina para el mes de febrero de 2017, sin embargo, también se canceló un valor inferior al que correspondía, esto desde la fecha de efectividad 04 de agosto de 2013 al 28 de febrero de 2017, el cual suma (\$93.172.791). Igualmente, el valor real de la mesada pensional vino a pagarse de forma correcta hasta el mes de junio de 2019, así mismo, suplica la condena en costas y demás derechos que resulten probados conforme a las facultades *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, por cuanto se condenó a la demandada UGPP a reconocer y pagar a los demandantes HILDA CASTRO DE HINCAPIÉ y RAMÍRO HINCAPIÉ VELASQUEZ, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de febrero de 2017 hasta el 31 de mayo de 2019 sobre las diferencias dejadas de pagar durante aquel lapso, se declararon no probadas las excepciones propuestas y se condenó en costas a la entidad.**

Bajo tal entendido, habida cuenta que se conoce del presente proceso además del recurso de apelación interpuesto por la demandada, también 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.

Pues bien, lo primero que debe advertirse es que no es motivo de controversia en esta instancia, la calidad de pensionado que ostentó el causante **HERNÁN HINCAPIE VELÁSQUEZ** (q.e.p.d.), atendiendo, mediante Resolución No. 127 del 16 de septiembre de 1971 la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, le reconoció la pensión de jubilación en cuantía de \$5.712,50, efectiva a partir del 1º de septiembre de 1971, asimismo, a través de la Resolución No. 387 de 1980 se reajustó la prestación en cuantía de \$17.056,07 a partir del 30 de junio de 1980, hechos que extraen del contenido de las resoluciones que reposan en el expediente administrativo arrimado por la **UGPP** al subsanar la contestación de la demanda (*Resolución RDP 000686 del 13 de enero de 2014 en adelante, página 42 y s.s., archivo 10SubsanacionContestacionDemanda.pdf*). Ahora bien, respecto del reconocimiento del derecho que recae sobre los demandantes en este juicio, debe señalarse, la **UGPP** en Resolución RDP 686 del 13 de enero de 2014, reconoció una pensión de sobrevivientes, inicialmente, a favor de la señora **HILDA MARIA CASTRO DE HINCAPIE** en calidad de cónyuge en un porcentaje equivalente al 50% de la mesada devengada por el cujus a partir del 04 de agosto de 2013, día siguiente al fallecimiento del pensionado, dejando en suspenso el porcentaje restante al señor **HINCAPIE CASTRO RAMIRO** en calidad de hijo inválido, hasta tanto, aportara los documentos exigidos por la entidad y relacionados en el acto administrativo ibidem.

En la Resolución RDP 16861 del 29 de abril de 2015, se negó el levantamiento del porcentaje dejado en suspenso, corriendo la misma suerte según lo dispuesto en la Resolución RDP 32542 del 11 de agosto de 2015, por medio de la cual se resolvió un recurso de reposición y en subsidio apelación. Finalmente, el acto administrativo RDP 36552 del 09 de septiembre de 2015 resolvió la apelación en el mismo sentido.

Mediante Resolución RDP 16838 del 26 de abril de 2016 se reiteró la improcedencia de levantamiento del porcentaje suspendido.

A través de la Resolución RDP 34325 del 16 de septiembre de 2016, se reconoció y ordenó el pago del 50% dejado en suspenso al señor **HINCAPIE CASTRO RAMIRO** en calidad de hijo inválido a partir del 04 de agosto de 2013, representado por la señora **HILDA MARIA CASTRO DE HINCAPIE**.

Posteriormente, la UGPP por medio de la Resolución No. RDP 047954 del 20 de diciembre de 2016, modificó la Resolución No. 34325 del 16 de septiembre de 2016 en su artículo 1º a través del cual aseveró que la prestación pensional tenía el carácter de compartida, consideración frente a la cual la parte actora presentó solicitud de revocatoria directa, siendo resuelta de manera desfavorable en Resolución RDP 047768 del 19 de diciembre de 2018 y confirmada mediante Resolución RDP 003955 del 11 de febrero de 2019.

La anterior decisión fue revocada a través de la **Resolución RDP 006860 del 28 de febrero de 2019**, en los siguientes términos:

“PRIMERO: Revocar la Resolución RDP 47964 del 20 de diciembre de 2016 y la Resolución RDP 47768 del 19 de diciembre de 2016 y la Resolución RDP 47768 del 19 de diciembre de 2018, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: En consecuencia, se ordena a la Subdirección de Nómina la exclusión de la nómina de pensionados la Resolución No. 47964 del 20 de diciembre de 2016, continuando en nómina de pensionados con la Resolución 34325 del 16 de septiembre de 2016, por la cual ajustó a derecho la resolución RDP 686 del 13 de enero de 2014

(...)”.

Ahora bien, la Resolución **RDP 015895 del 23 de mayo de 2019**, resolvió: *“Modificar la parte motiva pertinente y el artículo segundo de la Resolución RDP No. 06860 del 28 de febrero de 2019 (...)”.* Igualmente, indicó:

“... se ordena a la Subdirección de Nómina la exclusión de la nómina de pensionados la Resolución No. 47964 del 20 de diciembre de 2016, continuando en nómina de pensionados con la Resolución 34325 del 16 de septiembre de 2016, por la cual ajustó a derecho la resolución RDP 686 del 13 de enero de 2014.

PARÁGRAFO: El Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional pagará como consecuencia del artículo anterior las diferencias a partir de la inclusión en nómina de la resolución No. 47964 del 20 de diciembre de 2016 a la inclusión en nómina del presente acto administrativo”.

Establecido lo anterior, y conforme los motivos de la alzada y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad accionada, es menester precisar en relación con

la procedencia del reconocimiento de los intereses moratorios, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales sin tener en cuenta su fuente legal, pudiendo colegirse, el pago tardío de las mismas, debe ser sancionado en los términos de dicha norma, acogiéndose en este punto, lo referido por el Juez *a quo* en el presente asunto al no evidenciar una razón que justifique la actuación desplegada por la entidad² en el desconocimiento del derecho que le asistía a los demandantes.

Adviértase, la finalidad de estos intereses, a voces de la Corte Suprema, no es otro que la de resarcir los perjuicios ocasionados a los pensionados por la cancelación tardía de sus mesadas pensionales y, con ello, hacer efectiva la garantía prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, con apego al cual uno de los principios mínimos fundamentales aplicables al trabajo es el de asegurar «(...) *el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones (...)*»³.

Del mismo modo, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios⁴ de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta de la respectiva entidad de seguridad social y a su posible apego a los postulados de la buena fe, salvo que la negativa se funde en el ordenamiento legal vigente o que la definición del derecho obedezca a las reglas jurisprudenciales fijadas, entre otras condiciones analizadas en concreto, pudiéndose colegir en consecuencia, el pago tardío de mesadas pensionales debe ser sancionado en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando no se evidencie una razón que justifique el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía a los demandantes⁵, criterio reiterado recientemente por la Alta Corporación en sentencia SL3130-2020⁶, en la que precisó:

«(...) *En primer lugar, que permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe. Ello con la salvedad de algunos casos en los que, según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con*

² Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.

³ Sentencia SL1681 de 2020.

⁴ CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras, reiteradas en sentencia SL3130 de 2020.

⁵ Sentencia CSJ SL787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.

⁶ En la cual, además, hace extensivos los intereses moratorios cuando lo pretendido es la reliquidación o reajuste.

amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas». (Negrilla de la Sala).

Así las cosas, verificadas las actuaciones desplegadas para conceder la prestación por parte de la **UGPP**, se tiene que en el caso de marras no se observa ninguna razón atendible ni respaldo normativo frente a la renuencia de la demandada en proceder al reconocimiento y pago del 100% de la mesada de la pensión de sobrevivientes a favor de los promotores de este litigio, pues, si bien les fue reconocido el derecho como beneficiarios de la prestación, lo cierto es que, por interpretaciones perpetradas al interior de la entidad no devengaron la mesada que les correspondía legalmente⁷. Al respecto, se resalta, la Resolución No. RDP 047954 del 20 de diciembre de 2016, modificó la Resolución No. 34325 del 16 de septiembre de 2016 en su artículo 1º indicando que la prestación tenía el carácter de compartida, siendo jurídicamente incorrecta esta apreciación, toda vez que la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, mediante Resolución No. 127 del 16 de septiembre de **1971**, reconoció la pensión de jubilación en cuantía de \$5.712,50, efectiva a partir del 1º de septiembre de 1971, asimismo, a través de la Resolución No. 387 de 1980 se reajustó la prestación en cuantía de \$17.056,07 a partir del 30 de junio de 1980⁸, permitiendo concluir que el pensionado fallecido percibió la prestación de carácter convencional antes del 17 de octubre de 1985, siendo una pensión compatible y **NO COMPARTIDA**, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto 758 de 1990, que previó:

“ARTÍCULO 18. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES. *Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.*

PARÁGRAFO. *Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.”. (Negrilla fuera del texto).*

⁷ La UGPP sostuvo que la pensión reconocida en vida al señor Hincapié Velásquez Hernán tenía el carácter de COMPARTIDA, siendo incorrecto ya que se demostró el carácter de COMPATIBLE.

⁸ (Resolución RDP 000686 del 13 de enero de 2014 en adelante, página 42 y s.s., archivo 10SubsanacionContestacionDemanda.pdf).

En aplicación a lo anterior, como al fallecido le fue reconocida la pensión convencional antes del **17 de octubre de 1985**, la prestación es **compatible**, como ya se advirtió, por lo que no había lugar a deducir valor alguno de las mesadas percibidas por la cónyuge e hijo inválido entre el 1º de febrero de 2017 al 31 de mayo de 2019, último extremo que se extrae, atendiendo, que solo con la Resolución RDP 015896 del 23 de mayo de 2019 se subsanó el error por parte de la entidad al ordenarse la inclusión en nómina en cuantía del 100% a partir de julio de 2019, y aceptando que la pensión de sobrevivientes reconocida tenía el carácter de compatible, de tal suerte, no es posible dar aplicación en este caso concreto a la citada jurisprudencia que permita su exoneración, de ahí que, los citados intereses sobre el retroactivo adeudado se causan a partir del **1º de febrero de 2017 al 31 de mayo de 2019**, tal como lo concluyó el a quo, pues nótese que las resoluciones que tomaron la abrupta decisión de indicar que la pensión era compartida fueron imputadas para los siguientes periodos:

- Certificación de inclusión en nómina **FOPEP**, página 146, Archivo SubsanciónContestación.pdf a favor del demandante **RAMIRO HINCAPIE CASTRO**, de la cual se extrae que el 1º de febrero de 2017 se suspendió y se reactivó el 1º de julio de 2019:



FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DEL NIVEL NACIONAL FOPEP

HACE CONSTAR

QUE EL (LA) SEÑOR (A) RAMIRO HINCAPIE CASTRO IDENTIFICADO (A) CON CC NO. 19373037, A LA FECHA REGISTRA LA SIGUIENTE INFORMACIÓN:

Tipo Pensión	Nombre Pensión	NPP	Fecha Resolución	Fecha Elegibilidad	Fondo	Fecha Suspensión	Fecha Ingreso	Estado	Valor Actual
99	SUST NACIONAL	686019	28/02/2019	04/08/2013	CAJA AGRARIA	01/07/2019	01/06/2019	SUSPENDIDA X RELIQUIDACI	0.00
99	SUST NACIONAL	1589619	23/05/2019	04/08/2013	CAJA AGRARIA		01/07/2019	ACTIVA	1,123,228.37
99	SUST NACIONAL	4796416	20/12/2016	04/08/2013	CAJA AGRARIA	01/08/2019	01/02/2017	SUSPENDIDA X RELIQUIDACI	0.00

Tipo Documento	CC	Documento	19373037
Primer Apellido	HINCAPIE	Segundo Apellido	CASTRO
Primer Nombre	RAMIRO	Segundo Nombre	
Fondo Actual	B(CAJA AGRARIA)		
Observaciones			

Banco - Sucursal

- Certificación de inclusión en nómina **FOPEP**, página 324, Archivo SubsanciónContestación.pdf a favor de la demandante **HILDA MARIA CASTRO HINCAPIE**, de la cual se extrae que el 1º de febrero de 2017 se suspendió y se reactivó el 1º de julio de 2019:



FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DEL NIVEL NACIONAL FOPEP

HACE CONSTAR

QUE EL (LA) SEÑOR (A) HILDA MARIA CASTRO DE HINCAPIE IDENTIFICADO (A) CON CC NO. 20127771, A LA FECHA REGISTRA LA SIGUIENTE INFORMACIÓN:

Tipo Pensión	Nombre Pensión	Npp	Fecha Reabición	Fecha Efectividad	Fondo	Fecha Suspensión	Fecha Ingreso	Estado	Valor Actual
99	SUST NACIONAL	68614	13/01/2014	04/06/2013	CAJA AGRARIA	01/02/2017	01/02/2014	SUSPENDIDA X RELIQUIDACI	0.00
99	SUST NACIONAL	686019	28/02/2019	04/06/2013	CAJA AGRARIA	01/07/2019	01/06/2018	SUSPENDIDA X RELIQUIDACI	0.00
99	SUST NACIONAL	1589619	23/05/2019	04/06/2013	CAJA AGRARIA		01/07/2019	ACTIVA	1.123.228.37
99	SUST NACIONAL	4796416	20/12/2016	04/06/2013	CAJA AGRARIA	01/06/2019	01/02/2017	SUSPENDIDA X RELIQUIDACI	0.00

Atendiendo las certificaciones en comento, se puede constatar que la **UGPP** durante el periodo 1º de febrero de 2017 al 31 de mayo de 2019 insistió en desconocer el pago del 100% de la mesada pensional que les correspondía a los demandantes, no existiendo razones exculpatorias en su actuar, pues creyó que actuaba al margen de la ley y ello no sucedió.

Ahora, frente a la procedencia de este rubro cuando existen pagos de mesadas parciales y no totales, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, explicó en sentencia del 29 de noviembre de 2022, SL 4154 de 2022, radicación No. 90.298, lo siguiente:

“Pues bien, recientemente la Sala modificó su línea de criterio y estableció que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 proceden no solo en los casos en que hubo omisión en el pago total de la pensión, sino también en los escenarios en que este se produzca de manera incompleta.

Lo anterior, toda vez que en ambos se produce un detrimento para el pensionado, el cual debe ser resarcido de manera efectiva a través de la figura de los intereses moratorios. Concretamente, la sentencia CSJ SL3130-2020 dispuso lo siguiente:

En los anteriores términos, guardando consistencia con la naturaleza especial y tuitiva de las obligaciones derivadas del derecho del trabajo y de la seguridad social, la orientación que se ha sostenido frente a la mora en el pago de salarios, prestaciones sociales y de la consignación de la cesantía, en cuanto se produce tanto por la falta de pago como por los pagos deficitarios, sería perfectamente aplicable o extensible a los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que velan porque los pensionados reciban su mesada pensional de manera completa y oportuna.

4. Por otra parte y, en relación con esto último, como se dijo en la sentencia de la Corte Constitucional C-601 de 2000, así como en la reciente sentencia de esta corporación CSJ SL1681-2020, la finalidad de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 es simplemente la de resarcir los perjuicios ocasionados a los pensionados por la cancelación tardía de sus mesadas pensionales y, con ello, hacer efectiva la garantía prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, con apego al cual uno de los principios mínimos fundamentales aplicables al trabajo es el de asegurar «[...] el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones [...]»

Por ello, esta corporación ha dicho que esa imperiosa obligación, así como las sanciones derivadas de su incumplimiento, en este caso los intereses moratorios, encuentran un importante fundamento en el hecho de que la «[...] pensión es el ingreso periódico con el que cuentan las personas de la tercera edad, las personas con discapacidad o en estado de indefensión, y los miembros del grupo familiar, para sortear sus necesidades básicas y existenciales», además de que «Dada su conexión con el mínimo vital y existencial y los derechos de grupos especialmente protegidos, la Constitución Política le dispensa un trato especial [...]» (CSJ SL1681-2020).

En paralelo a lo anterior, esta corporación ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios (CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras), de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta del deudor obligado, sino que proceden automáticamente por la mora en el pago efectivo de la obligación.

En la sentencia CSJ SL, 27 feb. 2004, rad. 21892, se dijo también que los intereses moratorios tenían ese importante designio de hacer justicia a una parte vulnerable de la población cuyo sostenimiento dependía del pago de su pensión. Esto se dijo en la decisión:

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 consagró los intereses moratorios como una fórmula para dar respuesta al retardo en la solución de las mesadas pensionales, con el plausible designio de hacer justicia a un sector de la población que se ofrece vulnerable y que encuentra en la pensión, en la generalidad de los casos, su única fuente de ingresos.

Acusan los intereses moratorios un claro y franco carácter de resarcimiento económico frente a la tardanza en el pago de las pensiones, orientados a impedir que éstas devengan en irrisorias por la notoria pérdida del poder adquisitivo de los signos monetarios.

No cabe duda de que el retardo o mora se erige en el único supuesto fáctico que desencadena los intereses moratorios. Ello significa que éstos se causan desde el momento mismo en que ha ocurrido la tardanza en el cubrimiento de las pensiones.

En esas condiciones, si los intereses moratorios tienen como finalidad reparar los perjuicios ocasionados al pensionado por la mora en el pago de su respectiva pensión, es imperioso reconocer que deben tener procedencia tanto en los casos de omisión en el pago de la prestación, como en los casos de pago incompleto, pues en los dos eventos se produce un detrimento para el pensionado, que merece una compensación efectiva.

Para la Corte, en este punto, no es admisible sostener que el pensionado únicamente sufre un daño económico cuando no recibe suma alguna por concepto de mesada pensional, pues, teniendo en cuenta que la pensión es un derecho íntimamente relacionado con el mínimo vital, además de que su cuantía está fijada legalmente y tiene una relación de correspondencia con los aportes al sistema, todo pago imperfecto, insustancial o incompleto seguirá generando un deterioro cierto, que merece a todas luces una legítima compensación.

Así las cosas, una interpretación teleológica de la norma impone reconocer que los intereses moratorios también proceden en los casos de pago parcial o incompleto de la pensión, pues en este caso el pensionado también sufre un injusto perjuicio, que merece reparación objetiva (negrilla fuera del texto).”.

Adviértase en este punto, los intereses se calculan a la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, certificada por la Superintendencia Financiera para el periodo correspondiente al momento en que se efectúe el pago.

Respecto al argumento relacionado con la incompatibilidad de los intereses moratorios con la indexación, es de precisarle a la entidad recurrente que, revisadas las certificaciones de pagos, aportadas al expediente administrativo (páginas 129 a 132, archivo 10), se puede constatar que no se ordenó pagar de forma indexada las sumas reconocidas a los demandantes, tal como se aprecia en los siguientes cuadros:

A FAVOR DE RAMIRO HINCAPIE CASTRO

HISTORIAL RESOLUCIONES										
Resolución	Año Reso.	Identificación	Prestación	F. Efectividad	F. Prescripción	C. RUAF	Valor Inicial	Año Liq.	Mes Liq.	
7228	1971	14557	10	01/09/1971			5.712,50	1971	9	
586	2014	14557	99	04/08/2013			1.753.105,59	2014	2	
47964	2018	14557	99	04/08/2013			1.753.105,59	2017	2	
5860	2019	14557	99	04/08/2013	01/09/2019		1.753.105,59	2019	6	

VALORES LIQUIDACIÓN										
Periodo	Días	Salario Mínimo	%	Mesada Anterior	Mesada Actual	Diferencia Mesadas	Retroactivo por periodo	Mesada Adicional	% Salud	Descuentos de Ley
04/08/2013 - 31/12/2013	147	589.500,00	50	45.277,75	876.552,90	831.275,05	4.073.247,75	831.275,05	12	488.789,73
01/01/2014 - 31/12/2014	360	616.000,00	50	46.756,13	893.957,92	847.401,79	10.168.821,43	1.694.803,57	12	1.220.258,57
01/01/2015 - 31/12/2015	360	644.350,00	50	47.845,45	926.262,14	878.416,69	10.541.000,30	1.756.833,38	12	1.264.920,04
01/01/2016 - 31/12/2016	360	689.455,00	50	51.084,38	988.970,09	937.885,50	11.254.626,02	1.875.771,00	12	1.350.555,12
01/01/2017 - 31/12/2017	360	737.717,00	50	54.021,95	1.045.835,17	991.813,92	11.901.767,01	1.983.627,84	12	1.428.212,04
01/01/2018 - 31/12/2018	360	781.242,00	50	58.251,45	1.088.610,55	1.032.379,11	12.388.548,28	2.064.758,21	12	1.486.825,01
01/01/2019 - 31/05/2019	150	828.116,00	50	58.019,81	1.123.229,37	1.065.208,76	5.326.043,81	0,00	12	639.125,26
01/08/2019 - 30/08/2019	30	828.116,00	50	1.123.229,37	1.123.229,37	0,00	0,00	0,00	12	0,00

RESUMEN FINAL						
Concepto	Mesadas	Indexación	Intereses	Total a Reportar	Descuentos Salud	Neto a Pagar
0	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
5	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
6	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
12	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
12	85.654.055,66	0,00	0,00	85.654.055,66	7.978.486,67	57.775.568,93
12	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
12,5	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Mesadas Adicionales	10.207.089,06	0,00	0,00	10.207.089,06	0,00	10.207.089,06
Totales	75.861.124,66	0,00	0,00	75.861.124,66	7.978.486,67	67.882.637,99

A FAVOR DE HILDA MARIA CASTRO

HISTORIAL RESOLUCIONES										
Resolución	Año Reso.	Identificación	Prestación	F. Efectividad	F. Prescripción	C. RUAF	Valor Inicial	Año Liq.	Mes Liq.	
7228	1971	14557	10	01/08/1971		1	5.712,50	1971		8
886	2014	14557	99	04/08/2013		1	1.753.105,59	2014		2
47984	2018	14557	99	04/08/2013		1	1.753.105,59	2017		2
5860	2019	14557	99	04/08/2013	01/06/2019	1	1.753.105,59	2019		8

VALORES LIQUIDACIÓN										
Periodo	Días	Salario Mínimo	%	Mesada Anterior	Mesada Actual	Diferencia Mesadas	Retroactivo por periodo	Mesada Adicional	% Salud	Descuentos de Ley
04/08/2013 - 31/08/2013	27	599.500,00	50	876.552,80	876.552,80	0,00	0,00	0,00	12	0,00
01/09/2013 - 31/12/2013	120	599.500,00	50	876.552,80	876.552,80	0,00	0,00	0,00	12	0,00
01/01/2014 - 31/01/2014	30	616.000,00	50	893.557,92	893.557,92	0,00	0,00	0,00	12	0,00
01/02/2014 - 31/12/2014	330	616.000,00	50	893.557,92	893.557,92	0,00	0,00	0,00	12	0,00
01/01/2015 - 31/12/2015	360	644.350,00	50	926.262,14	926.262,14	0,00	0,00	0,00	12	0,00
01/01/2016 - 31/12/2016	360	689.455,00	50	986.970,09	986.970,09	0,00	0,00	0,00	12	0,00
01/01/2017 - 31/01/2017	30	737.717,00	50	1.045.835,87	1.045.835,87	0,00	0,00	0,00	12	0,00
01/02/2017 - 31/12/2017	330	737.717,00	50	54.021,95	1.045.835,87	991.813,92	10.999.853,09	1.983.627,84	12	1.309.194,37
01/01/2018 - 31/12/2018	360	781.242,00	50	56.231,45	1.086.610,55	1.032.379,11	12.388.549,28	2.064.758,21	12	1.488.625,91
01/01/2019 - 31/05/2019	150	828.116,00	50	58.019,61	1.123.226,37	1.065.206,76	5.326.043,81	0,00	12	639.125,26
01/06/2019 - 30/06/2019	30	828.116,00	50	1.123.226,37	1.123.226,37	0,00	0,00	0,00	12	0,00

RESUMEN FINAL						
Concepto	Mesadas	Indexación	Intereses	Total a Reportar	Descuentos Salud	Neto a Pagar
0	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
5	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
8	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
12	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
12	28.624.548,19	0,00	0,00	28.624.548,19	3.434.945,54	25.189.602,65
12	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
12,5	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Mesadas Adicionales	4.048.386,05	0,00	0,00	4.048.386,05	0,00	4.048.386,05
Totales	32.672.932,24	0,00	0,00	32.672.932,24	3.434.945,54	29.237.986,70

Por lo anterior, no le asiste razón a la entidad recurrente, pues es claro que el retroactivo reconocido por concepto de menores valores pagados no fueron indexados, o por lo menos, no se discriminó en la liquidación aportada.

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

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la **UGPP**⁹, se tiene que la entidad enjuiciada por medio de la Resolución RDP 015896 del 23 de mayo de 2019, modificó la Resolución No. 06860 del 28 de febrero de 2019 y ordenó el pago de las diferencias causadas a partir de la inclusión en nómina, asimismo, se presentó reclamación administrativa el día 04 de diciembre de 2019 (páginas 336 a 341, archivo 10.SubsanaciónContestación.pdf) y la demanda fue presentada el 24 de junio de 2021 (pág. 1, archivo 02.ActaReparto.pdf), de modo que, evidentemente no transcurrió el término trienal legalmente establecido para la operancia de la prescripción (Arts. 448 del CST y 151 del CPTSS).

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 la **UGPP**, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

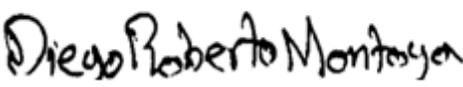
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

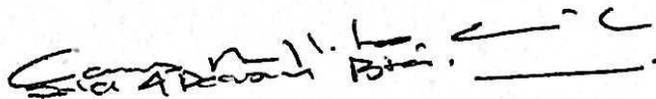
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



⁹ Desde la contestación de la demandada (Pág. 12, «08. Contestación UGPP.pdf»), la cual fue admitida por el Juzgado, mediante auto de 18 de agosto de 2022 («12 AutoAdmiteContestación.pdf»).

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Gustavo Alirio Tupaz Parra', written over a light gray rectangular background.

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

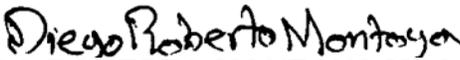
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SARA ESPERANZA BOHÓRQUEZ RODRÍGUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, OLD MUTUAL S.A. y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 11 2019 00783 01).

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada MARIA ALEJANDRA ALMANZA NUÑEZ como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá DC, el pasado 25 de enero de 2023 (10AudienciaPartell20230125, récord: 31:34), en la que se resolvió:

“PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado el 4 de enero de 1997 por la señora SARA ESPERANZA BOHORQUEZ RODRÍGUEZ del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por PENSIONAR S.A hoy OLD MUTUAL S.A, y su posterior traslado a la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A acaecida en el año 2006

SEGUNDO. - CONDENAR a las demandadas administradoras de fondos de pensiones y cesantías OLD MUTUAL S.A, y PROTECCIÓN S.A a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones realizadas por las por la demandante durante su permanencia en dicha administración, dicha administradora del RAIS, es decir el 100% de las cotizaciones obligatorias con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración y Fondo de Garantía de pensión mínima, se repite a prorrata del tiempo en que la demandante haya permanecido en dichas AFP.

TERCERO. - ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante SARA ESPERANZA BOHORQUEZ RODRÍGUEZ, al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y además a recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído.

CUARTO las excepciones propuestas se DECLARAN imprósperas.

QUINTO. - CONDENAR en costas a la sociedad OLD MUTUAL S.A, incluyendo como agencias en derecho en favor de la demandante la suma de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

SEXTO. - CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007”

Inconforme con la decisión la demandada COLPENSIONES apeló la sentencia¹, manifestando, se presenta la existencia de una indebida interpretación del

¹ **Apoderado Parte Demandada (COLPENSIONES) (récord 36:52):** “Su señoría muchísimas gracias, a continuación, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación, en contra de las providencias dictadas por su despacho en los procesos 2019-00783 y 2021-00377 con el fin de que el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, revoque la decisión tomada en primera instancia en su lugar absolver a mi representada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES aclarando en primer lugar, que cuando se concede el grado jurisdiccional de consulta por políticas de la entidad que represento me permito sustentar el recurso de apelación en los siguientes términos.

De conformidad con lo resuelto por el juzgado de primera instancia, se presenta la existencia de una indebida o no la interpretación del artículo 1604 del Código Civil, ello teniendo en cuenta fallos relacionados con traslado del régimen la interpretación del artículo 1604 del Código Civil que realiza la Corte Suprema de Justicia hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio como lo son la fuerza, dolo, al momento en que se efectuó el traslado al régimen de ahorro individual, no obstante sí obliga a que toda la carga probatoria recaer exclusivamente en los fondos privados, sin que exista menor esfuerzo procesal en cabeza de las demandantes. Dicha apreciación, se tiene que quiera la lógica de la carga probatoria de este tipo de procesos, toda vez que la responsabilidad objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva de quien causó el daño, este aspecto no aplica en estos casos en el traslado del régimen de otros potenciales pensionados ya que cuentan con el deber de asesorarse, esto conforme a lo contemplado en el Decreto de 2241 del 2010, que establece el régimen de protección al consumidor financiero determinando las obligaciones que recaen en cabeza de los afiliados que pertenecen al Sistema General de Pensiones de contribuir o aportar en el tiempo que estaba en régimen

artículo 1604 del Código Civil, teniendo en cuenta fallos relacionados con traslado del régimen y la interpretación del artículo 1604 del Código Civil que realiza la Corte Suprema de Justicia, donde hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige a la demandante soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio como son fuerza o dolo al momento en que se efectuó el traslado al régimen de ahorro individual, no obstante, sí obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en los fondos privados, sin que exista menor esfuerzo procesal en cabeza de la demandante. Dicha apreciación, se tiene de la carga probatoria en este tipo de procesos, toda vez que la responsabilidad objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva de quien causó el daño, este aspecto no aplica en estos casos en el traslado del régimen de otros potenciales pensionados ya que cuentan con el deber de asesorarse, conforme a lo contemplado en el Decreto de 2241 del 2010, que establece el régimen de protección al consumidor financiero y determina las obligaciones que recaen en cabeza de los afiliados que pertenecen al Sistema General de Pensiones en el sentido de contribuir o aportar en el tiempo que estaba en el régimen de ahorro individual y de asesorarse de las diferencias y las ventajas de uno u otro régimen, esto es, el régimen privado con el régimen público.

de ahorro individual de asesorarse de las diferencias y las ventajas de uno u otro régimen esto es el régimen privado con el régimen público es así que de conformidad con la anterior y la normatividad que exige unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, se destaca que el silencio en el transcurso del tiempo se entiende como la decisión consciente de las demandantes para los casos concretos de permanecer al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Finalmente Honorables señores Magistrados, atender al principio de sostenibilidad financiera pues ya como lo ha manifestado en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional si en el régimen de ahorro individual se sostiene de las cotizaciones efectivamente realizadas y la vida laboral de los afiliados para que una persona no (...) los requisitos de edad y número de semanas puedan obtener una pensión independientemente de las sumas efectivamente cotizados así que permitir que una persona que cuenta con la edad para pensionarse se beneficien y resulte subsidiada con las cotizaciones de los demás resulta contrario el concepto constitucional de guía contemplada en el artículo 95 de la Constitución Política sino que también afecta al principio de eficiencia pensional, así las cosas solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de la Sala Laboral, revoque la decisión tomada en la sentencia de primera instancia y en su lugar absuelva a mi representada. Como peticiones subsidiaria, solicito que en caso de no acogerse a los documentos expuestos por mi representada y en consecuencia la sala confirme la provincia objeto de alzada, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES pedir una devolución de la totalidad de la suma asegurada en la cuenta de Ahorro Individual de las demandantes por los por los fondos de pensiones privados, esto es que se realice la devolución de las cotizaciones, rendimiento financiero, bonos pensionales, cuotas abonados al Fondo de Garantía de pensión mínima, gastos de administración y todos los demás emolumentos a las que hubiese lugar los cuales deben ser reintegrados debidamente indexados por el período, por la totalidad del período que permanecieron las autoridades o las demandantes a los fondos privados, lo anterior como quiera que COLPENSIONES, no podrá dar cumplimiento a los fallos de las sentencias de primera instancia y segunda instancia hasta tanto se reintegren los recursos y se actualicen los datos de las demandantes en las respectivas bases de datos junto con su historia laboral, en igual sentido solicitó a los Magistrados que se confirme la no condena en costas a COLPENSIONES, toda vez que no participó en los actos que se consumen ineficaces y es un tercero, al cual se le causa un daño injustificado por un contrato suscrito entre partes ajenas a cualquier ciencia.

Así, culminó la sustanciación del recurso presentado en esta instancia, muchísimas gracias

Agregó, de conformidad con la anterior normatividad que exige unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, se destaca que el silencio en el transcurso del tiempo se entiende como la decisión consciente de la demandante para los casos concretos de permanecer al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Finalmente expuso lo concerniente al principio de sostenibilidad financiera, pues resulta contrario al concepto constitucional contemplado en el artículo 95 de la Constitución Política, así como afecta el principio de eficiencia pensional.

Subsidiariamente solicitó, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES para pedir la devolución de todas las sumas aseguradas en la cuenta de Ahorro Individual de la demandante a los fondos de pensiones privados, esto es, que se realice la devolución de las cotizaciones, rendimiento financiero, bonos pensionales, cuotas abonados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos de administración y todos los demás emolumentos a las que hubiese lugar los cuales deben ser reintegrados debidamente indexados por la totalidad del período que permaneció la demandante en los fondos privados, esto, como quiera que COLPENSIONES, no podrá dar cumplimiento hasta tanto se reintegren los recursos y se actualicen los datos en las respectivas bases de datos junto con su historia laboral.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*páginas 6 a 7, 01ProcesoEscaneado.pdf*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*páginas 4 a 6, ibidem*), aspirando se declare la nulidad de la afiliación al sistema de régimen de ahorro individual realizada por la AFP OLD MUTUAL y posteriormente a PROTECCIÓN, por medio del cual se trasladó del anterior Instituto de Seguros Sociales a COLPENSIONES-, se declare la libertad de afiliarse al RPM, consecuente con esto, se condene a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el RPM, a OLD MUTUAL a liberar de su base de datos a la

actora y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a COLPENSIONES. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado el 4 de enero de 1997 por la señora **SARA ESPERANZA BOHORQUEZ RODRÍGUEZ** del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por PENSIONAR hoy OLD MUTUAL S.A. y su posterior traslado a la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A acaecida en el año 2006, condenándose a las demandadas administradoras de fondos de pensiones y cesantías OLD MUTUAL S.A. y PROTECCIÓN S.A a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones realizadas por la demandante durante su permanencia en dicha administración, esto es, el 100% de las cotizaciones obligatorias con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se repite a prorrata del tiempo en que la demandante haya permanecido en dichas AFP y ordenó a COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante Sara Esperanza Bohórquez Rodríguez al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y además a recibir la devolución de los dineros ordenados.

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 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 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

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 18 de diciembre de 1959 (página 27, archivo 01ProcesoEscaneado20230117), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 05 de noviembre de 2019), OLD MUTUAL S.A. y PROTECCIÓN S.A. el 31 de octubre de 2019 (páginas 30 a 31, 72 a 73, archivo 01ProcesoEscaneado20230117 y 13 a 14 del archivo 04, respectivamente), esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional y de otra parte, dentro del plenario no se acreditó que contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994³, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con **502,29** semanas de servicio prestado 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

Imagen de semanas y empleadores (página 43, archivo 02):

RESUMEN HISTORIA LABORAL									
Nit/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta	No.Días	Salario	Error/observación	
N 860024301	INSTITUTO COL PARA EL FOMENTO DE LA EDUCACION SUPERIOR-ICFES	LABORAL	AFPS	16/05/1984	29/06/1992	2967	\$0		
N 860024301	INSTITUTO COL PARA EL FOMENTO DE LA EDUCACION SUPERIOR-ICFES	LABORAL	AFPS	30/06/1992	30/12/1993	549	\$335,403		

EL NÚMERO DE SEMANAS REPORTADAS TANTO EN LA PANTALLA COMO EN EL SERVICIO SE CALCULA DE ACUERDO A LO INDICADO EN EL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO 1748 DE 1995.

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
3516	502.29	0	0.00	0	0.00	3516	502.29	0	0.00	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 3516		SEMANAS: 502.29		DIAS: 3516		SEMANAS: 502.29		DIAS: 3516		SEMANAS: 502.29	
El número de semanas se calculó con días calendario											

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

³ Se encontraba laborando para el Instituto Colombiano de para el Fomento de la Educación Superior - ICFES-, en el cargo de psicóloga.

⁴ **Naturaleza Jurídica ICFES:** La Ley 1324 del 13 de julio de 2009, dispuso la transformación del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación, en una Empresa estatal de carácter social del sector Educación Nacional, entidad pública descentralizada del orden nacional, de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, vinculada al Ministerio de Educación Nacional -MEN.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **04 de febrero de 1997** con fecha de efectividad a partir del **1º de abril de 1997** (página 21, archivo 02), específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación (página 61, archivo 04), advirtiéndose la Sala modificará el numeral 1º de la sentencia de primer grado para establecer que la fecha de efectividad del traslado lo fue el **1º de abril de 1997**. y no 04 de enero de 1997 como erradamente se señaló.

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

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

mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…)”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte 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

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.

condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen, pues se limitó a indicar que el asesor le aseguró que el Seguro Social se iba a acabar, y que no recibió información respecto a las características y ventajas del régimen al cual se iba a trasladar, precisó, se le informó que podía tener una pensión más alta en el fondo privado y pensionarse sin restricción alguna a la edad deseada, adicionalmente, le informaron, la pensión sería heredable sin limitaciones.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PENSIONAR hoy OLD MUTUAL S.A. (Página 61, archivo 04), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la

⁷ **Interrogatorio de parte a la Demandante (récord 39:45):** “Soy empleada del ICFES, coticé como independiente en 1994 y 1996, el asesor fue a la oficina y me ratificó lo que me habían dicho en PENSIONAR luego SKANDIA, me dijo que podía tener una pensión más alta, que podía pensionarme sin restricción alguna, que la pensión sería heredable sin limitaciones, me dijo que el fondo tenía más solidez y era más reconocido en el mercado, que la pensión era más alta de la que tenía en pensionar, yo firme para hacer el traslado, la información que me dieron fue esa, yo confíe en lo que me ofrecían, me dieron la información referente a los puntos que mencioné pero no me dijeron de beneficiosos o ahorros aporte voluntario y otra información, conozco de ella en la actualidad porque lo he oído menciona en los medios de comunicación, yo están en CAJANAL, luego me afilié a PENSIONAR, luego SKANDIA y Protección, yo me acerque a las oficinas y el asesor me atendió y me hizo una proyección de cuál sería la mesada pensional, me dijo que yo podía pensionarme con un mínimo o un poquito más, eso me dejó impactada y me sentí engañada, considero que no es justo que después de trabajar yo salga con una pensión de 1 smnlv o un poquito más, me dijeron que las condiciones que me habían dado ya no son, yo leí el formulario y firmé voluntariamente, dado los beneficios que el asesor me ofrecía, sobre la garantía de pensión mínima no recuerdo esa parte, no me había preocupado porque no estaba a puertas de una pensión, cuando ya me vi llegando a la edad fue que pregunté, no me dijeron nada de transición, en el año 1997 tuve contacto con el asesor cuando o estaba vinculada con el ICFES y a la oficina llegó un asesor de PENSIONAR, me dijo que iba a dar una información importante, que mis aportes estaban en riesgo, que él me daba una solución y me dijo que podía pensionarme si me vinculaba en el fondo privado con una pensión alta y anticipada, que si no quería pensionarme los aportes me los devolvían, en Cajanal no conocía los requisitos para pensionarme, pues veía lejano eso, no recuerdo, el asesor me dijo que podía pensionarme y que era importante lo que podía aportar en ese momento, me dijo que yo podía pensionarme sin el requisito de la edad, que me podían dar una pensión más alta si limitaciones y que si no me pensionaba, ellos me devolverían los aportes, no me dijeron de edad nada, que podía lograr una pensión más alta, que podía cotizar al fondo y esa aumentaba el capital que yo tenía, que eso me permitiría tener la pensión más alta de lo que se hacía en CAJANAL y Seguro Social y que la pensión la podía solicitar y me la pagaba de lo que tuviera ahorrado, lo que me dijeron era que yo podía seleccionar a las personas que podían heredar mi pensión, no me explicaron lo del bono hasta los 60 años”.

afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

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

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

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

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

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

Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

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

...

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

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

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

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

EXP. 11 2019 00783 01 SARA ESPERANZA BOHÓRQUEZ RODRÍGUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, OLD MUTUAL S.A. y PROTECCIÓN S.A.

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 **1997**, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PENSIONAR, luego, OLD MUTUAL S.A. estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada OLD MUTUAL S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (04 de febrero de 1997 con fecha de efectividad 1º de abril de 1997), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP, en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual según se observa en el historial de vinculación, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio (página 21, archivo 02).

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

«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias».

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

«De otra parte, hay que resaltar que los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS. De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de

estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión».

En este sentido, se indicó que «los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad» (Negrillas y subrayas de la Sala).

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN S.A., como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, la Sala adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que OLD MUTUAL S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán retornar además de lo anterior, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁸ y las comisiones, **todo debidamente indexado** con cargo a sus propias utilidades⁹, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

«(...)

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

Asimismo, se adicionará la decisión de primer grado en aras de disponer que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos

⁸ Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

⁹ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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)

Ahora, frente al hecho de que la actora antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a CAJANAL (páginas 61, archivo 04 - formulario vinculación PENSIONAR), basta con indicar, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende, siendo la accionante afiliada a dicha Caja de Previsión Social, que continuo después de la vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993), afiliada al régimen de prima media con prestación definida, destacando, incluso con posterioridad en el Decreto 2196 de 2009, mediante el cual se dispuso la liquidación de Cajanal, se estableció de forma expresa en su artículo 4¹⁰ que los afiliados cotizantes, debían ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, es decir, siendo Colpensiones la única administradora del régimen de prima media, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación de la demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado de régimen, máxime teniendo en cuenta, la UGPP conforme el artículo 3¹¹ de la misma disposición normativa, al liquidarse Cajanal, únicamente asumió la

¹⁰ “ARTÍCULO 4o. DEL TRASLADO DE AFILIADOS. La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS. Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado.”

¹¹ “(...) de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente, Cajanal, EICE, en liquidación continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, creada por la Ley 1151 de 2007 (...)”.

administración de la nómina de pensionados, mas no la afiliación de los cotizantes.

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

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

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 relativo a la excepción de prescripción formulada por Colpensiones (*fls. 222 y 223, archivo 01 expediente digital*)¹² -entidad a favor de quien se surte la Consulta-, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya

¹² Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 15 de junio de 2022, archivo 01 expediente digital.

mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por ésta encartada, acogiendo la Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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

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

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

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos

del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

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

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 **OLD MUTUAL S.A.** y no de la entidad recurrente, **COLPENSIONES**.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** del fallo del Juez *a quo*, para establecer que la fecha de efectividad del traslado de la accionante lo fue el **1° de abril de 1997** y no 4 de enero de 1997, conforme lo aquí señalado.

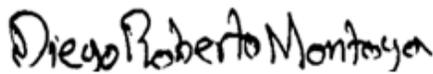
SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **OLD MUTUAL** y **PROTECCIÓN S.A.**, devolver a **COLPENSIONES** además de los rendimientos, gastos de administración y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, **las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

TERCERO: 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.

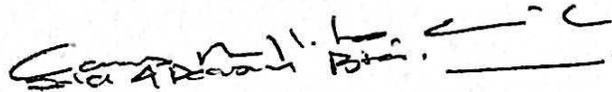
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: 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**

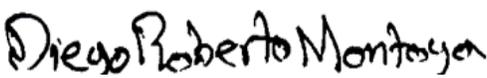
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NÉSTOR JOSUÉ GUTIÉRREZ ÁVILA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 07 2021 00288 01).

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada DIANA MARIA VARGAS JEREZ como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 7º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de

febrero de 2023 (Exp. Digital: «35ActaAudienciaArt80.mp4», récord 1:13:30), en la que se resolvió:

«**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional realizado por el señor NÉSTOR JOSÉ GUTIÉRREZ ÁVILA con la AFP PORVENIR el 12 de agosto de 1994, contenido en el formulario número 203604, igualmente la afiliación con la AFP PROTECCIÓN del 2 de febrero de 1996, contenido en el formulario número 0415441.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN, se corrige, a Porvenir, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor NÉSTOR JOSÉ GUTIÉRREZ ÁVILA, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado del régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR y PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del demandante desde el año 1994, cuando se afilió y traslado de régimen a PORVENIR, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a PORVENIR y PROTECCIÓN el término de 30 días contados a partir de la notificación del auto de obediencia al superior, deberán presentar un informe debidamente discriminado con todos los valores objeto de devolución, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, valores de los aportes que se devuelven, valores de los descuentos objeto de devolución y el valor de la indexación que se ordena y toda la información relevante que lo justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir al señor demandante sin solución de continuidad como su afiliado al régimen de prima media con prestación definida desde su afiliación inicial al Instituto de Seguros Sociales.

QUINTO: Dadas las resultas del proceso, se declaran no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN.

SEXTO: las costas son a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN, Las agencias en derecho se tasan a favor del demandante en dos salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de cada uno de los demandados y al valor de la fecha del pago.

SÉPTIMO: Ordénese la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la nación y así el superior revise la legalidad de lo decidido».

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

En primer lugar, la apoderada de COLPENSIONES indicó¹, dentro del proceso no se demostró la presencia de algún vicio del consentimiento consagrado en el

¹ **Recurso Colpensiones (1:16:34):** Gracias su señoría, me permito interponer y sustentar el recurso de apelación dentro del proceso de la referencia instaurado contra mi representada, con el fin de que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá revoque la decisión tomada por el a quo, es pertinente indicar señores magistrados que dentro del proceso no se demostró que estuviéramos en la presencia de algún vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, esto es el error, la fuerza o el dolo.

artículo 1740 del Código Civil, esto es el error, la fuerza o dolo. Adujo, nos encontramos frente a un punto de derecho que no tiene una fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado, que es aquel que afecta su validez o da una anulación o una rescisión judicial. En su sentir, existe una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil dentro de los fallos relacionados al régimen de traslado, pues esta interpretación que hace la Corte hace que la responsabilidad está en cabeza solamente del fondo y la convierte objetiva, toda vez que no le exige al demandante aportar prueba alguna que demuestre que esta el momento del vicio del consentimiento al momento de afiliarse, pero sí obliga a que toda la carga probatoria

Ahora bien, señores magistrados nos encontramos frente a un punto de derecho que no tiene una fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado, que es aquel que afecta a su validez o da una anulación o una rescisión judicial.

Por otro lado, señores magistrados existe una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil dentro de los fallos relacionados al régimen de traslado, pues esta interpretación que hace la Corte hace que la responsabilidad está en cabeza solamente del fondo y la convierte objetiva, toda vez que no le exige al demandante aportar prueba alguna que demuestre que esta el momento del vicio del consentimiento al momento de afiliarse, pero sí obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo privado, pues dicha apreciación señores magistrados quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos.

Por otro lado, existen obligaciones recíprocas por parte de los afiliados al sistema general de pensiones, obligaciones destacadas en el Decreto 2241 del 2010, una en su artículo cuatro es a informarse adecuadamente del sistema general de pensiones, dos aprovechar los mecanismos de divulgación y para conocer, y capacitación para conocer el funcionamiento del sistema general de pensiones y de conformidad con la normativa anterior señores magistrados éstos son deberes mínimos de los afiliados y destacando en este caso particular el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá que la decisión del demandante es una decisión consciente de permanecer en el ahorro individual.

Por otro lado, traigo a colación una de las sentencias con radicación 2018 - 445 del 30 de julio del 2020, donde el magistrado David Correa Steer indica frente a la prohibición legal que existe en este tipo de procesos y manifiesta que no es posible que los demandantes pretendan ahora una nulidad o una ineficacia jurídica cuando se observó que su pensión no estaría acorde a sus aspiraciones económicas y por ende el afiliado debe someterse tal como lo momento de que afirmó y firmó la afiliación con el fondo privado.

Por otro lado, perdón, la suscrita no comparte la decisión del a quo frente al principio de la descapitalización del sistema pensional, pues en la actualidad las decisiones tomadas por los despachos judiciales al declarar la ineficacia jurídica, quiebra directamente este principio consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política y del Acto Legislativo 01 de 2005, pues frente a este principio hablan sentencias como la C - 1024 del 2004, la SU 062 del 2010, la SU 130 del 2013, donde la Corte Constitucional en materia de traslado indica que nadie puede resultar subsidiado (...) otros afiliados dado que el régimen de prima media con prestación definida se descapitalizaría y la declaración injustificada de un demandante del RAIS al RPM afecta directamente a la sostenibilidad financiera del sistema pensional y pone en peligro los derechos fundamentales a la Seguridad Social de los demás afiliados, también situados señores magistrados en sentencias como la T - 489 de 2010, donde dice que no se puede permitir la descapitalización del fondo público si personas que no contribuyeron a su formación viene del último momento a beneficiarse, que cuyo pago desfinanciaría directamente al sistema pensional. Y pues con los anteriores argumentos señores magistrados no se debió declarar la ineficacia jurídica, pues en últimas sería el patrimonio público el cual llegará a pagar una pensión que llegara a percibir el demandante, ya que su ahorro lo hizo de manera individual y no ayudó a financiar las demás pensiones de los demás afiliados al sistema al RPM y no sería suficiente señores magistrados para financiar su propia pensión.

Por otro lado, recalco sus señores magistrados frente a la condena en costas, en la cual se fundamentó que de acuerdo con el inciso cuatro del artículo 48 de la Constitución Política no se puede destinar los recursos de mi representada para fines diferentes a ellos, dado que el pago de agencias y agencias en derecho y costas procesales sería contraria a esa perspectiva constitucional, toda vez que Colpensiones no participa en estos actos que se declaran nulos y mucho menos ineficaces, sino que es un tercero ajeno.

De esta manera, dejó sustentados señores magistrados mi recurso de apelación, muchas gracias señores magistrados, muchas gracias su señoría.”.

recaiga exclusivamente en el fondo privado, pues dicha apreciación quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos.

Por otro lado expuso, existen obligaciones recíprocas por parte de los afiliados al sistema general de pensiones, obligaciones destacadas en el Decreto 2241 del 2010, atinente a informarse adecuadamente del sistema general de pensiones, aprovechar los mecanismos de divulgación, conocer y capacitarse para conocer el funcionamiento del sistema general de pensiones, siendo deberes mínimos de los afiliados y destacando en este caso particular el silencio en el transcurso del tiempo permite entender que la decisión del demandante es una decisión consciente de permanecer en el ahorro individual.

Relacionó la sentencia con radicación 2018 - 445 del 30 de julio del 2020, donde el magistrado David Correa Steer manifestó que no es posible que los demandantes pretendan ahora una nulidad o una ineficacia jurídica cuando se observó que su pensión no estaría acorde a sus aspiraciones económicas y por ende el afiliado debe someterse tal como los momento de que afirmó y firmó la afiliación con el fondo privado.

La entidad recurrente mencionó, no comparte la decisión del a quo frente al principio de la descapitalización del sistema pensional, pues en la actualidad las decisiones tomadas por los despachos judiciales al declarar la ineficacia jurídica, quiebra directamente este principio consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política y del Acto Legislativo 01 de 2005, frente a este principio relacionó sentencias como la **C - 1024 del 2004**, la **SU 062 del 2010**, la **SU 130 del 2013**, donde la Corte Constitucional en materia de traslado indicó que nadie puede resultar subsidiado dado que el régimen de prima media con prestación definida se descapitalizaría y la declaración injustificada de un demandante del RAIS al RPM afecta directamente a la **sostenibilidad financiera** del sistema pensional y pone en peligro los derechos fundamentales a la Seguridad Social de los demás afiliados, Consideró, no se debió declarar la ineficacia jurídica, pues en últimas sería el patrimonio público el cual llegará a pagar una pensión que llegara a percibir el demandante, ya que su ahorro lo hizo de manera individual y no ayudó a financiar las demás pensiones de los demás afiliados al sistema al RPM y no sería suficiente para financiar su propia pensión.

Finalmente, recalcó frente a la condena en **costas**, de acuerdo con el inciso 4 del artículo 48 de la Constitución Política no se puede destinar los recursos de la entidad

para fines diferentes a ellos, dado que el pago de agencias en derecho y costas procesales sería contraria a esa perspectiva constitucional, toda vez que Colpensiones no participa en estos actos que se declaran nulos y mucho menos ineficaces, sino que es un tercero ajeno.

La enjuiciada PORVENIR S.A. atacó², el numeral 3º de la sentencia al no compartir los efectos jurídicos que se le dio a la ineficacia declarada por el a quo respecto de la condena de **devolución de sumas indexadas**.

En primer lugar, esgrimió, no se justifica la indexación de estos recursos, teniendo en cuenta que es una sanción o una medida que no está establecida en la ley, además la condena impuesta relativo del pago de las sumas ordenadas de manera

² *Recurso Porvenir (1:21:24):” Muchísimas gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación parcial en contra del numeral tercero de la sentencia que acaba de ser proferido por el a quo, con base en los siguientes argumentos:*

Honorable Tribunal Superior de Bogotá, no comparte mi representada los efectos jurídicos que se le da a la ineficacia declarada por el a quo respecto de la condena de devolución de sumas indexadas establecidas en el numeral tercero en la parte resolutive de la sentencia.

En primer lugar, pues no se realiza, no se justifica porque la indexación de estos recursos, teniendo en cuenta pues que es una sanción o una medida que no está establecida en la ley, además la condena impuesta relativo del pago de sumas ordenadas de manera indexadas resulta improcedente, toda vez que es incompatible con los rendimientos financieros que se causaron durante el término de la vigencia de la afiliación de la parte demandante con mi representada, teniendo en cuenta pues que se estaría condenando a mí representa dos veces por el mismo rubro y que pues con los rendimientos se compensa con suficiencia y la pérdida del poder adquisitivo que se hubiera podido generar respecto de los aportes de la parte demandante, la sentencia SL - 9316 del 29 de junio del 2016 precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía, en ese orden de ideas y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP se encuentra la de garantizar una rentabilidad mínima de la cuenta de ahorro individual de los afiliados, resulta incompatible ordenar indexación pues los recursos de la cuenta ahora individual de la parte demandante durante el término de la vigencia con mi representada no se vieron afectados por la inflación y por el contrario se generaron unos rendimientos financieros que exceden los mínimos establecidos en la ley, en este sentido el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas Sala Laboral dentro del proceso ordinario 2021 – 00111 01, donde funge como demandante de la señora Felisa León Poveda, indicó abro comillas “sobre el particular se considera que le asiste razón al apelante, ya que en este caso como nos refiere se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro este que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por las AFP como consecuencia de la afiliación de la demandante, por lo que entiende la sala que ese rubro sería excluyente con la indexación ordenada, por lo que se revocara la decisión en este aspecto frente a este punto la jurisprudencia laboral ha señalado que la administradora ahora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que se hubieran recibido con el motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado” Cierro, comillas.

Asimismo, la Sala laboral del Tribunal Superior de Cali en providencia del 31 de octubre del 2022, dentro del proceso ordinario 015 2021 00489 indico abro comillas “frente a la indexación la sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado en los emolumentos a retornar, por tal razón se revocará dicha determinación en su lugar se ordena devolver todas las sumas con los rendimientos y en ese mismo sentido pues se puede consultar la sentencia proferida por la Sala Primera de decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín el 26 de enero del 2023, dentro del proceso ordinario 012 2020 00165 00, en esos términos su señoría dejó sentado mi recurso de apelación parcial en contra de la sentencia que acaba de proferir al numeral tercero, solicitándole al Honorable Tribunal Superior de Bogotá que se revoque parcialmente el numeral tercero, para en su lugar determinar o establecer pues que la devolución de sumas debe hacerse sin indexación alguna, muchísimas gracias.”.

indexadas resulta improcedente, toda vez que es incompatible con los rendimientos financieros que se causaron durante el término de la vigencia de la afiliación de la parte demandante, teniendo en cuenta que se estaría condenando dos veces por el mismo rubro y que con los rendimientos se compensa la pérdida del poder adquisitivo que se hubiera podido generar respecto de los aportes de la parte demandante. Trajo a colación el contenido de la sentencia SL - 9316 del 29 de junio del 2016, la cual precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía, en ese orden de ideas y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP se encuentra la de garantizar una rentabilidad mínima de la cuenta de ahorro individual de los afiliados, resulta incompatible ordenar indexación pues los recursos de la cuenta individual de la parte demandante durante el término de la vigencia no se vieron afectados por la inflación y por el contrario se generaron unos rendimientos financieros que exceden los mínimos establecidos en la ley, en este sentido el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas Sala Laboral dentro del proceso ordinario 2021 – 00111 01, donde funge como demandante de la señora Felisa León Poveda, indicó: *“sobre el particular se considera que le asiste razón al apelante, ya que en este caso como nos refiere se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro este que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por las AFP como consecuencia de la afiliación de la demandante, por lo que entiende la sala que ese rubro sería excluyente con la indexación ordenada, por lo que se revocara la decisión en este aspecto frente a este punto la jurisprudencia laboral ha señalado que la administradora ahora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que se hubieran recibido con el motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado”*.

Asimismo, narró, la Sala laboral del Tribunal Superior de Cali en providencia del 31 de octubre del 2022, dentro del proceso ordinario 015 2021 00489, dijo: *“frente a la indexación la sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado en los emolumentos a retornar, por tal razón se revocará dicha determinación en su lugar se ordena devolver todas las sumas con los rendimientos”* y en ese mismo sentido pues se puede consultar la sentencia proferida por la Sala Primera de decisión Laboral del Tribunal Superior de

Medellín el 26 de enero del 2023, dentro del proceso ordinario 012 2020 00165 00, en esos términos se revoque parcialmente el numeral 3º, para en su lugar determinar o establecer que la devolución de sumas debe hacerse sin indexación alguna.

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 (Exp. Digital: «01Cuadernoprincipal.pdf» página 5, las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 2 a 4 ibidem), aspirando se declare la NULIDAD y/o INEFICACIA de la afiliación del señor Nestor Josué Gutiérrez Ávila a PORVENIR y PROTECCIÓN S.A, al régimen de ahorro individual, administrado para el caso en concreto por la afiliación efectuada el 12 de agosto de 1994 con PORVENIR y los posteriores traslados horizontales dentro del régimen de ahorro individual, luego el día 02 de febrero del año 1996 con la AFP PROTECCIÓN S.A, administradora en la que a la fecha se encuentra realizando sus aportes. Se declare la libertad del demandante de afiliarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al declararse la nulidad de la afiliación, consecuente con ello, se condene a COLPENSIONES a recibir al señor Néstor Josué Gutiérrez Ávila como afiliado cotizante, se condene a las AFP PORVENIR y la PROTECCION S.A a liberar de sus bases de datos al actor, se condene a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, y sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a “COLPENSIONES”, se condene al pago de costas y facultades extra y ultra petita. **Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante el 12 de agosto de 1994, contenido en el formulario número 203604 de PORVENIR, así como la afiliación con la AFP PROTECCIÓN del 2 de febrero de 1996, contenido en el formulario número 0415441. Igualmente, ordenó a PORVENIR y PROTECCIÓN, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores depositados en la cuenta de ahorro**

individual de la que es titular el señor NÉSTOR JOSÉ GUTIÉRREZ ÁVILA, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado del régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES, a devolver a COLPENSIONES todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del demandante desde el año 1994, cuando se afilió y traslado de régimen a PORVENIR, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concedió a PORVENIR y PROTECCIÓN el término de 30 días contados a partir de la notificación del auto de obediencia al superior, para que presenten un informe debidamente discriminado con todos los valores objeto de devolución, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, valores de los aportes que se devuelven, valores de los descuentos objeto de devolución y el valor de la indexación que se ordena y toda la información relevante que lo justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia. Finalmente, ordenó a COLPENSIONES a recibir al señor demandante sin solución de continuidad como su afiliado al régimen de prima media con prestación definida desde su afiliación inicial al Instituto de Seguros Sociales.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 10 de abril de 1959 (Página 2, Archivo 02.), por lo que la edad de 62 años, la alcanzó el mismo día y

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

mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR el 23 de marzo de 2021 (págs. 3 y 4 – 9 - 10, 14 y 15, archivo 02), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional -tenía 62 años-; de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 706,71 semanas (pág. 72 «28SubsanaContestación.pdf»), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

EL NÚMERO DE SEMANAS REPORTADAS TANTO EN LA PANTALLA COMO EN EL SERVICIO SE CALCULA DE ACUERDO A LO INDICADO EN EL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO 1748 DE 1995.

SUBTOTALES

HISTORIA HASTA 31/03/1994

HISTORIA TOTAL

<https://www.bonospensionales.gov.co/BonosPensionales/servlet/ServletParametrosConsu...> 11/05/2022

Resumen Historia Laboral

Page 2 of 2

LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
4957	708.14	10	1.43	0	0.00	5110	730.00	10	1.43	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 4947		SEMANAS: 706.71		DIAS: 5100		SEMANAS: 728.57					
El número de semanas se calculó con días calendario											

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 12 de agosto de 1994, efectivo el 1º de septiembre de 1994 (página 83, 85 y 104, archivo 17), por afiliación que hiciera a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, certificación de afiliación y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (CSJ SL2877-2020):

«(...)

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

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

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

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

Frente a este aspecto, 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

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

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

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

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

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

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

las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1452 de 3 de abril de 2019, CSJ SL1689 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

(...).

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 desfavor de los consumidores financieros (...).

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».

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que se vinculó al fondo privado cuando en la empresa donde trabajaba llegó una asesora de Porvenir y le informó que el Seguro Social se iba acabar, por lo que debía trasladarse y que si no se trasladaba se iba a quedar sin pensión; pero nunca se le hizo una proyección, no le informaron sobre la posibilidad de retornar al ISS, no le explicaron que pasaría con los aportes del ISS una vez se trasladara, tampoco cuales eran los requisitos para pensionarse en el 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 HORIZONTE hoy PORVENIR ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que, de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada.

Valga anotar, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. (Pág. 85, archivo 17) este no

⁶**Interrogatorio Demandante, récord 06:20:** “Mi vida laboral arranco en 1977 y está en el seguro social, luego en 1994 llegó a mi trabajo una asesora de porvenir, me dijo que el Seguro Social estaba en riesgo, que todo el mundo se estaba pasando con ellos, ella me dijo que habían beneficios que todo el mundo sabía, a mí me dijo que tendría una pensión anticipada más alta, que en caso de no quererme pensionar me devolverían los aportes sin limitación, yo llegue y firme el formulario, todos nos pasamos, en 1996 llegó un asesor de protección y me reitero que protección tenía mejor ventajas y se firmó el formulario y siguió, hace unos 5 años me acerqué a una oficina de Protección y me dijeron que mi pensión sería de un mínimo cuando, me habían dicho en 1994 y 1996 que sería superior, yo no estaba enterado de eso, me dijeron que cuando cumpliera la edad llevara los documentos, me sentí engañado, yo firme el formulario y como todo el mundo de estaba pasando pues lo hice, en 1996 firmé el formulario con Protección también, eso lo diligenció el asesor, ninguna asesoría hasta hace 5 o 6 años cuando fui a preguntas y que me salieron con el tema que nadir había dicho nada, me dijeron que ya no podía cambiarme de régimen, me quiero devolver a Colpensiones porque estuve engañado, nadie me explicó y solo me enteré hace poco, hasta hace poco yo recibí extractos pero miraba que al empresa cancelara aportes, pero no sé nada más, yo no me trasladé antes porque no sabía, ni un asesor me dijo ni nada, me dijeron que mis familiares podía tener derecho a la pensión, ellos dijeron que eran mejores administradores que el seguro Social, no dijeron de adonde financiarían la pensión, ellos dijeron que hacían el traslado y lo hacían directamente, no me dijeron sobre rendimientos, aportes voluntarios, me dijeron que si fallecía mis familiares tendrían derecho a la pensión, esos aportes me los devolverían”.

constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –PORVENIR S.A- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración 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:

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 estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los

regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. (antes HORIZONTE) omitió en el momento del traslado de régimen (12 de agosto de 1994, efectivo el 1° de septiembre 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 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.

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.

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (Porvenir y Protección), en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual según se observa en el historial de vinculación, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio (página 83, archivo 17).

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 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 gastos de administración y cuotas dirigidos al pago de los seguros de invalidez y sobrevivientes, 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.

Debe precisarse en este punto, en cuanto a que además de lo anterior, las accionadas PORVENIR y PROTECCIÓN, también deberán retornar las **comisiones y rendimientos utilizados debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades⁷, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada uno de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

«(...)

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

Sea del caso indicar, en cuanto a los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

«Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.»

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real» (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia CSJ SL3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene precisar, 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.

Es de advertir a PORVENIR y COLPENSIONES en punto a cada apelación, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de diferentes Tribunales no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁸, a favor de quien se surte la consulta (Páginas 34 a 36 «18ContestacionColpensiones.pdf»), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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 de 19 de enero de 2022 (archivo «páginas 1 a 3, archivo 22»).

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

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

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

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

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

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

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

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará la sentencia en 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,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES, además de los gastos de administración, las 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 **las comisiones y rendimientos debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

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

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Carlos Alberto Cortes Corredor

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Gustavo Alirio Tupaz Parra

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 ELENA CASAS
CORREDOR CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
– COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 14 2019 00867 01)**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada LUZ STHEPHANIE DIAZ TRUJILLO como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MIGUEL ANGEL RAMIREZ GAITAN en su calidad de representante legal de la firma WORLD LEGAL CORPORATION S.A.S.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de desatar el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 24 de enero de 2023 (archivo 18LinkAudiencia24Enero20232019867récord 47:03), en la que se resolvió:

“PRIMERO DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante señora Rosa Elena Casas Corredor del régimen de prima media con Prestación Definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A.

Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliadas al régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por COLPENSIONES.

SEGUNDO CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A., donde se encuentra vinculada actualmente la demandante a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluidos rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, mismos que deben retornar hacia el régimen de prima media previamente indexados.

TERCERO ORDENAR a COLPENSIONES a registrar en la historia laboral de cada uno de los aquí accionantes los aportes que realizaron en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

CUARTO DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo de la acción y

QUINTO CONDENAR en costas de esta acción a los a las demandadas, Tásense.

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

En primer lugar, PORVENIR¹ interpuso recurso de apelación en lo relativo al traslado a Colpensiones de los gastos de administración, arguyendo para tal fin, que

¹ **Apoderada Demandada Porvenir (récord 51:37)** Gracias su señoría, estando en esta oportunidad procedo con la presentación de recurso de apelación de forma parcial y solicitando amablemente a los señores magistrados revocar en lo que respecta cuáles son los valores a trasladar por parte de PORVENIR, en cuanto a la declaratoria ineficacia esto es en lo que tiene que ver con los gastos de administración y la indexación.

Conforme pues a lo anterior señores magistrados se ha de tener está apoderada en manifestar que si para mi representada los las afiliaciones tanto de la señora ROSA y el señor GERMÁN, fueron adelantadas conforme a los criterios de buena fe y bajo las establecimientos del artículo 112 de la Ley 100 de 1993 creando así una cuenta de ahorro individual que fue debidamente administrada por parte de mi representada y en estas circunstancias el en este caso pues la señora ROSA ELENA CASTRO estuvo de parte de mi representada como rendimientos el 44% una suma mayor a 84 millones de pesos considerando el nivel de aportes realizados y (...), bajo este entendido, fue debidamente administrados los aportes de los demandantes por parte de mi representada generando y obteniendo así rendimientos que favorecieron al capital acumulado por los demandantes, se señala también que en este caso los gastos de administración son obligaciones de tracto sucesivo que son imposibles de generar por devolución y que además de ello no van a financiar una mesada pensional de la parte actora, por ende, pues no se puede predicar dicha suma así a lo cual pues señores magistrados solicitamos se declare probada la excepción de prescripción sobre los conceptos de gastos de administración dada su naturaleza.

En este criterio, también es importante señalar que los gastos de administración obedecieron a esa voluntad de mi representada y en lo que tiene que ver con las obligaciones de la administración de las cuentas de ahorro y conforme a los rendimientos causados pues se demuestra la debida el debido lo que tiene que ver con los la indexación de sumas. Se precisa que los actuales los demandantes en la actualidad, están cobijados en este caso pues por el fondo PORVENIR sus sumas han sido administradas hasta la fecha y en ese entendido pues no se aceptó con cualquiera con alguna devaluación económica, que se pudo haber presentado pues los demandantes, obtuvieron rendimientos superiores a los mínimos exigidos por la ley y en este caso estos rendimientos superan con creces cualquier situación o afectación que se pueda haber sentado esto ya lo ha precisado el Tribunal Del

existe normatividad que señala de manera taxativa cuáles son esos emolumentos o conceptos que entran a darse en el momento de un traslado de recursos entre regímenes del sistema general de pensiones, sin contemplar los gastos de administración.

Agregó, lo anterior guarda armonía con la disposición de la Ley 100 de 1993 que señala y da la destinación específica y concreta a este gasto de administración, que precisamente fue utilizado para la correcta y eficiente administración de la cuenta ahorro individual de la aquí demandante, por ende, no se encuentra a disposición de la AFP.

Bajo estas premisas, arguyó que la entidad no tiene el deber de generar la indexación de sumas en la actualidad de los valores de la demandante y no hay razón alguna para que se genere una devolución e indexación teniendo en cuenta que los rendimientos superan con creces cualquier situación o afectación que pudo haberse presentado en la cuenta de ahorro individual de la actora.

A su turno, COLPENSIONES consideró, que la a quo al momento de la sentencia, no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica en el entendido que Colpensiones, es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora y la AFP, en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo cual independientemente de la decisión adoptada, en razón a la declaratoria o no de la ineficacia del traslado, Colpensiones no puede ser favorecida ni perjudicada con las mismas, pues nada tuvo que ver con la decisión tomada por la actora. Por tanto, no se le debe condenar a recibir a la demandante como afiliada de nuevo al RPM, pues con ello se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, debiéndose tenerse en cuenta el impacto

Distrito Judicial De Cali sala laboral, en sentencia de 20 de enero del año 2023 dentro del proceso 052 202200562 de cual manifiesta lo siguiente pero me permite abrir comillas.

“La sala considera que no hay lugar a dicha imposición de indexación toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado en los monumentos a retornar”.

Bajo el anterior pues se demuestra que mi representada no tiene el deber alguno para generar una indexación de sumas en la actualidad los de los valores de las de los demandantes se encuentran debidamente actualizados y no hay razón alguna para que se genere una devolución e indexación teniendo en cuenta que los rendimientos se reiteran, superan con creces cualquier situación o afectación que pudo haberse presentado en la cuenta de ahorro individual de los demandantes.

Conforme a la anterior pues señores magistrados reiteramos y solicitamos amablemente se revoque la decisión en los gastos de administración e indexación conforme a la considerada anteriormente de esa manera dejo sustentada el recurso de apelación, muchas gracias, su señoría”.

en la reserva pensional que se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos.

Reiteró, Colpensiones es un tercero que no tuvo injerencia en la celebración del acto jurídico y con el regreso al régimen del RPM existe una alta posibilidad de un futuro reconocimiento de derechos pensionales, lo cual genera, un alto impacto en el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para tales fines.

Agregó, cuando se declara nulidad o ineficacia del traslado según se advierte en las línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir, los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas de Fondo de Garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales y porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración, de modo que si se confirma la decisión, debe ordenarse el retorno de estos conceptos por parte de la AFP, así como los perjuicios económicos generados a Colpensiones, en atención a que en virtud de la teoría del daño del derecho civil, quien causa el daño es quien debe repararlo a un tercero del acto jurídico, como lo es Colpensiones².

² *Apoderado Demandada Colpensiones – (récord 58:59) He tenido problemas con el sonido disculpen, me permito presentar el recurso de apelación contra la sentencia proferida por su honorable despacho el día de hoy, estando dentro del término legal me permito presentar recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral, en contra de la sentencia proferida por el juzgado 14 laboral del circuito de Bogotá en los procesos que se hicieron mención. Señoría el recurso lo sustento en los siguientes términos.*

Solicito a los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se revoque la sentencia proferida por el juez de primera instancia en su totalidad toda vez que el a quo, al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta que el principio de relatividad jurídica, entendiéndolo que COLPENSIONES es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre los actores en los procesos (...) 867 de 2019, atendiendo que COLPENSIONES es un tercero ajeno al acto público celebrado entre la actora y las AFPS del RAIS, en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes con lo cual independientemente de la decisión adoptada por el juez, en razón a la declaratoria o no de la ineficacia del traslado mi representada no puede ser favorecida, ni perjudicada con la misma, pues como se ha manifestado COLPENSIONES nada tuvo que ver con la decisión tomada por los actores dentro de los procesos en mención, por lo que solicito al Honorable Tribunal Superior sala laboral, no se condene a mi representada a recibir a los actores como afiliado, al nuevo régimen de prima media con prestación definida.

Pues con esta decisión consecencial a la declaratoria de inexistencia se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones el cual fue establecido por el artículo 28 de la Constitución Política y adicionado por el artículo primero el acto legislativo 001 de 2005 pues en caso de esta condena debe tenerse en cuenta el impacto en el Producto Interno Bruto y la reserva pensional que día tras día se ha venido efectuando de manera expresiva y preocupante en este tipo de proceso, le solicito a la sala que estudie de manera juiciosa este escenario, en el cual la AFP que faltó a su deber legal de información, no acarrea graves consecuencias con la posible declaratoria de inexistencia pero COLPENSIONES, mi representada quien como ya se dijo y se ha dicho es un tercero que no tuvo injerencia en la celebración del acto jurídico del gasto público en el proceso en mención sí las acarrearía pues con el regreso de los actores al régimen de prima media existe una alta posibilidad de un futuro reconocimiento de derechos pensionales lo que genera como ya se dijo un alto un alto impacto al equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para tal fin.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Exp. Digital: «01ExpedienteDigital.pdf», páginas 48), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 43 a 47, ibidem), aspirando principalmente se declare la nulidad de traslado del RPM al RAIS efectuado por PORVENIR el 1º de enero de 2001, ante la omisión del fondo del deber de información con prudencia y pericia, como consecuencia se condene a COLPENSIONES a recibir como afiliada a la actora junto con los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el RAIS y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas por la demandante en el RAIS, facultades extra y ultra petita y costas del proceso. Subsidiariamente, solicitó se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado de la demandante realizando en el RPM en cabeza de PORVENIR en diciembre de 2000, al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional realizado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con PORVENIR S.A., a quien condenó a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual, incluyendo rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración ni comisiones, debiendo igualmente la demandada PORVENIR S.A. reintegrar a COLPENSIONES los valores que cobro a título de cuotas de administración y comisiones. Finalmente, ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado de la actora y actualizar su historia laboral con las cotizaciones que efectuó en el RAIS. Condenó en costas a las**

Ahora bien, conforme a lo estipulado, el artículo de la Ley 797 de 2003, en cual modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece claramente después de 1 año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltan 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la a la pensión de vejez que según lo anterior de los demandantes aquí presentes se encuentran inmersas en dicha prohibición, para trasladarse al Régimen Pensional, en últimas si determina que no hay la posibilidad de ordenar el retorno de los demandantes del régimen de prima media solicito al tribunal condena a la AFP, que incumplió su deber legal de información al afiliado pague a mi representada a los perjuicios económicos que a ellos genera para mí representar lo anterior en atención a que la teoría del daño del derecho civil en causa el señor debe es quien debe repararlo y no un tercero como lo es COLPENSIONES, de esta forma dejo sentado mi recurso de apelación, muchas gracias señora Juez”.

demandadas. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 07 de marzo de 1962 (Página 1, archivo 03 expediente administrativo), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante COLPENSIONES el 15 de noviembre de 2019 (Páginas 114 a 116, ibidem) y PORVENIR el 30 de noviembre de 2018 (Páginas 88 a 89, ibidem), esto es, cuando ya había alcanzado la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 57 años- frente a la primera entidad y encontrándose a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional frente a PORVENIR; y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con **42,43** semanas cotizadas al sistema (Página 157 a 160, «04ContestaciónPorvenir.pdf»), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Imagen semanas:

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

EL NÚMERO DE SEMANAS REPORTADAS TANTO EN LA PANTALLA COMO EN EL SERVICIO SE CALCULA DE ACUERDO A LO INDICADO EN EL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO 1748 DE 1995.

SUBTOTALES						HISTORIA TOTAL					
HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS	LICENCIAS / MORAS	SIMULTANEOS	LABORADOS	LICENCIAS / MORAS	SIMULTANEOS	LABORADOS	LICENCIAS / MORAS	SIMULTANEOS	LABORADOS	LICENCIAS / MORAS	SIMULTANEOS
https://www.bonospensionales.gov.co/BonosPensionales/jsp/Principal.jsp											
2/11/22, 12:24 PM											
Resumen Historia Laboral											
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
347	49.57	0	0.00	50	7.14	954	136.29	50	7.14	50	7.14
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 297		SEMANAS: 42.43		DIAS: 854		SEMANAS: 122.00					
El número de semanas se calculó con días calendario											

Empleadores según historia laboral:

RESUMEN HISTORIA LABORAL								 	
Nit/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta	No.Días	Salario	Error/observa	
P 1008212464 - 11	FUNDACION SANTA FE BOGOTA	LABORAL	TRADICIONAL	23/04/1993	31/07/1993	100	\$215,790		
P 1008212464 - 11	FUNDACION SANTA FE BOGOTA	LABORAL	TRADICIONAL	01/08/1993	13/10/1993	74	\$254,730		
P 1007105570 - 11	HELITAXI LTDA	LABORAL	TRADICIONAL	25/08/1993	22/12/1993	120	\$321,540		
P 1009841628 - 11	CASAS CORREDOR ROSA ELENA	LABORAL	TRADICIONAL	07/02/1994	30/06/1994	144	\$140,000		
P 1009841628 - 11	CASAS CORREDOR ROSA ELENA	MORA	TRADICIONAL	01/07/1994	30/07/1994	30	\$140,000	3072,	

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 noviembre de 2000 con fecha de efectividad 01 de enero de 2001** (páginas 100 y 103, «04ContestaciónPorvenir.pdf»), por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

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

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

Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (CSJ SL2877-2020):

«(...)

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

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

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió:

«I. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen

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

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

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

Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de

traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).

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

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

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

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

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

términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

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

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

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

“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.

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

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

(...)

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.

“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».

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario, pues manifestó que al momento del traslado unos asesores llegaron a su lugar de trabajo, donde se le indicó que el ISS se iba a liquidar, que era más beneficioso trasladarse al fondo privado, que si se querían pensionar debía trasladarse, que se iban a perder los recursos hasta ese momento en el Seguro Social, razón por la cual accedió a firmar el formulario de afiliación, sin que le explicaran de manera detallada cómo funcionaba el RAIS, ni como se pensionaría en el mismo. Igualmente, lo único que tenía claro era que le informaron que si no quería pensionarse cumplida la edad le devolverían el capital acumulado en su cuenta.

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

⁶ **Interrogatorio de parte a la Demandante (récord 03:40):** “Tengo 60 años, con Porvenir lo que logró recordar es que fueron a la oficina y pasaban por cada oficina, una persona que era el asesor de Porvenir decía que el ISS se iba a terminar y que ellos podían seguir con lo de pensiones, me acuerdo que fue individual, no me dijeron de la cuenta de ahorro individual, frente al capital en específico no me dijeron fue que se iba a acabar y ya, lo que me dijeron es que cuando me fuera a pensionar me daban el monto total, eso lo recuerdo porque me llamó la atención, lo que entendí es que Porvenir recogía lo que yo tenía ahorrado y me pasaba con ustedes y ya, tiempo de permanencia no me dijeron, aportes voluntarios no me dijeron nada, los extractos financieros si los recibo, yo no he actualizado el correo, siempre ha sido el del trabaja desde hace muchos años, ahora quiero trasladarme porque me habían dicho que me daban el monto total del dinero y fue por eso que me trasladé, yo puedo decir que fue un asesor y dijo que el ISS se terminaba, luego pasaban a uno y otro, el formulario fue libre, voluntario, no retorne a Colpensiones porque me interesaba que me devolvieran el monto de ahorro, yo pregunte como me quedaría la pensión y me dijeron que un mínimo y les dije que si me devolvían la plata, en Colpensiones no he solicitado la pensión, me motivó a trasladarme el salario mínimo que me quedaría”.

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

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (página 103, *ibid.*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019 y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

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

características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que puedan tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia CSJ SL1688-2019 reiterada en la CSJ SL3708-2021 y CSJ SL3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

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

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

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

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

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

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.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 2001, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (30 de noviembre de 2.000, efectivo el 01 de enero de 2001) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia CSJ STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones PORVENIR, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto, aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, en relación con el principio de la relatividad jurídica, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliada.

Debe precisarse, atendiendo las apelaciones propuestas y en relación con el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de COLPENSIONES, que se adicionará el ordinal segundo del fallo de primer grado, en cuanto a la devolución indicada, PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES, además de los gastos de administración y las comisiones, deberán retornar las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁷, 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 utilidades⁸, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente 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 CSJ SL2877-2020 en la cual sostuvo:

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

⁷ Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

⁸ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

Precisando a la recurrente PORVENIR, frente a la orden aquí impuesta de la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir, es como si dichos 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 trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

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

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

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

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

«Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si

*ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, (...) que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. **deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración** al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)*».

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

Así lo 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 CSJ SL3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

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

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

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

Sobre este aspecto, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *«el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con*

prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas» (Sentencia CSJ SL2877-2020).

Aunado a lo anterior, es de advertir a PORVENIR en punto a su apelación, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de esta Corporación no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁹, a favor de quien se surte la consulta (página 61, «03ExpedienteDigitalFolios28a29.pdf»), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2611-2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración

⁹ Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto 22 de abril de 2022 (Págs. 245 a 247 «01ExpedienteDigital.pdf»).

y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

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

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

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

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

Finalmente, en lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES de reconocer el valor de los perjuicios ocasionados, la misma se torna improcedente como quiera que tal aspecto no fue objeto del debate probatorio pues ninguna pretensión se erigió tendiente a obtener el pago de este concepto a favor de esa administradora, así como tampoco fue propuesta dicha temática a lo largo del juicio por ese extremo procesal.

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

SIN COSTAS.

En 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

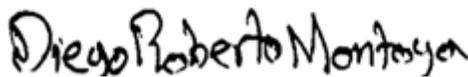
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a **PORVENIR S.A.** devolver a **COLPENSIONES** además de los gastos de administración y comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía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

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

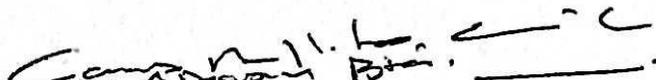
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

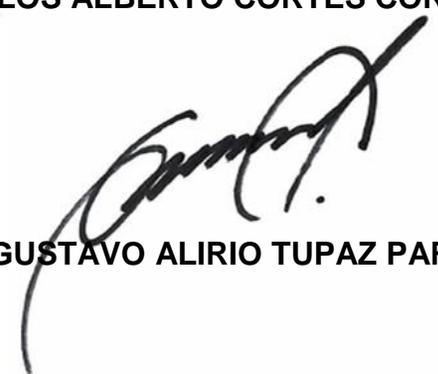
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ERNESTO CAVELIER FRANCO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. (RAD. 16 2021 00209 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo 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 primero del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por el Juez 16 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 7 de diciembre del 2022 (*Audiencia virtual, archivo 21 expediente digital, récord: 1:21:22*), en la que se resolvió:

«PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que realizara el señor **ERNESTO CAVELIER FRANCO** identificado con cedula de ciudadanía número 19.081.620 y que tuvo lugar en el mes de febrero del año 2000, por ante la demandada **CONFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**.

SEGUNDO: Condenar a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** a trasladar la totalidad de los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante, con destino a **COLPENSIONES**, incluyendo todos los valores que corresponden a capital, intereses, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensiones si los hubiere, gastos de administración y en general todo valor que se hubiere recibido en el régimen de ahorro individual con solidaridad, con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor del demandante, con destino a la administradora colombiana de pensiones **COLPENSIONES**.

TERCERO: Condenar a **COLPENSIONES** a recepcionar los recursos conforme en las condenas de los numerales anteriores y a reactivar la afiliación del demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida el cual se declara como el único en el cual de forma valido está afiliado el demandante, debiendo

actualizar el histórico de semanas cotizadas con igual número de semanas que fueron cotizadas ante el régimen de ahorro individual con solidaridad.

CUARTO: *Se Declara no probada las excepciones propuestas por el extremo demandando.*

QUINTO: *Se Condena en costas de la instancia a la parte demandada, efectúese la liquidación por secretaria, incluyendo los montos de medio salario mínimo mensual vigente a cargo de COLFONDOS S.A. y de un cuarto de salario mínimo mensual vigente a cargo de COLPENSIONES»*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada COLPENSIONES, a lo cual se procede previa la constatación de inexistencia causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Archivo 1 expediente digital páginas 1 y 2), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (página 2, ibidem), aspirando se declare la ineficacia del traslado realizado del RPM al RAIS a través de COLFONDOS S.A. en el mes de febrero del año 2000 o en subsidio se declare la nulidad, en consecuencia se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes realizados al RAIS, así como los rendimientos y demás sumas causadas y se ordene a Colpensiones a contabilizar para efectos de la pensión, las semanas cotizadas al RAIS, condenas *ultra y extra petita*, costas del proceso. **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 COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro pensional del demandante, incluyendo todos los valores correspondientes a capital, intereses, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración y en general todo valor que se hubiere recibido en el régimen de ahorro individual con solidaridad, con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor del demandante, y a COLPENSIONES le ordenó recibir lo anterior y actualizar la historia laboral. Ello tras considerar que, con**

fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 27 de junio de 1949 (páginas 23, Archivo 1 expediente digital), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2011, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1° de abril de 1994, contaba con 44 años de edad, quedando claro que, en principio, es beneficiario del régimen de transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por el demandante al RAIS en, por afiliación que hiciera a COLFONDOS y que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba con 273 semanas (*Página 19, archivo 4 expediente digital Historia Laboral Colpensiones*), no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes de entrar en vigor el nuevo sistema de seguridad social, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002, por lo que resulta procedente el estudio de la ineficacia del traslado y la conservación del beneficio transicional, desde luego si hay lugar a declararla, en virtud del incumplimiento al deber de información por parte de la AFP COLFONDOS con quien se realizó el traslado.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima

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".

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 en **febrero del año 2000 con efectividad el 1° de abril del 2000** (Ver *Página 46, rta dada por Colfondos a un derecho de petición elevado por el actor, archivo 1 expediente digital y la contestación de Colfondos al hecho No 2 Archivo 7, pág. 2*), por afiliación que hiciera a COLFONDOS S.A., **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.

Advirtiéndose en este punto, el demandante reportó afiliación al Instituto de Seguros Sociales desde el 1° de enero de 1970 efectuando aportes hasta el 1° de junio de 1977², entidad a la que se encontraba afiliado al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, por lo que al tenor de lo previsto en el inciso final del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se entiende que continuó su afiliación a dicho instituto administrador del régimen de prima media, pues según esa misma disposición, para que ello sea así, no se requiere de comunicación a la entidad pensional o del diligenciamiento de formulario alguno en el que conste su inscripción a la misma.

De otra parte, y como ya se menciona en el mes de febrero del año 2000 el actor se afilió a COLFONDOS –administradora de fondo de pensiones que pertenece al régimen de ahorro individual con solidaridad-, acto jurídico con el cual ha de entenderse, indudablemente, que existió un traslado de régimen pensional, en tanto dejó de pertenecer al régimen de prima media que administraba el ISS para vincularse al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Precisando por esta Sala de Decisión, no tiene relevancia el hecho de que el actor hubiese dejado de efectuar cotizaciones al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, dicho de otro modo, que se encontrara inactivo, por cuanto no puede perderse de vista que la afiliación al sistema general de pensiones se realiza por

² Reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado a 5 de agosto del 2021, expedido por COLPENSIONES (Archivo 4 pág. 19)

una sola vez y no se pierde por el hecho de dejar de cotizar, iterándose en este particular el actor venía con una afiliación previa al ISS, y tal como se ilustró en precedencia, no existía una restricción en el tiempo para trasladarse de régimen pensional (art. 11 del D. 692 de 1994)³.

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

³ “(...)

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.”

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (CSJ SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

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

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

deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características dlla 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.

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

“(...)”

“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.

“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.

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 demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que a la oficina de abogados donde trabajaba llegó un asesor de Colfondos con los formularios, sin efectuar ningún tipo de asesoría, refiriendo que su decisión fue tomada porque para la época había duda de la solvencia del ISS

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

⁶ Audiencia del 7 de diciembre de 2022, récord 23:16

menos que la AFP COLFONDOS, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora 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 CSJ SL1688-2019 reiterada en la CSJ SL-3708-2021 y CSJ SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

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

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

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

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

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y,

por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (febrero del 2000, efectivo el 01 de abril del 2000) 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, **en especial, la pérdida del beneficio del régimen de transición** y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS S.A. del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, 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 ordinal SEGUNDO del fallo de primer grado, en cuanto a la devolución indicada, COLFONDOS debe devolver a COLPENSIONES, además de los rendimientos ordenados y los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁷ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁸, como también las comisiones, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

«(...)

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

Precisando, frente a la orden de la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, como estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en

⁷ Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

⁸ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

«Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.»

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real» (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia 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).*

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

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

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 COLPENSIONES⁹, a favor de quien se surte la consulta (página 17, *Archivo 4 expediente digital*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

⁹ Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 20 de octubre del 2022 (Archivo 14 expediente digital).

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

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2611-2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

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

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

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

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de 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

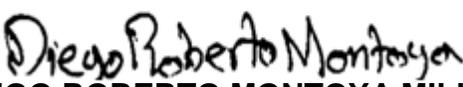
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a la AFP COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES, además de los saldos, rendimientos y gastos de administración allí ordenados, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las comisiones, debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

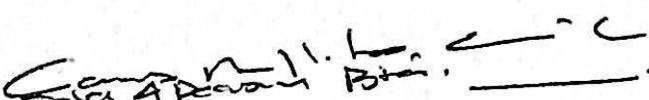
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

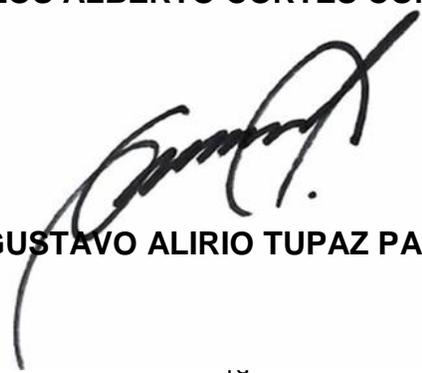
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JHON FREDY
GUALTERO TIQUE CONTRA TEMPORAL S.A., TERMOELÉCTRICA
TERMOTASAJERO II, HIUNDAY ENGINEERING CO y CEYM COMPAÑÍA
ELECTRICA MECANICA S.A.S. (19 2016 00628 03).**

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo 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,

AUTO

En relación con la solicitud consignada en el recurso de apelación y en los alegatos de conclusión por parte de **TEMPORAL S.A.**, acerca del decreto de unas pruebas de oficio, debe advertirse, no se dan los presupuestos para proceder en tal sentido en esta instancia, en tanto, acatando lo establecido en el artículo 83 del C.S.T¹., se tiene que es viable la práctica de las pruebas en segunda instancia siempre y cuando las partes convocadas a juicio las hubiesen solicitado en el momento procesal oportuno y no se hubieran practicado por una causal ajena a dicha parte, supuesto que desde luego no aplica en esta litis, pues al observarse el ítem de pruebas de la empresa recurrente se observa que solo hizo uso de los siguientes medios probatorios (página 190, 1Proceso 2016-0628):

¹*Artículo 83. Casos en que el tribunal puede ordenar y practicar pruebas. Las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia.*

Cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta.

Si en la audiencia no fuere posible practicar todas las pruebas, citará para una nueva con ese fin, que deberá celebrarse dentro de los diez (10) días siguientes. (Subrayado fuera del texto).

PRUEBAS

DOCUMENTALES

- 1.- Tirillas de pago
- 2 Comprobantes bancarios
- 3.- Consulta Archivo Nomina
- 4.- TNS nomina
- 5.- Certificados de aportes
- 6.- Carta de ingreso
- 7.- Correo (e-mail) ingreso
- 9.- Liquidación prestaciones sociales

INTERROGATORIO DE PARTE

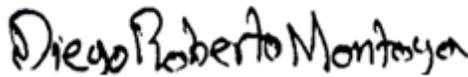
Conforme lo dispone el artículo 51 y ss., del C.P.T.S.S., respetuosamente solicito al despacho previa citación a la dirección que figura en la demanda; hacer comparecer al Demandante, para que absuelva interrogatorio que formulare personalmente o en su defecto por escrito sobre los hechos y contestación de la demanda, el cual aportare en su oportunidad.

TESTIMONIAL

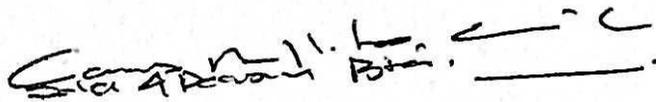
En los términos del artículo 208 y s.s., de la Ley 1564 de 2012 del (C.G.P.), aplicable a este asunto por mandato del artículo 145 del C.P.T.S.S., y ss., para que rindan declaración sobre los hechos de la demanda y demás circunstancias de su conocimiento que permitan verificarlos; Solicito al señor Juez, previa citación hacer comparecer a las señoras:

FABIOLA ESTHER MARIÑO LIZARAZO y MARIA BELEN MONTAÑEZ GARCIA, identificadas con las cédulas de ciudadanía No. 60.379.752 y 1.093.765.647 respectivamente, quienes pueden ser citados en la siguiente dirección: Calle 3 # 4E-29 Barrio La Ceiba.

Por lo anterior, se denegará la solicitud impetrada.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada **TEMPORAL S.A.**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de agosto de 2022 (récord 28:49, «AUDIENCIA ART 80.CPL PROCESO 2016-00628-20220811_170301-Grabación de la reunión»), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor **JHON FREDY GUALTERO TIQUE** identificado con la cedula de ciudadanía número 93.397.005 y la **EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES – TEMPORAL S.A.**, identificada con el Nit 807001530-4, existió una relación laboral bajo un contrato por obra o labor desde el 19 de enero de 2015 al 30 de agosto de 2015, desempeñando como último cargo el de capataz en misión con una última remuneración de cuatro millones de pesos (\$4.000.000), conforme a la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR que entre el señor **JHON FREDY GUALTERO TIQUE** y **CEYM COMPAÑÍA ELECTRICA MECANICA S.A.S** con Nit 900644178-0, existió una relación laboral del 1° de septiembre hasta el 30 de noviembre 2015, desempeñando como último cargo el de supervisor de tubería con una última remuneración de cuatro millones de pesos (\$4.000.000), conforme la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES – TEMPORAL S.A.** con Nit 807001530-4, a pagar a favor del demandante las siguientes sumas:

- Un millón ochocientos mil pesos (\$1.800.000) equivalente a la prima de servicios causada en el periodo del 19 de enero al 30 de junio del año 2015.

- Dos millones de pesos (\$2.000.000) por concepto de indemnización por despido sin justa causa que está prevista en artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo,

- y la suma de ciento treinta y tres mil trescientos treinta y tres pesos con treinta y tres centavos (\$133.333,33) diarios desde el 1° de septiembre de 2015 hasta por 24 meses, y a partir del 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre las sumas aquí resultaron adeudadas y hasta la fecha en la que el demandado pague esta obligación por concepto de la indemnización moratoria precisamente del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

CUARTO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia del contrato laboral, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y pago de salarios y prestaciones sociales propuestas por las demandadas **HYUNDAI ENGINEERING CO SUCURSAL COLOMBIA, TERMO TASAJERO DOS S.A. ESP** y **CEYM COMPAÑÍA ELECTRICA MECANICA S.A.S.** respectivamente, y parcialmente probada la de cobro de lo no debido propuesta por **TEMPORAL S.A.**, y no probadas las demás, conforme a la parte motiva.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas **HYUNDAI ENGINEERING CO SUCURSAL COLOMBIA** y **TERMO TASAJERO DOS S.A. ESP** de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **JHON FREDY GUALTERO TIQUE**, identificado con la cedula 93.397.005, conforme a la parte motiva.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada **CEYM COMPAÑÍA ELECTRICA MECANICA S.A.S.** de las demás pretensiones interpuestas por el señor **JHON FREDY GUALTERO TIQUE**, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO: CONDENAR a la demanda **EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES – TEMPORAL S.A.** en costas en favor del aquí demandante, que serán tazadas por la Secretaría del despacho.”.

Inconforme con la sentencia, el apoderado de la demandada **EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES – TEMPORAL S.A.** interpuso recurso de apelación,

manifestando, la falladora de primer grado se basó solamente en la ausencia de la prueba documental del pago de la prima de servicios y la falta probatoria no implica *per se* la aplicación de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., sostuvo, deben concurrir además presupuestos procesales para su declaración.

El recurrente indicó, se debió probar la mala fe de la empresa, situación que no aconteció en la presente litis, según este extremo, en la liquidación del contrato aparece el pago de una prima siendo liquidada al momento de la finalización del contrato, y el pago de la prima, objeto de condena, aparece en el soporte de pago del mes de junio de 2015, fecha de desembolso legal, razón por la cual no se contempló dicho concepto en la liquidación final del contrato de trabajo, no cumpliéndose los presupuestos procesales para la prueba de la mala fe.

Para soportar el recurso, citó las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, estas son, SL del 24 de abril de 2009 con radicado 35 414, SL 1433 de 2022, sentencia 32 416 del 21 de septiembre del 2010 reiterada por la SL 194 de 2019, dicho esto, afirmó no existir prueba de un incumplimiento total sino parcial, por lo que no procede la moratoria.

En segundo lugar, expuso lo referente a la violación al debido proceso y la tutela judicial efectiva, relatando, la Juez de Primer Grado no decretó pruebas de oficio para la búsqueda de la verdad y el acceso a la administración de justicia como derecho fundamental lo que no solo implica que las personas puedan acudir al operador judicial sino que también que dicho acceso sea justo y eficaz, y que al momento de resolver la litis se haga en el marco de una justicia verdadera con la aplicación de todos sus principios, acto seguido sustentó, la tutela judicial efectiva cobra una enorme relevancia al obligar a los jueces a emitir fallos materiales y fundamentados en derecho, en ese orden de ideas, las pruebas en un proceso y la posición del juez ante ellas cobra una connotación especial e inclusive en la jurisdicción laboral pues la falta del decreto de prueba de oficio que tiene el juez se ha convertido no en una facultad sino una obligación al momento de que el juez emite un fallo material en derecho, para tal fin, citó la sentencia de unificación SU 129 de 2021 de la Corte Constitucional.

Igualmente, añadió que las normas procesales establecen que decretar y practicar pruebas es una facultad del juez pero la jurisprudencia de la Corte Suprema ha

reconocido que dependiendo de la naturaleza del caso es un imperativo, puesto que la búsqueda de la verdad debe soportarse en un fallo que implique una correcta administración de Justicia para que las partes no se vean afectadas con fallos injustos sino con pronunciamientos que correspondan a la realidad, de tal forma, el desconocer lo anterior, llevaría a que los tribunales emitieran fallos donde se mantenga la incertidumbre sobre la verdad o falsedad.

A la par, afirmó que es deber de los tribunales cuando se enfrentan a casos excepcionales como el referido y con el ánimo de salvaguardar prerrogativas tan importantes como el acceso a la administración de justicia hacer uso de los amplios poderes de la instrucción al momento de resolver la consulta y la litis entre otras cosas porque el escenario puede referirse a todo el debate jurídico planteado y no a una sola parte de él, es así como existen fundamentos legales que permiten a manera de ejemplo como el Código General del Proceso en su artículo 327 y el Código Procesal del Trabajo en los cuales indican cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieran dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el tribunal a petición de parte ordenar su práctica y las demás que consideren necesarias para resolver la apelación o la consulta, de esta manera consideró, el derecho de la tutela judicial efectiva de **TEMPORAL S.A.** se ve vulnerado ya que, el *A quo* se basó en una prueba documental que ni siquiera es pertinente para resolver las pretensiones de la demanda, pues en su sentir, el despacho debió requerir a la sociedad **TEMPORAL S.A** o en su defecto interrogar exhaustivamente al demandante y no simplemente observar el proceso sin participación alguna, insistió, el despacho debió percatarse de la conducta de buena fe de la empresa al aportar todas las documentales que estuvieron a su alcance.

Por lo expuesto, razonó que no debió condenarse al pago de la prima de servicios, así como a la sanción moratoria cuando la acreencia laboral sí se pagó atentando esta decisión contra la justicia material y poniendo al demandante en un enriquecimiento sin justa causa.

Por último, el recurrente pidió se oficie a la entidad financiera Bancolombia para que aporte los extractos bancarios de la cuenta No. 61765690992 de propiedad de Temporal S.A., correspondientes al mes de junio de 2015, fecha del pago de la prima de junio, asimismo, solicitó se ordene a la entidad Bancolombia que aporte el extracto de la cuenta No. 06817841935 de propiedad de Jhon Fredy Gualtero

Tique, correspondiente al periodo mencionado, ordenando a su propia representada Temporal S.A. aportar la documentación del pago de la prima de junio² (récord: 32:01 ibidem).

²**Apoderado Temporal S.A.**, (récord 32:01, «AUDIENCIA ART 80.CPL PROCESO 2016-00628-20220811_170301-Grabación de la reunión»): “Gracias su señoría, con recurso de apelación. (...) Muchas gracias su señoría, procedo a sustentar el recurso, frente al fallo indicado por el presente despacho me permito formular como primer cargo a la sentencia el siguiente, no existe prueba la mala fe de Temporal S.A. para la condena de sanción de indemnización moratoria en este acápite del recurso me permito indicar al despacho que escuchada la sentencia proferida se tiene que el despacho no indica, ni siquiera menciona cómo llega a la conclusión de la mala fe del empleador Temporal S.A. para la indemnización moratoria que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, menester es traer a colación al Honorable Tribunal que la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no es de aplicación automática como se indicó, todo lo contrario el Juez debe evaluar la conducta del empleador para determinar si incurrió en la mala fe que lo haga responsable de la sanción, visto lo anterior se basa el fallo para dicha sanción solamente en la ausencia de la prueba documental del pago de la prima indicada en la sentencia, la mera ausencia probatoria no implica per se la aplicación de la sanción moratoria en relación que para ello deben concurrir además presupuestos procesales para su declaración, para el caso concreto se debió de haber probado la mala fe del empleador, situación que no acontece en el presente litis.

Igualmente la Honorable Juez basa su fallo en que en la liquidación del contrato del demandante no se observa el pago de una prima aludida, situación que no es prueba suficiente para comprobar dicha acreencia, perdón para comprobar la mala fe del empleador, es importante señalar que el despacho no es posible que en la liquidación de un contrato aparezca el pago de una prima, toda vez que esta no es liquidada al momento de su finalización sino en la liquidación del mes de junio, mes donde se cancela, razón por la cual no se contempla en la liquidación del contrato, no cumplir con estos presupuestos procesales para la prueba de la mala fe por parte de la sentencia del despacho es violatoria al debido proceso la cual es nula y eficaz razón por la cual debe revocarse.

Ahora bien, de tiempo atrás se ha venido sosteniendo para jurisprudencia de la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia que la aplicación de la indemnización moratoria para cualquier de los dos eventos que ocupan la atención a la sala no es automática ni exonerable y por ende en cada asunto a juzgar el sustanciador debe analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada, situación que de la sentencia no se desprende como el despacho concluyó la existencia de una mala fe por parte de Temporal S.A

Por otra parte la sentencia SL del 24 de abril de 2009 con radicado 35 414 perdón, también tiene asentado qué indicó la Honorable Sala en su momento la imposición de la condena por indemnización moratoria cuando se discute la sentencia del contrato de trabajo no depende exclusivamente de su declaración así como tampoco de su atribución de la negación del vínculo laboral pues en ambos casos se requiere la examen de la conducta del empleador y si la postura de la demandada resulta fundada de forma que así logre desvirtuar el nexo contractual tenga plena justificación, es factible exonerarla de dicha sanción, es así como en sentencia reciente SL 1433 de 2022 al resolver un caso con las mismas condiciones fácticas y jurídicas de la presente litis la Honorable Corte dispuso lo siguiente igualmente en forma preliminar debe precisarse que en efecto se equivocó la sentenciadora al considerar que se presume la mala fe de empleador que no se satisface en la oportunidad debida de los salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, pues tal como en muchas ocasiones lo ha sostenido esta sala en materia de indemnización moratoria no hay reglas absolutas que (...) u objetivamente determinen cuando un empleador es de buena fe o de mala fe, concretamente en la sentencia 32 416 del 21 de septiembre del 2010 reiterada por la SL 194 de 2019 puntualiza considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe porque las normas que regulan las señaladas sanción moratoria no es dable extraer una presunción concebida en tales términos, postura que ha dicho se acompasa en el artículo 83 de la carta política es decir en la presunción del principio de buena fe de las personas, visto lo anterior y conforme a lo desarrollado en el proceso se tiene que no hay prueba de la mala fe del empleador, a contrario sensu si existen pruebas de la buena fe de Temporal S.A inclusive siendo declarada de forma parcial por el despacho, situación que no comparto pues debió ser de forma total y no parcial, en ese orden la conducta de Temporal, de nunca haber negado hechos contentientes a la relación laboral, el monto de salarios, los reajustes e incrementos salariales realizados, el aporte de la liquidación del contrato y el aporte de los pagos y emolumentos prestacionales y laborales son pruebas suficientes que Temporal S.A nunca realizo conductas que conllevaran a ocultar la verdad verdadera del proceso, nunca se ocultaron pruebas, ni se materializaron o disfrazaron hechos concernientes a la relación laboral, su contraprestación y montos, no puede simplemente el Honorable despacho concluir que existe mala fe de Temporal S.A. pues no ha aportado una prueba documental que ni siquiera tiene relación directa con las pretensiones.

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

Igualmente, con fundamento en el artículo 83 de la carta política el principio de buena fe se presume de toda persona, inclusive jurídica, razón por la cual como quiera que la sentencia no cumple con los presupuestos procesales reiterados en varias oportunidades esta debe ser revocada.

Como segundo cargo me permito indicar al despacho como violación del debido proceso y la tutela judicial efectiva del despacho al no decretar pruebas de oficio para la búsqueda de la de la verdad verdadera, el acceso a la administración de Justicia como derecho fundamental no solamente implica que las personas puedan acudir al operador judicial sino que también implica que dicho acceso sea justo y eficaz, y que al momento de resolver la litis se haga en el marco de una justicia verdadera con la aplicación de todos sus principios, es así como la tutela judicial efectiva cobra una enorme relevancia, pues obliga a los jueces a emitir fallos materiales y fundamentados en derecho, en ese orden de ideas las pruebas en un proceso y la posición del juez ante ellas cobra una connotación especial e inclusive en la jurisdicción laboral pues la falta del decreto de prueba de oficio que tiene el juez se ha convertido no en una facultad sino una obligación al momento de que el Juez emite un fallo material en derecho, es así como la sentencia unificación SU 129 de 2021 de la Corte Constitucional nos indica que las normas procesales establecen que decretar y practicar pruebas es una facultad del juez pero la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido que dependiendo de la naturaleza del caso es un imperativo, puesto que la búsqueda de la verdad verdadera debe emitir un fallo que implique el correcto uso de la administración de Justicia para que las partes no sean afectados con fallos injustos sino con fallos que corresponden a la realidad, desconocer lo anterior llevaría a que los tribunales emitieran fallos no(...) y que por lo tanto se mantiene la incertidumbre sobre la verdad o falsedad, debe recordarse que es deber de los tribunales cuando se enfrentan a casos de excepcionales como los referidos y con el ánimo de salvaguardar prerrogativas tan importantes como el acceso a la administración de Justicia hace uso de los amplios poderes de la instrucción al momento de resolver la consulta y la litis entre otras cosas porque el escenario puede referirse a todo el debate jurídico planteado y no a una sola parte de él, es así como existen fundamentos legales que permiten a manera de ejemplo como el Código General del Proceso artículo 327 y el Código Procesal del Trabajo en los cuales nos indican cuando en la primera instancia y sin culpa de a la parte interesada se hubieran dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el tribunal a petición de parte ordenar su práctica y las demás que consideren necesarias para resolver la apelación o la consulta, ahora bien no realizar la búsqueda de la verdad verdadera por parte del despacho vulnera el derecho de la tutela judicial efectiva de Temporal S.A., pues al observar el despacho se basó en una prueba documental que ni siquiera es pertinente para reducir las pretensiones de la demanda, el despacho debió requerir a Temporal S.A o en su defecto interrogar exhaustivamente al demandante y no simplemente observar el proceso sin participación alguna, el despacho debió percatarse de toda la (...) y vista la conducta de Temporal de buena fe en que incurrió pues aportó todas las documentales que estuvieron a su alcance, debió indagar sobre el pago de la prima para emitir una sentencia justa y ajustada a la realidad.

Condenar al pago de acreencias laborales que sí se pagaron por parte de Temporal S.A. y aunado a lo anterior condenando a sanción moratoria por una acreencia laboral que sí se pagó y nunca se debió no solo atenta contra la justicia material, sino que también pone al demandante en un enriquecimiento sin justa causa, en ese orden de ideas señoría me permito solicitar al Honorable Tribunal en su momento decrete las siguientes pruebas de oficio:

- *Primero, se ordene a la entidad bancaria Bancolombia que aporte extractos bancarios de la cuenta número 61765690992 de propiedad de Temporal S.A., correspondientes al mes de junio del año 2015 y extracto del día 18 de junio del año 2015, fecha en donde se realizó la respectiva pago de la prima de junio.*
- *Dos, se ordena a la entidad bancaria Bancolombia que aporte extracto bancario de la cuenta número 06817841935 de propiedad de Jhon Fredy Gualtero Tique, extractos correspondientes al mes de junio de 2015, fecha en donde se realizó el pago de la prima efectiva de junio.*
- *Se ordene a Temporal S.A aportar la documentación del pago de la prima de junio si la hay.*
- *Adicionalmente, como cuarto se aporte el comprobante de pago de la prima del mes de junio al presente recurso que se presentará por escrito igualmente para que al Honorable Tribunal conste la verdad verdadera y ordena la práctica la prueba correspondiente.*

Me reservo el derecho a ampliar el presente recurso de forma escrita conforme a lo reglamentado por la justicia laboral, en ese orden de ideas concluyó el recurso presentado, muchas gracias su señoría."

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones incoadas a páginas 8 a 9 las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en las páginas 6 a 7 del archivo «001Proceso2016-628.pdf» del expediente digital, aspirando se declare existencia de un contrato de trabajo con las demandadas **TEMPORAL S.A., TERMOELECTRICA TERMOTASAJERO II, HIUNDAI ENGINEERING CO y CEYM COMPAÑÍA ELECTRICA MECÁNICA S.A.S.**, por 720 días, con el consecuente pago prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones por despido sin justa causa, moratoria, por no pago de intereses a las cesantías y por no consignación de las cesantías (fl. 5, ibidem). **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró la existencia de una relación laboral con la demandada EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES – TEMPORAL S.A bajo un contrato por obra o labor desde el 19 de enero de 2015 al 30 de agosto de 2015, desempeñando como último cargo el de capataz y como última remuneración la suma de (\$4.000.000), a su vez, declaró un contrato con CEYM COMPAÑÍA ELECTRICA MECANICA S.A.S. entre el 1° de septiembre hasta el 30 de noviembre 2015, desempeñando como último cargo Supervisor de Tubería y salario (\$4.000.000), condenó a la demandada EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES – TEMPORAL S.A a pagar la suma de (\$1.800.000) por concepto de prima de servicios causada en el periodo del 19 de enero al 30 de junio del año 2015, (\$2.000.000) por concepto de indemnización por despido sin justa causa, prevista en artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y (\$133.333,33) diarios desde el 1° de septiembre de 2015 hasta por 24 meses, y a partir del 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre los valores adeudados y hasta la fecha de pago por concepto de indemnización moratoria, en aplicación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Por último, declaró probadas las excepciones de inexistencia del contrato laboral, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, pago de salarios y prestaciones sociales propuestas por las demandadas **HYUNDAI ENGINEERING CO SUCURSAL COLOMBIA, TERMO TASAJERO DOS S.A. ESP y CEYM COMPAÑÍA ELECTRICA MECANICA S.A.S.** y parcialmente probada la de cobro de lo no debido propuesta por **TEMPORAL S.A.**, absolviendo de esta forma, a las demandadas **HYUNDAI ENGINEERING CO SUCURSAL COLOMBIA y TERMO TASAJERO DOS S.A. ESP** de la totalidad de las pretensiones. Lo anterior tras

considerar, la juzgadora de primer grado, obran pruebas documentales que acreditan las relaciones laborales con las sociedades **CEYM COMPAÑÍA ELECTRICA MECANICA S.A.S.** y **EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES – TEMPORAL S.A.** cada una de manera independiente, sin que se pueda entenderse como un tipo contractual diferente. La juzgadora encontró acreditado el cargo, salario y extremos, por tal motivo, procedió a verificar los pagos efectuados en los respectivos interregnos declarados por las empresas empleadoras, concluyendo que la sociedad **CEYM COMPAÑÍA ELECTRICA MECANICA S.A.S.** no adeuda suma alguna al estar soportados todos los pagos en vigencia de la relación laboral.

En lo que respecta a la sociedad, aquí recurrente, **EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES – TEMPORAL S.A.**, al revisar la prueba documental encontró que se pagaron todos los conceptos causados en vigencia de la relación laboral, excepto, lo relacionado con la prima de servicios suscitada entre el 19 de enero al 30 de junio de 2015, puntualmente, valoró la liquidación aportada por este extremo, indicando, que en efecto se discriminó este rubro siendo consignado en la cuenta del demandante pero solo en el tiempo comprendido entre el 1º de julio de 2015 al 30 de agosto de 2015, no encontrando prueba alguna sobre el pago de la prima del primer semestre, teniendo la empresa la carga de demostrar su pago, resaltó, tal concepto no fue parte de la liquidación del contrato ni está relacionado en los desprendibles de nómina allegados, considerando viable la imposición de esta condena en la suma de (\$1.800.000), como ya se ilustró. Frente a la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del C.S.T., luego de hacer un recuento normativo sobre la procedencia de esta súplica, impartió condena equivalente a un día de salario por cada día de retardo por 24 meses y a partir del mes 25 intereses moratorios, resaltando que no obra prueba en el plenario sobre el pago de la prestación social (prima), siendo viable la imposición de la sanción moratoria. Finalmente, con relación a la indemnización por despido adujo que la misiva que reposa en la página 200 del expediente digitalizado (1. Proceso 2018-0628.pdf), da cuenta que la terminación obedeció a una decisión unilateral y sin justa causa, debiendo asumir la empresa el pago de la indemnización prevista en el art. 64 del C.S.T, última condena que no fue objeto de reproche por parte de la empresa **TEMPORAL S.A.**

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada **TEMPORAL S.A.**, en el punto concreto objeto

de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

De tal manera, es claro que no existe controversia sobre la vinculación laboral del demandante con la demandada **EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES – TEMPORAL S.A.**, como tampoco los extremos de estas y el salario, en tanto tales aspectos no fueron objeto de reproche en el recurso de apelación que ocupa a la Sala. No obstante, existe discrepancia frente al pago de la prima de servicios causada entre el 19 de enero de 2015 al 30 de junio de 2015, siendo pertinente entrar a verificar las pruebas recaudadas en el plenario.

Acreditada la existencia del contrato de trabajo que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales reclamados, resulta factible pasar al estudio de los puntos de inconformidad de la sociedad demandada **TEMPORAL S.A.**, única recurrente.

En primer término, se tiene que el demandante en la pretensión cuarta³ reclamó el pago de prima de servicios soportando el *petitum* en el hecho de que la demandada nunca le reconoció este derecho durante el tiempo que prestó sus servicios como trabajador.

Por su parte **TEMPORAL S.A.** al dar respuesta al libelo aseveró que el actor desconoce que el día 01 de octubre de 2015, mediante transacción electrónica se transfirió a la cuenta de ahorro No. 06817841935, la suma de \$ 5.422.857 por concepto de liquidación de prestaciones sociales. (*respuesta hecho noveno, página 180, archivo 1.proceso2016-628.pdf*), en igual sentido, al dar respuesta a las pretensiones incoadas lo hizo de manera general. (*Página 184 ibidem*).

Sobre este asunto, no sobra precisar que en efecto, el único medio de defensa aportado junto con la contestación consiste en un extracto bancario por medio del cual se transfirió la suma de \$5.422.857 pesos al aquí demandante por medio de Bancolombia en fecha 1º de octubre de 2015 (*página 197, 1. Proceso 2016-0628.pdf*), monto que coincide con el valor total de la liquidación de prestaciones sociales donde se liquidó el concepto de prima de servicios en cuantía de

³ *Página 8, expediente digitalizado (1. Proceso 2016-0628).*

\$783.114 y que corresponde al segundo semestre de la relación laboral ya que de la liquidación se desprende como extremos liquidados el 1º de julio de 2015 al 30 de agosto de 2015, así (página 202, archivo 1.proceso 2016-628.pdf):

LIQUIDACION PRESTACIONES SOCIALES
CONTABILIDAD Y FINANZAS

COD:989
NO-FC-ES
VERSION 1.0

San José de Cúcuta, septiembre 08, 2015

BANCO : BANCOLOMBIA
CUENTA : 06817941935

DOCUMENTO : 93387005
NOMBRE : GUALTERO TIQUE JOHN FREDY
EMPRESA : CEYM COMPAÑIA ELECTRICA MECANICA SAS-561
FDC INGRESO : 19 ene 2015
FDC INGRESO : 30 ago 2015
DIAS LABORADOS : 222

BASICO : 4,000,000.00
S. TRANSP : 0.00
SALARIO BASE : 4,000,000.00

El suscrito Trabajador declara que ha recibido o enlira satisfacción de TEMPORAL S.A., las sumas de dinero a que hace referencia la siguiente liquidación:

	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	DIAS LAB. 222	DIAS INC. 0	DIAS LAB. 0
CESANTIAS					
SAL PROMEDIO	3,614,865	TRANSF PROMEDIO	1,175,042	NO PROMEDIO	3,614,865
$3,614,865 + 0 + 1,175,042$			$\times 222$		$3,614,865 \times 0$
					$= 2,953,776$
INTERESES					
			$\times 0.12 \times 222$		$0 \times 0.12 \times 0$
					$= 218,579$
PREVIDENTE					
SAL PROMEDIO	4,000,000	TRANSF PROMEDIO	898,884	NO PROMEDIO	4,000,000
$0.00 + 0 + 898,884$			$\times 60$		$4,000,000 \times 0$
					$= 783,114$
VACACIONES					
SAL PROMEDIO	3,614,865	TRANSF PROMEDIO	1,175,042	NO PROMEDIO	3,614,865
$3,614,865 + 1,175,042$			$\times 222$		$3,614,865 \times 0$
					$= 1,478,888$
OTROS					
GP					
FLETE					
					$= 0$
					$= 0$
					$= 0$
					$= 0$
					$= 0$
					$= 0$
TOTAL A PAGAR					5,432,357

SON : CINCO MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIDOS MIL CIENTO CINCUENTA Y SIETE PESOS CON 0/100

Con la presente Liquidación declaro a paz y salvo a la empresa TEMPORAL S.A. por concepto laboral y por cualquier otro concepto

FIRMA DEL TRABAJADOR
GUALTERO TIQUE JOHN FREDY
C.C. 93387005

FIRMA DEL EMPLEADOR

Nótese que no existe controversia sobre el pago en mención, pues así lo admitió el demandante al absolver interrogatorio⁴, advirtiendo que el 1º de octubre de 2015

⁴ **Interrogatorio al demandante, audiencia 24 de mayo de 2021.** A instancia de la Juez de primera instancia Yo inicié labores en Termotasajero en principios de enero de 2015, cuando recién entre fue con un contrato de prueba para ver las capacidades para llegar a un arreglo de sueldo, inicié con \$2,500,000, a los 2 meses llegue y le dije mire mi trabajo y el sueño dijo que si le servía y me dijo cuanto quiere ganar y me dijo que 5 millones, le hizo el contrato para pagar 5 millones y me comenzaron a pagar 5 millones, hay un documento donde la empresa me reitera que me iban a pagar el retroactivo desde el primer día que empecé a trabajar, yo trabajaba prácticamente, los jefes eran los Coreanos, si necesitábamos un permiso era con ellos, todos los días se hacía una charla de seguridad, yo era Supervisor, es iniciaron labores y luego tuvo un percance un accidente y debido a eso me dictaminaron una hernia inguinal, inicié procedimiento para las cifras y al cirugía que me iban a practicar en noviembre le comuniqué a la empresa que me iban a operar, ellos dijeron que iban a mirar cómo me arreglaban para hacerme mi cirugía ellos me sacaron y a los 2 días Cafesalud me ratifica que yo ya podía ir en a cualquier empresa de salud, cerca de la operación yo fui a reclamarle a Cafesalud y la incapacidad salió a nombre de la empresa, la liquidación me la iban a dar pero no concuerda con la liquidación que es, yo hago el llamado y ya no me conocían, el paso a seguir fue hacer un derecho de petición y tampoco contestaron, ninguna de las 3 empresas me tuvieron una razón, faltó que me prohibieran la entrada, yo trate de comunicarme con ellos y no tuve ninguna contestación, lo que dijeron fue que demandara,

A instancia de Temporal S.A. (récord 40:04 a 49:46): "Suscribí un contrato con Temporal S.A. desde el 19 de enero de 2015, me afiliaron a SaludCoop, ARL SURA y AFP PORVENIR, CCF Comfanorte, no recuerdo la cuenta de Bancolombia, si tengo en ese banco, Temporal canceló los salarios durante la vigencia del

mediante transacción efectuada a la cuenta de Bancolombia le pagaron \$5.422.857 pesos, única pregunta relacionada con los pagos efectuados por la empresa TEMPORAL S.A., pues haciendo uso del interrogatorio de parte este extremo no realizó más preguntas para establecer si el actor recibió el dinero que asciende a la suma de \$1.906.901, relacionado con la prima de servicios del primer semestre de 2015, siendo deber de la enjuiciada lograr una confesión en tal sentido y desplegar una defensa sobre este hecho. Puntualmente, el interrogatorio de parte se dirigió a formular preguntas relacionadas con el estado de salud del actor y no se enfocó en demostrar todos los pagos percibidos por el actor durante toda la relación laboral y no, únicamente la liquidación final que ascendió a \$5.422.857.

Aunado a lo anterior, en el caso de marras, de manera extemporánea la parte demandada **EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES – TEMPORAL S.A.**, puso de presente con posteridad a la contestación de la demanda (recurso de apelación y alegatos de conclusión) que al actor se le consignó a su cuenta de ahorros el concepto de prima de servicios por valor de \$1.906.901 pesos, por medio de la entidad financiera Bancolombia bajo el No. 06817841935, empero, esas documentales fueron insertadas en los alegatos de conclusión, siendo improcedente darle valor probatorio en este escenario, pues si la demandada

contrato, los efectuaba a Bancolombia, el 30 de agosto de 2015 tenía una pérdida de capacidad laboral, no tenía recomendaciones ocupacionales o laborales, no tenía orden de reubicación, si tenía incapacidad laboral, el 30 de agosto de 2015 me comunicaron la carta de terminación, yo no la firmé, en ese momento me notificaron que iba a cambiar de contrato, yo fui a las oficinas de Temporal y le comuniqué que tenía un problema con una hernia y no me remitió a los exámenes de salud del trabajo de desvinculación que es lo que se debe hacer, no me dieron al orden y con base en eso la otra empresa ayudaba para el trámite de mi operación, yo tuve inducción de seguridad y salud en el trabajo, me dieron 5 días hábiles para realizarme el examen y no fui porque cuando me notificaron del examen ya me acerqué a Temporal y lo que me dijeron es que no me iban a enviar a sacare el examen, que no me enviaban a ninguna parte, las prestaciones si me fueron pagadas, ellos cuando yo ingresé a la empresa ellos tenían una liquidación, incluso yo hablé con uno de los directivos y me dijo que la firmara entonces no la firme debido a que no me estaba enviando al médico, como inicié labore con la otra empresa el examen presentó que no tengo clase de problemas para laborar, cuando inicio con la empresa me hacen examen, el 1 de octubre de 2015 mediante transacción a la cuenta de Bancolombia me pagaron \$5.422.857 pesos, ese dinero como puede llegar y hay una parte de una carta donde me tiene un retroactivo de 2 meses de salario, cuando hablo con el dueño de la empresa me dijo que pagarían eso, si no iba a los exámenes no me pagaban la liquidación, la plata era parte del retroactivo que debían de enero, febrero y parte de marzo”.

A instancia de HYUNDAI (Récord 49:50): “Yo trabajaba bajo las órdenes de un Coreano que era el manager, era quien nos daba las indicaciones, el Ingeniero era un Manager del proyecto, yo estaba adscrito al proyecto, todos los días se sacaba un estado donde era el manager Kim y Luis Fernando que es el que da la recomendación, y luego seguían los colaboradores, Firmé un contrato con CYU y Temporal, no firmé con Hyundai, no recibí salario, explico que así como llegaba los días de pago cuando pasa un día la gente se preguntaba qué estaba pasando y se le preguntaba al Coreano que pasaba y porque no habían pagado, la empresa que entregaba los uniformes era CYU”.

A Instancia de CYU (Récord 56:20 “Comencé a recibir 5 millones en marzo de 2015, incluso

efectuó el pago de la prima de servicios era su deber demostrar las fechas de pago, conceptos y valores que no permitieran interpretación distinta al cumplimiento de dicha obligación en la debida oportunidad procesal.

Así entonces, no puede la búsqueda de la verdad material confundirse con suplir cargas probatorias o su incuria, no aportándose en la oportunidad legal, lo contrario, violentaría el debido proceso y derecho de defensa de la contra parte.

Para concluir este punto, de la revisión detallada de los medios probatorios aportados por esta demandada⁵ y decretados en audiencia de que trata el art. 77 del C.P.T. y de la S.S. surtida el 24 de mayo de 2019⁶, no se encuentran los soportes a los que alude el recurrente y con los que pretendía acreditar el pago de la prima de servicios objeto de condena causada entre el 19 de enero de 2015 al 30 de junio de la misma anualidad, carga probatoria que debía asumir en los términos del art. 167 del C.G.P. que dispone: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, razón por la que se hace inminente confirmar este punto objeto de censura.

Por otra parte y en lo que corresponde a la procedencia de la imposición de la sanción moratoria de que trata el art. 65 del C.S.T., el órgano de cierre de esta jurisdicción recalcó que este tipo de indemnización opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, no siendo de aplicación automática; puesto que en cada caso es necesario estudiar si su comportamiento estuvo o no asistido de buena fe ya que no hay reglas absolutas que objetivamente la determinen.

Sobre el tema, sentado está por la jurisprudencia que la sanción moratoria no procede de manera automática, sino que ha de analizarse la buena o mala fe con la que actuó el empleador, examinando la situación específica del mismo en cada caso, en otros términos, su imposición está condicionada al examen, análisis o

⁵ Compuesta por 11 archivos denominados: contrato de trabajo suscrito el 19 de enero de 2015, certificado de aportes efectuados al Sistema de Seguridad Social Integral a través del Operador Aportes en Línea, Extracto de Bancolombia de fecha 05 de octubre de 2015, certificado de afiliación ARL SURA, constancia de inducción en Seguridad y Salud en el Trabajo, carta de terminación del contrato, liquidación de prestaciones sociales de fecha 8 de septiembre de 2015, respuesta otorgada por la IPS SALUD EMPRESARIAL S.A.S de fecha 11 de febrero de 2016 respecto a la práctica del examen de egreso relacionado con el aquí demandante, tutela interpuesta por el demandante, comunicación de fecha 9 de febrero de 2016 dando a conocer el auto admisorio de la tutela, fallo de tutela de fecha 22 de febrero de 2016 proferido por Tribunal Superior de Cúcuta negando el amparo solicitado,

⁶Página 343, archivo, proceso 2016-0628 y CD.

apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del empleador a efectos de determinar si tuvo la intención de desconocer los derechos de su trabajador; así lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral, entre otras muchas, en sentencia CSJ SL3288-2021, donde puntualizó:

«Pues bien, esta Corporación ha señalado de manera inveterada que la sanción moratoria prevista en la normativa atrás citada no constituye una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al finiquitar el contrato de trabajo, deje de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudados, de ahí que la misma encuentre lugar cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones serias y atendibles de su conducta, en la medida que razonablemente lo hubiere llevado al convencimiento de que nada adeudaba por salarios o derechos sociales, lo cual de acreditarse conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe, y en este caso no procedería la sanción prevista en los preceptos legales referidos. Situación que fue justamente la que descartó el ad quem, toda vez que estableció que el ánimo de la demandada con las formas aparentes dadas a la relación contractual fue la de sustraerse de sus obligaciones laborales» (Subrayado fuera de texto).

En suma, tal indemnización surge como una sanción por la mala fe del empleador, al sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones obrero –patronales, por lo que debe analizarse la conducta del demandado para comprobar que su actuación fue de buena fe y ajena a la intención de causar daño al trabajador (CSJ SL6621-2017; CSJ SL8216-2016; CSJ SL13050-2017; CSJ SL13050-2017; CSJ SL13442-2017 y CSJ STL10313-2017).

También ha enseñado de manera pacífica la Alta Corporación, en sentencia CSJ SL 23 oct. 2012, rad. 41005, que, la buena fe que se exige, no es la denominada buena fe cualificada, sin embargo, *«no es una creencia cualquiera sino una debidamente fundada»*, lo que *«impone al juzgador auscultar en el elemento subjetivo a fin de determinar si el empleador tuvo razones atendibles para obrar como lo hizo»* (CSJ SL194-2019), por ende, la llamada a juicio, se encuentra en el deber de acreditar cuáles fueron esas razones plausibles que la llevaron a soslayar el pago de las acreencias del trabajador.

En aplicación de lo anterior, advierte esta instancia que la demandada **TEMPORAL S.A.** fue condenada al pago de la prima de servicios causada para el periodo del 19 de enero de 2015 al 30 de junio de la misma anualidad en cuantía de \$1.800.000 y, como consecuencia de ello, fue condenada al pago de la indemnización moratoria, consistente en la suma de (\$133.333,33) diarios desde el 1° de septiembre de 2015 hasta por 24 meses y, a partir del mes 25 intereses

moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera.

Pues bien, esta Sala contrario a lo interpretado por la juzgadora de primera instancia, debe advertir, que si bien no se aportó la prueba idónea que soportara el pago de la prima de servicios correspondiente al primer semestre del año 2015, lo cierto es que, las conductas desplegadas por la empresa se deben valorar de manera conjunta, a saber, verificar los pagos efectuados durante la relación laboral sostenida con el señor Jhon Fredy Gualtero Tique, pues al respecto, se evidencia que al promotor de este litigio le fueron reconocidos emolumentos por concepto de salarios, cesantías, intereses, vacaciones y prima de servicios correspondiente al segundo semestre del 2015, siendo evidente que la enjuiciada al finiquitar el contrato de trabajo, no dejó de cancelar al actor los rubros adeudados para el semestre citado, situación que, además, el actor al absolver interrogatorio de parte corroboró, al sostener que le fue consignada la suma de \$5.422.857, incurriéndose por desatención probatoria en la condena a quo respecto de la prima causada entre el 19 de enero al 30 de junio de 2015.

Así las cosas, razonablemente se infiere que el comportamiento o la conducta del empleador en este particular caso, conduce a ubicar el actuar de la empresa en el terreno de la buena fe, y en este caso no procede la sanción prevista en el artículo 65 del C.S.T., pues no se extrae una actitud tendiente a desmejorar o burlar las prestaciones del trabajador.

Se recalca, si bien se está condenando al pago de la prima de servicios en la cuantía señalada por la a quo, lo cierto es que la jurisprudencia ha indicado, si bien, de cara a la imposición de la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta las decisiones del legislador, porque, pese a que se mantiene este criterio, se considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, es decir, si la a quo no encontró demostrado el pago de la prima de servicios del primer semestre de 2015, per se, no es procedente inferir la existencia de mala fe de la empresa y fulminar condena de manera automática. Así se sostuvo en sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en su Sala laboral, SL072 de 2023, radicado 90.223 de fecha 31 de enero de 2023, donde enseñó:

“Al respecto, cabe recordar, que «reiteradamente esta Corporación ha sostenido que es el empleador quien debe asumir la carga de probar que obró sin intención fraudulenta» (CSJ SL194-2019). Así se explicó en sentencia CSJ SL2258-2022, en la que se dijo

Adviértase en este punto, que es el empleador quien debe asumir la carga de demostrar que actuó sin intención fraudulenta, situación delimitada por esta Corporación en la sentencia CSJ SL3288-2021, donde se expuso:

[...] cabe anotar que si bien es cierto en algún momento del desarrollo de su jurisprudencia esta Sala de la Corte consideró que, de cara a la imposición de la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta sus decisiones, porque, pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe, considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, porque de las normas que regulan la señalada sanción moratoria no es dable extraer una presunción concebida en tales términos, postura que, ha dicho, se acompasa con el artículo 83 de la Carta Política.”. (Negrilla fuera del texto).

Así entonces, no se advierte ánimo torticero tendiente a desmejorar las prestaciones al trabajador, pues no se han desconocido.

Conforme lo discurrido, al haberse acreditado razones atendibles no acertó la *a quo* al fulminar condena por concepto de indemnización moratoria, se itera, el hecho de no aportarse el pago de la prima de servicios, objeto de condena, no es óbice para condenar a la demandada a la indemnización moratoria.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las motivaciones precedentes, se revocará parcialmente el párrafo tercero del numeral tercero de la decisión de primer grado por las razones expuestas por esta Sala de decisión.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

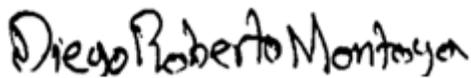
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el párrafo tercero del numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada y en su lugar **ABSOLVER** a la demandada **TEMPORAL S.A.** de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., conforme lo analizado en precedencia.

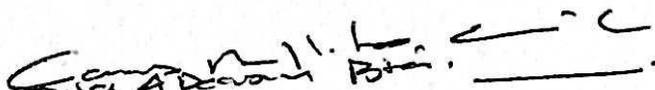
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 19
Laboral del Circuito de Bogotá.

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 RODRIGO DE CASTRO
CORGUI CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y PORVENIR S.A. (RAD. 19 2020 00254 01)**

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada ORIANA ESPITIA GARCIA como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, contra la sentencia proferida por la Juez 19 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 25 de noviembre de 2022 (*Exp. Digital: audio archivo 13, récord: 31:36*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado del señor RODRIGO DE CASTRO KORGI identificado con la cédula 19.269.174, del régimen de prima

media con prestación definida que administraba entonces en el caso del demandante CAJA NACIONAL DE PREVISION ya liquidada, realizada el 27 de septiembre de 1999, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al aquí demandante RODRIGO DE CASTRO KORGI al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES hasta la actualidad como si él nunca se hubiere trasladado y por lo mismo pues siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR con NIT 800.144.331-3 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación del aquí demandante como son cotizaciones, aportes adicionales, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje también destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos los intereses y las comisiones, y sin descontar los gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas y a COLPENSIONES le asiste la obligación de recibir dichas sumas y aceptar el traslado.

CUARTO: Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. Por lo tanto, se requiere a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral del aquí demandante en su momento.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones que han sido incoadas en su contra, por las razones expuestas.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

SÉPTIMO: En caso de que esta decisión no sea apelada, se remite el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, a fin de que allí se surta el grado jurisdiccional de consulta toda vez que la decisión es adversa pues a los intereses de COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión PORVENIR apela la decisión solo frente a la condena de la devolución de las sumas obrantes en la cuenta individual del afiliado debidamente indexadas, solicitando se tenga en cuenta que resultaría en una doble sanción a cargo de su representada que se le ordenara además de reintegrar valores distintos a los expuestos en la normatividad, que estas sumas sean además indexadas, por cuanto los rendimientos financieros obtenidos por la gestión de la AFP supera la posible pérdida de poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en sus aportes pensionales, solicitando se absuelva de la misma (*Exp. Digital: audio archivo 13, récord: 33:43¹*)

¹ Gracias señoría, de manera muy respetuosa presentó recurso de apelación de manera parcial, solo respecto al numeral tercero de la sentencia emitida por el despacho en lo que respecta a la devolución de las sumas obrantes o sumas de dinero obrantes en la cuenta individual del afiliado debidamente indexados, conforme a lo siguiente:

COLPENSIONES funda su reproche en que no se observan causales para haberse declarado la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante del RAIS al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, esto si se tiene en cuenta que en el presente proceso no se observa que el demandante haya sido objeto de un engaño o que no haya recibido la información necesaria para tomar una decisión consciente e informada que es lo que manifiesta desde el escrito genitor del presente proceso, sumado a que no se observan vicios en el consentimiento expresamente manifestado por el actor al momento de llevar a cabo el acto jurídico de afiliación con la codemandada Porvenir, razón por la cual se solicita se revoque la decisión, advirtiéndole al demandante adujo haber firmado de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación y manifestó además conocer algunas de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, características que fueron puestas de presente en su momento por el funcionario de Porvenir.

Solicita si en gracia de discusión se confirma la sentencia proferida por el Juzgado, se adicione la misma en el sentido de otorgar a Colpensiones la facultad de accionar judicialmente en contra de Porvenir en aras de obtener el resarcimiento de daños y perjuicios, por tener que recibir al demandante como afiliado y posteriormente como pensionado. (*Exp. Digital: audio archivo 13, récord: 34:58*)²

Señores magistrados como se expuso en los alegatos de conclusión igualmente quisiera rogar que sea tenido en cuenta que resultaría en una doble sanción a cargo de mi representada que se le ordenara además de reintegrar valores distintos a los expuestos en la normatividad, que esta suma sean además indexadas, por cuanto en forma palmaria se observa que los rendimientos financieros obtenidos por la gestión de mi representada por un acto jurídico que produce plenos efectos jurídicos y que con creces supera la posible pérdida de poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en sus aportes pensionales, por tal motivo de manera muy respetuosa solicito a los Honorables Magistrados revocar el numeral en cita y absolver a mi representada en tal concepto, gracias.

² Gracias señora juez, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho solicitando en primer lugar se sirva conceder el recurso y en segundo pues me permito sustentarlo de la siguiente manera:

Tal como quedó afirmado por mi parte en los alegatos de conclusión, reitero pues que no se observan causales para haberse declarado la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante del RAIS al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, esto si en cuenta se tiene pues que remitiéndonos al caudal probatorio que fue recaudado en el presente proceso no se observa que el demandante haya sido objeto de un engaño o que no haya recibido la información necesaria para tomar una decisión consciente e informada que es lo que manifiesta desde el escrito genitor del presente proceso, entonces pues debe de señalarse que no se observan vicios en el consentimiento expresamente manifestado por el actor al momento de llevar a cabo el acto jurídico de afiliación con la codemandada Porvenir, razón por la cual se solicita muy respetuosamente se revoque la decisión y el demandante se mantenga afiliado a el régimen de ahorro individual con solidaridad, esto si en cuenta se tiene que el demandante adujo haber firmado de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación y manifestó además conocer algunas de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, características que fueron puestas de presente en su momento por el funcionario de Porvenir, entonces no puede exigirse a estas personas que no tienen el conocimiento en

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 5 y 6, del archivo 4 expediente digital*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 1 a 3, ibídem*), aspirando de manera principal se declare la ineficacia de la afiliación en pensiones con Porvenir, en consecuencia se le condene a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimiento a Colpensiones y a ésta lo afilie al RPM y recibir los aportes que se trasladen, 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, ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como las cotizaciones, aportes adicionales, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y también el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos los intereses y las comisiones y sin que se descuenten los gastos de administración, señalando que dichas sumas deben ser debidamente indexadas, igualmente señaló que dichos conceptos deben ser discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el

derecho, que obviamente 20 años después conozcan exactamente cuáles son las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, es muy fácil llegar a los procesos y decir “no pues no me dijeron nada”, cuando obviamente la información que se le dio hace 20 años pues no la van a tener en cuenta en el momento presente.

De igual manera, pues reitero los requisitos legales y jurisprudenciales que rigen la materia para poder trasladarse de régimen pensional, cuáles son, pues el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificada por Ley 797 2003 y lo expuesto en la sentencia de unificación 062 de 2010 emanada de la Corte Constitucional, en ese sentido y si el tribunal, si en gracia de discusión el tribunal tuviere como decisión confirmar la sentencia proferida por este juzgado, se solicita muy respetuosamente se adicione en la misma en el sentido de otorgar a Colpensiones la facultad de accionar judicialmente en contra de Porvenir en aras de obtener el resarcimiento de daños y perjuicios, por tener que recibir al demandante como afiliado y posteriormente como pensionado. Entonces pues en ese sentido dejó sustentado mi recurso de apelación muchas gracias.

cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente obra copia de la cédula de ciudadanía del actor donde se registra como fecha de nacimiento el 4 de mayo de 1957 (*Archivo 2 expediente digital pág. 19*), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR el 14 de noviembre del 2019 y ante COLPENSIONES el 4 de diciembre del 2019 (*Páginas 35 a 41 y 49 a 55 Archivo 2 expediente digital*), esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado 432,57 semanas correspondientes a 8 años, 4 meses y 28 días de servicios prestados a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA como PROFESOR (*Historia Laboral pág. 432 Archivo 4 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como lo sostiene Colpensiones en su apelación.

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

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 del actor se encontraba a cargo de la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, dado que el empleador del actor para esa época era tal ente Universitario, tal como éste se lo expresó a PORVENIR en el formulario de afiliación a (*Archivo 4 expediente digital, página 68*), 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 tanto, que con su afiliación a la AFP PORVENIR, no se haya producido un traslado de régimen, modificándose así el numeral primero del fallo proferido por el *a quo* por cuanto el actor no provenía de CAJANAL, sino de la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA.

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 1994⁴, con efectos a partir de cuando entró a regir para ellos el sistema.⁵

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

“(…) Por tanto, a partir de la citada fecha (entrada en vigencia de la ley 100 para los servidores públicos), debía entenderse que el régimen previsional quedó incorporado

⁴ Art. 1°.- Incorporación de servidores públicos. Incorpórase al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos:

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

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

Parágrafo. La incorporación de los servidores públicos de que trata el presente decreto se efectuará sin perjuicio de 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 adicioneen.

⁵ 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 quedarán 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”*.

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.»⁶

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 PORVENIR el 27 de septiembre de 1999 (*Archivo 4 expediente digital, página 68*) -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 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 **27 de septiembre del 2009** con fecha de efectividad a partir del **1° de noviembre del 2009** (*Páginas 67 y 68 Archivo 4 expediente digital*) por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

⁶ Sentencia SL2817 de 2019.

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 tunc⁷, 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):

«(...)

⁷ 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 del actor al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de

noviembre de 2011⁸, 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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante⁹ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor le señaló que el Seguro Social se iba a acabar, por lo que no tenía mucha seguridad con los recursos que tenía allí, precisando no le explicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento.

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

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*Página 68, Archivo 4 expediente digital*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser

⁹ Audiencia 19 de mayo de 2022 récord: 28:30

verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PORVENIR proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –PORVENIR- no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración 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:

«I. 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 1999, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP PORVENIRS estaba en la obligación de informar a su futuro

afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(27 de septiembre de 1999, efectivo el 1 noviembre de 1999)**, el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (página 84 Archivo 4 expediente digital), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, 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. Igualmente se confirma la orden impuesta de devolver a COLPENSIONES, los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia¹⁰, y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades¹¹, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

¹⁰ Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

¹¹ 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 encuentra acertada la decisión de disponer que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

«Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.»

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único

conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real» (Negrillas de la Sala).

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

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES¹², a favor de quien se surte la consulta (páginas 31 a 34, *Archivo 2 expediente digital*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, en lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES de autorizarla a obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios ocasionados, la misma se torna improcedente como quiera que ello lo puede efectuar sin que medie orden alguna a través de la presente decisión, aunado a que tal aspecto no fue objeto del debate probatorio pues ninguna pretensión se erigió tendiente a obtener el pago de este concepto a favor de esa administradora, así como tampoco fue propuesta dicha temática a lo largo del juicio por ese extremo procesal.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

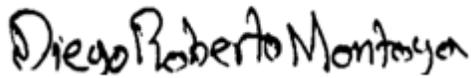
PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** del fallo apelado, en cuanto a que el actor pertenecía a la **CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA** y no a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN como se indicó por el *a quo*.

¹² 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 30 de noviembre de 2021 (*Archivo 1 expediente digital* pág. 13).

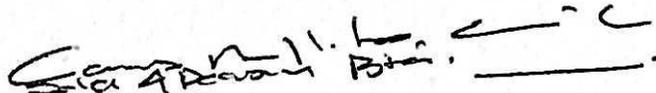
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

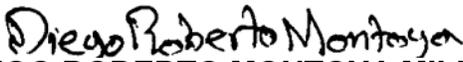
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR VÍCTOR CAMPOS
GÓMEZ CORREA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 21 2021 00075 01).**

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada CINDY JULIETH VILLA NAVARRO como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de surtir el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones como también el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por la Juez 21 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 7 de febrero del 2022 (*Audiencia virtual, archivo 20 expediente digital, récord: 25:08*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor VÍCTOR CAMPOS GÓMEZ CORREA el retroactivo por mesadas pensionales causadas entre el 22 de octubre de 2018 y el 4 de mayo de 2020, a razón de la suma de \$16.971.858.

SEGUNDO: CONDENAR a la entidad demandada a pagar los intereses moratorios sobre todas y cada una de las mesadas pensionales objeto de condena, a partir del 14 de abril de 2019 hasta la fecha en que se cancele el retroactivo adeudado.

TERCERO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a descontar del retroactivo referido, los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social, por supuesto siempre y cuando verifique que durante el lapso en el que se causó dicho descuento a salud, el mismo, ósea el trabajador no realizó aportes por concepto de salud.

CUARTO: DECLARAR PROBADA la excepción formulada por COLPENSIONES que denominó como “no configuración del derecho al pago del IPC, ni de la indexación o reajuste alguno” y no probadas las demás, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia a COLPENSIONES, en favor del demandante, liquídense por Secretaría incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

SEXTO: CONSULTAR la presente decisión con la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en caso de no ser apelada oportunamente por COLPENSIONES”

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación señalando que se reconoció la pensión de vejez al señor Víctor Campos a corte de nómina, teniendo en cuenta el artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990 que establece que una vez se reúnan los requisitos mínimos establecidos para la pensión de vejez será necesario la desafiliación o retiro del sistema y se tendrá en cuenta hasta la última cotización para el disfrute de la misma, precisando que una vez se revisó el aplicativo SIAFF se determinó que el demandante realizó un traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media hoy Colpensiones el 27 de abril del 2007, razón por la cual había inconsistencias en su historia laboral que provenían del reporte realizado por esta AFP y afectaba la consolidación de la historia laboral del demandante.

Respecto a los intereses moratorios señala que solo es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios que se han causado cuando existe mora o retardo en el pago de las respectivas mesadas pensionales reconocidas, por lo que proceden los aludidos intereses única y exclusivamente a partir de la fecha en que ha sido expedido el acto administrativo mediante el cual

se ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones en el evento en que no se cumpla lo ordenado en el mismo, por lo cual considera no se adeudan los mismos.

Finalmente solicita se revise la liquidación realizada por el Juzgado 21 Laboral del Circuito Laboral en cuanto al retroactivo pensional reconocido desde el 22 de octubre de 2018 hasta el 4 de mayo del 2020, como también la condena por intereses moratorios. (*Audiencia virtual, archivo 20 expediente digital, récord: 26:55'*)

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

CONSIDERACIONES

¹ Gracias su señoría, siendo esta la oportunidad procesal pertinente, respetuosamente me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá, para que se revoque en su totalidad la sentencia proferida por el juez de primera instancia, pues es de tener en cuenta Honorables Magistrados que mi representada reconoció la pensión de vejez al señor Víctor Campos y este reconocimiento se hizo a corte de nómina, teniendo en cuenta los artículos 35 del Acuerdo 049 de 1990 que establece que una vez se reúnan los requisitos mínimos establecidos para la pensión de vejez será necesario la desafiliación o retiro del sistema y se tendrá en cuenta hasta la última cotización para el disfrute de la misma, por lo que mediante Resolución SUB 87373 del 2 de abril de 2020, se reconoció pues la prestación de vejez con ingreso base de liquidación de 1149,769 semanas y de cotización fecha de efectividad a partir del 1° de abril del 2020 con una tasa de reemplazo del 69, 35%, resolución que se encuentra pues ajustada a derecho y goza de total legitimidad pues se tuvo como fecha de efectividad pues el 1° de abril de 2020 debido al corte de nómina ya que el señor Víctor Campos realizaba como última cotización el día 30 de marzo del 2020 con la empresa Atlanta Cía. Vigilancia Privada.

Manifestaba la señora Juez de primera estancia que pues la entidad tuvo una negligencia y una conducta renuente a reconocer la pensión de vejez, pues lo que no es recibido por parte de mi representada teniendo en cuenta que se revisó pues el sistema el aplicativo SIAF, en el cual se determinó que el demandante realizo pues un traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media hoy Colpensiones el 27 de abril del 2007, razón por la cual pues había inconsistencias en su historia laboral provenía del reporte realizado por esta AFP que afectaba pues la consolidación del demandante, de la historia laboral del demandante.

Es de tener en cuenta también respecto de los intereses moratorios, por otra parte con respecto a los intereses moratorios que solo es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios que se han causado cuando existe mora o retardo en el pago de las respectivas mesadas pensionales reconocidas, de tal manera se considera que proceden los aludidos intereses única y exclusivamente a partir de la fecha en que ha sido expedido el acto administrativo mediante el cual se ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones obviamente en el evento en que no se cumpla lo ordenado en el mismo, por lo cual mi representada no adeuda lo concerniente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, toda vez que se le reconoció una pensión de vejez.

Por otra parte y en caso pues de no acogerse a los argumentos expuestos por mi representada y la Sala confirme la providencia objeto de alzada, solicito muy respetuosamente a los Honorables Magistrados se revise en su totalidad la liquidación realizada por el Juzgado 21 Laboral del Circuito Laboral y esto en lo concerniente a que reconoce el retroactivo pensional desde el 22 de octubre del 2018 hasta el 4 de mayo del 2020 por el valor de \$16.971.858 pesos y el reconocimiento de los intereses moratorios también para las mismas fechas referidas desde el 22 de octubre del 2018 hasta el 4 de mayo del 2020 sobre todas y cada una de las mesadas pensionales, en este sentido entonces dejo sustentado mi recurso de alzada solicitando a los Honorables Magistrados absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las condenas y órdenes impartidas en su contra gracias.

Constituyeron los anhelos del demandante VÍCTOR CAMPOS GÓMEZ CORREA, las pretensiones relacionadas en el Archivo 8 del expediente digital págs. 10 y 11, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados en las páginas 3 a 10 del mismo archivo; solicitando, se declare que Colpensiones tiene derecho al retroactivo pensional desde la fecha en que tuvo derecho y solicitó la pensión, esto es, el 18 de diciembre del 2018 hasta la fecha en que efectivamente fue cancelada la primera mesada pensional, en consecuencia se condene al pago de las mesadas adeudadas desde el 13 de diciembre del 2018, los intereses moratorios sobre el retroactivo pensional, la indexación del mismo, condenas *ultra y extra petita*, gastos y costas procesales así como las agencias en derecho. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones** por cuanto se accedió al retroactivo solicitado desde el cumplimiento de la edad -22 de octubre del 2018-, tras considerar que en efecto era procedente el reconocimiento del derecho pensional a partir de esa data por cuanto ya contaba con las semanas y edad exigidas para la pensión, precisando que si bien obran cotizaciones posteriores a esa data ello obedeció a la disminución de las semanas que veía reflejadas en su historia laboral, negando Colpensiones la pensión desde el mismo momento en que el demandante la solicitó, igualmente dispuso el reconocimiento de los intereses moratorios a partir del 14 de abril del 2019, al no acreditar Colpensiones una razón válida que justificara la tardanza en el reconocimiento pensional.

De esta manera, con ocasión del recurso de apelación promovido por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, se examinarán además de los motivos expuestos por ésta en la alzada, la decisión en lo que le fue desfavorable-

Así las cosas, se tiene plenamente acreditada la calidad de pensionado que ostenta el demandante, de acuerdo a la resolución SUB 87373 del 2 de abril del 2020 (*Archivo 14 expediente digital, págs. 1346 a 1353*), en la que se otorgó el reconocimiento del derecho a la luz de lo dispuesto por la Ley 797 del 2003 teniendo en cuenta 1470 semanas de cotización, calculando la mesada pensional con un I.B.L. de \$1.149.779 al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 69.35% para una primera mesada de \$797.372, por lo que procedió a establecerla en el salario mínimo de ese año -\$877.803- aduciendo que:

La pensión aquí reconocida se ajustara de conformidad con las reglas aplicables al valor mínimo o máximo de la pensión, según corresponda, vigente para la fecha de efectividad, por la cual la suma a reconocer será de 877,803 (OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS M/CTE).

En esa dirección, puede advertirse, el accionante cumplió la edad de 62 años exigida para acceder al derecho pensional por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el **22 de octubre de 2018** (pág. 199 Archivo 8 expediente digital) (nació ese mismo día y mes del año 1956), así como según el reporte de semanas allegado por Colpensiones², el demandante realizó su última cotización al sistema para el periodo de abril del 2020, solicitando el reconocimiento del derecho el 13 de diciembre del 2018 (*conforme se extrae del contenido de la Resolución SUB 83317 del 5 de abril del 2019 Pág. 1331 Archivo 14 expediente digital*), no obstante lo anterior la encartada reconoció el derecho a corte de nómina (01/04/2020) por no encontrarse registrada la novedad de retiro.

De tal manera, en consideración a que la situación pensional del actor fue definida con fundamento en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, aspecto no debatido en el trámite procesal, resulta aplicable en autos el artículo 17 modificado por el 4 de la Ley 797 del 2003 el cual señala que “La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.”

Sobre esta temática, se trae como referente lo expresado por el órgano de cierre de esta especialidad en sentencia SL2607-2021, que reiteró lo dicho en la SL3245-2019, así:

*“Aquí y ahora, se memora que ha sido doctrina de esta Corte que solo a partir de la desafiliación del asegurado al sistema general de pensiones es dable que comience a recibir la pensión de vejez, toda vez que, con arreglo a los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, si bien la pensión de vejez se **causa** cuando se reúnen los requisitos de edad y densidad de semanas, su **disfrute** lo es desde la **desafiliación formal**.*

*En este orden, podría decirse que la regla general sigue siendo la **desvinculación del sistema** como presupuesto necesario para el inicio de la percepción de la pensión, pero existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia, y que permiten concluir que pese a que el afiliado continuó cotizando, el reconocimiento de la*

² Actualizado al 25 de enero del 2022 y visible en las paginas 1680 a 1698 del Archivo 14 del expediente digital.

“pensión será a partir de la data en que se cumplen con los requisitos que la ley exige para acceder a la prestación y no la calenda de la desafiliación. (negrillas del texto)”

Igualmente, en sentencia SL414-2022 Rad. 79806 del 26 de enero del 2022, estableció:

“En relación con el disfrute de la pensión especial de vejez, esta Sala ha adoctrinado que, conforme los preceptos atrás referenciados, se requiere la desvinculación formal del sistema de pensiones. Sin embargo, igualmente ha precisado esta Corporación que, ante situaciones particulares y excepcionales que deben ser verificadas por los jueces en la labor de dispensar justicia, es necesario acudir a soluciones diferentes, como definir fechas anteriores al retiro del sistema.

(...)

Para el efecto, es menester memorar lo adoctrinado por esta Corporación sobre la figura de la desafiliación, entendiéndose esta como la voluntad del afiliado “de no continuar amparado para los riesgos IVM en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, manifestación que bien puede ser expresa, reportando la novedad de retiro, o tácita, mediante actos que así lo den a entender” (Ver CSJ SL5541-2019 y CSJ SL354-2021).

Así mismo, se debe reiterar lo enseñado por esta Corporación en torno a los efectos de la inducción al error, generado por las administradoras de fondos pensionales, que obliga al asegurado continuar cotizando al sistema pensional, pese a tener realmente cumplidos los requisitos mínimos para acceder al derecho pensional reclamado, y que ha solicitado en tiempo, donde la Corte ha estimado “que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se ha completado los requisitos” (CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798, CSJ SL8294-2017 y CSJ SL3114-2018 y CSJ SL3114-2018).

Así las cosas, destaca la Sala, si bien es cierto el deber de desafiliación formal del sistema al que hace referencia la norma en mención, para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, tiene algunas excepciones sobre las cuales ha tenido oportunidad de pronunciarse la jurisprudencia, estas se han circunscrito a aquellos casos en los que el afiliado, no obstante haber causado la prestación por reunir requisitos de edad y tiempo de servicios, y solicitado su reconocimiento en forma oportuna, se ha visto obligado a seguir cotizando frente a la actitud renuente de la administradora de pensiones a reconocer el derecho, por ejemplo alegando déficit de aportes³, así como cuando del comportamiento del afiliado se deriva la intención inequívoca de retirarse del sistema así formalmente no exista novedad de desafiliación⁴, situaciones estas que en efecto se encuentran acreditadas en el plenario en tanto el reconocimiento pensional se solicitó desde el 13 de diciembre del 2018 siendo negada por acto administrativo SUB 83317 del 5 de abril del 2019 (págs. 1331 a 1334 archivo 14 expediente digital), bajo el argumento de contar con

³ Frente al particular pueden consultarse las sentencias con radicación 34514 de 2011, 39391 de 2011, 38558 de 2011, 97798 de 2011, SL 6159 de 2016 y SL 17999 de 2017.

⁴ Así se ha dejado establecido, entre otras, en las sentencias SL4611-2015 y SL5603-2016.

tan solo 908 semanas cuando las requeridas eran 1300 y haciendo la siguiente precisión:

Que previo a tomar una decisión, con radicado No. 2018_14013861, se solicito a la Gerencia Nacional de Aportes y Recaudo cargar en la historia laboral los aportes efectuados al RAIS-AFP PROTECCION-ING, el cual fue contestado con el radicado No. 2018_14013862, en los siguientes términos: "nos permitimos informar que la Dirección de Ingresos por Aporte, consultó las bases de datos de la entidad, analizó el caso y realizó requerimiento a Asofondos, correspondiente a una consulta masiva para la recuperación de tiempos RAIS con el fin de recibir la actualización, pago y regeneración de archivos según corresponda por el proceso de No vinculados, traslados, Multifiliados y saldos positivos, para la actualización a que haya lugar. La información a la fecha no se ha recibido por parte de dicha entidad, por lo cual no es posible dar inicio al ajuste de la Historia Laboral del ciudadano".

Decisión que fue confirmada mediante Resoluciones SUB 195961 del 25 de julio del 2019 (págs. 1341 a 1344 ibidem) y DEP 9800 del 16 de septiembre del 2019 (págs. 1335 a 1339 ibidem) donde le indicaron que:

*"Colpensiones, no está contabilizando en su historia laboral los periodos solicitados, toda vez que el señor **GOMEZ CORREA VICTOR CAMPOS** para estos ciclos no se encontraba afiliado a COLPENSIONES sino al RAI (sic) y pese a esta circunstancia el empleador cotizó los aportes a Colpensiones, por ente (sic) los mismos fueron devueltos en su momento a la AFP correspondiente.*

*Ahora bien, es obligación de la AFP -PROTECCION-, realizar en esta instancia, la devolución de los aportes a Colpensiones, por encontrarse el señor **GOMEZ CORREA VICTOR CAMPOS** válidamente trasladado desde el 01 de junio de 2007. Hasta tanto no se realice tal procedimiento, no es posible contabilizar los ciclos solicitados en su historia laboral." (págs. 1337 y 1338 ibidem)*

En este orden de ideas, es claro que las cotizaciones realizadas por el accionante con posterioridad a la fecha de solicitud de la pensión -13 de diciembre del 2018- fueron efectuadas por ante la negatividad de Colpensiones a reconocer el derecho alegando una falta de aportes en la que nada tenía que ver el demandante, pues se trataba de circunstancias administrativas que debían solucionarse internamente entre las administradoras del régimen pensional -AFP y COLPENSIONES- y no ser achacadas al afiliado, circunstancia frente a la cual el actor se vio compelido a seguir cotizando precisamente por la negativa de la entidad de reconocerle la prestación.

Es esta medida, si bien el accionante adquirió el status pensional el 22 de octubre del 2018 pues para esa data tenía 62 años y las 1300 semanas requeridas, resulta que tan solo elevó la solicitud de reconocimiento pensional hasta el **13 de**

diciembre del 2018 (pág. 1331 Archivo 14 expediente digital), por lo que a juicio de la Sala, y contrario a lo considerado en primera instancia el reconocimiento del derecho debe proceder a partir de la data en que se solicitó el mismo, pues solo hasta esa fecha COLPENSIONES pudo conocer la voluntad del afiliado de ser acreedor del derecho pensional, aunado a que es la fecha que se señala en las pretensiones de este libelo. Se modifica, por tanto en este punto el fallo de primer grado en virtud de la Consulta que se surte en favor de Colpensiones.

Establecido lo anterior, dado la modificación en la fecha desde donde se debe otorgar al actor el reconocimiento pensional, procede la Sala en virtud del grado jurisdiccional de consulta a verificar la liquidación con el apoyo del Grupo Liquidador dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura, tomando como base el salario mínimo pues fue el valor de la mesada otorgada en la Resolución SUB 87373 del 2 de abril del 2020 (pág. 1352 archivo 14 expediente digital), advirtiéndose el periodo a liquidar corresponde al del **13 de diciembre del 2018** (fecha de solicitud de reconocimiento pensional) y hasta el **31 de marzo del 2020** (mes anterior al de la inclusión en nómina que fue en abril del 2020), en tanto si bien la Juez señaló que sería hasta el 4 de mayo del 2020 tal fecha la tomó por los dichos del actor en su interrogatorio de parte, no obstante como se ve en el acto reconecedor del derecho la mesada pensional fue reconocida a partir del 1° de abril del 2020 y en esa medida es claro que solo se le adeudan las causadas hasta marzo de esa anualidad.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer el pago de una pensión de VEJEZ a favor del(la) señor(a) GOMEZ CORREA VICTOR CAMPOS, ya identificado(a), en los siguientes términos y cuantías:

Valor mesada a 1 de abril de 2020 = \$877,803

ARTÍCULO SEGUNDO: La presente prestación junto con el retroactivo si hay lugar a ello, será ingresada en la nómina del periodo 202004 que se paga en el periodo 202005 en la central de pagos del banco BBVA C. P. 1ERA QUINCENA de BOGOTÁ DC CR 89 A 62 00 LC 107 ALAMOS.

Así las cosas, se obtiene un valor del retroactivo de las mesadas causadas del **13 de diciembre del 2018 al 31 de marzo del 2020**, la suma de **\$13.867.662,20** suma que resulta ser inferior a la ordenada en primera instancia, razón por la cual se ha de **MODIFICAR** dicho valor en esta instancia.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
13/12/18	31/12/18	4,09%	\$ 781.242,00	0,60	\$ 468.745,2
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 828.116,00	13,00	\$ 10.765.508,0
01/01/20	31/03/20	3,80%	\$ 877.803,00	3,00	\$ 2.633.409,0
Total retroactivo					\$ 13.867.662,20

En cuanto a la condena por intereses moratorios punto de apelación de la entidad demandada es menester precisar, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales sin tener en cuenta su fuente legal, pudiendo colegirse, el pago tardío de las mismas, debe ser sancionado en los términos del dicha norma, acogiéndose en este punto, lo referido por la Juez *a quo* en el presente asunto al no evidenciar una razón que justifique la actuación desplegada por la entidad⁵ en el desconocimiento del derecho que le asistía al demandante desde la fecha en que solicitó la pensión, precisándose como ya se explicó cuando se solicitó la prestación pensional el actor ya contaba con los requisitos para su reconocimiento (diciembre del 2018).

De esta suerte, se confirmará la decisión de primera instancia consistente en condenar a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios los cuales, en efecto, deben ser impuestos a partir del **14 de abril del 2019** (4 meses siguientes a la reclamación del derecho 13/12/2018) y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo del retroactivo pensional generado por las mesadas causadas del 13 de diciembre del 2018 al 31 de marzo del 2020.

Respecto de la excepción de prescripción propuesta en oportunidad por la demandada Colpensiones⁶, como ya se ha venido señalando, se tiene que el derecho pensional a favor del demandante se reconoció mediante Resolución SUB 87373 del 2 de abril del 2020 solicitando el reconocimiento del retroactivo pensional el 4 de mayo del 2020⁷ a través del recurso de apelación interpuesto

⁵ Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.

⁶ Desde la contestación de la demanda Archivo 13 del expediente digital, página 17, la cual se tuvo por contestada por la A quo mediante auto del 17 de noviembre de 2022 (Archivo 15 Auto Tiene Por Contestada Demanda).

⁷

contra el acto reconocedor del derecho, el cual fue resuelto de manera definitiva con la resolución DEP 7600 del 7 de mayo del 2020 y acudiendo a la jurisdicción el 16 de febrero del 2021 (Archivo 02 expediente digital), es decir, no transcurrió el término trienal legalmente establecido para que opere el fenómeno prescriptivo.

En los términos anteriores, la Sala procede a modificar el numeral 1º de la sentencia de primer grado en el punto anteriormente expuesto, confirmándose en lo demás.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por la Juez 21 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar condenar a COLPENSIONES a reconocer por concepto de retroactivo pensional la suma de **\$13.867.622,20** por las mesadas causadas desde el **13 de diciembre del 2018 al 31 de marzo del 2020**, conforme a lo considerado.

Que la Resolución SUB87373 del 02 de abril de 2020, se notificó el día 21 de abril de 2020 y previas las formalidades legales señaladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el día 04 de mayo de 2020 el Doctor PINZON BARRERA CESAR AUGUSTO presentó recurso de apelación, radicado bajo el número 2020_4593305, las manifestaciones de inconformidad se centran básicamente en los siguientes términos:

DPE 7600
07 MAY 2020

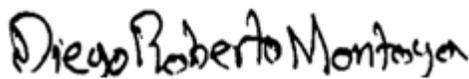
"...se cancele el retroactivo pensional al que tiene derecho el señor GOMEZ CORREA VICTOR CAMPOS y se paguen las mesadas pensionales adeudas desde el día 18 de diciembre de 2018, se paguen interés e indexación ..."

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
13/12/18	31/12/18	4,09%	\$ 781.242,00	0,60	\$ 468.745,2
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 828.116,00	13,00	\$ 10.765.508,0
01/01/20	31/03/20	3,80%	\$ 877.803,00	3,00	\$ 2.633.409,0
Total retroactivo					\$ 13.867.662,20

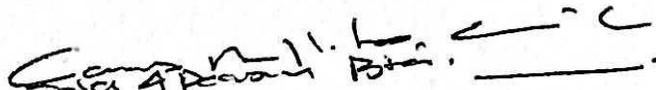
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

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**

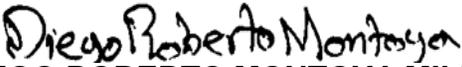
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ MARY CAMARGO
DÍAZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- (RAD. 22 2021 00125 01).**

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado NICOLAS RAMIREZ MUÑOZ como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado 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 **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado

Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de noviembre de 2022
(Audio Archivo 25 expediente digital, récord: 38:32), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la demandante señora LUZ MARY CAMARGO DÍAZ es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor RAFAEL GILBERTO SANDOVAL LEAL.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción, esto es respecto de las mesadas pensionales causadas entre el 26 de septiembre del 2003 y el 25 de noviembre del año 2017.

TERCERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes en 14 mesadas pensionales al año, a partir del día 26 de noviembre del 2017, teniendo en cuenta como mesada pensional mensual para cada año las siguientes sumas:

- Año 2017: \$1.109.869.
- Año 2018: \$1.155.263
- Año 2019: \$1.192.000
- Año 2020: \$1.237.296
- Año 2021: \$1.257.217
- Año 2022: \$1.327.872

Así mismo, se autorizan los descuentos del retroactivo que se genere al sistema integral de Seguridad Social en salud, teniendo en cuenta lo señalado en la parte considerativa de la presente decisión.

CUARTO: CONDENAR a la demandada al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales se otorgarán a partir del 26 de enero del año 2021, esto es el vencimiento de los dos meses con que contaba la demandada para reconocer la pensión y hasta el momento en que se efectúe el pago, asimismo se absolverá a la demandada de la indexación pretendida.

QUINTO: DECLARAR no probadas las demás excepciones propuestas por la demandada.

SEXTO: COSTAS en esta instancia lo serán a cargo de la parte demandada y en favor de la parte actora, se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.”.

Inconforme con la decisión el apoderado de **COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primer grado, exteriorizando¹, no

¹ ¹ **Apoderado Colpensiones (43:17):** Muchas gracias su señoría en esta instancia procesal interpongo el recurso de apelación contra la sentencia que usted acaba de proferir, en el sentido de que no comparte este apoderado judicial las circunstancias de hecho que fundamentaron el derecho respecto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la aquí demandante, entretanto la jueza del despacho considera que las circunstancias familiares que rodearon la relación matrimonial entre la aquí demandante y el señor Sandoval Leal inciden en el comportamiento de la interpretación de la ley, en ese sentido tenemos claro que la aquí demandante se separó de cuerpo y sin ánimos de mantener la relación matrimonial con el señor Sandoval Leal desde el año 93 y tenemos en cuenta también que el aquí causante falleció en el año 2003, en ese sentido en el interregno entre el año 93 y 2003, es decir 10 años, la aquí demandante y el causante no convivieron por lo menos con el ánimo de unión, de mantener una familia y compartiendo lecho techo y mesa por más de 10 años, en tal sentido se está soslayando el artículo 47 la Ley 100 de 1993 que fue modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 y en este talante Colpensiones debería ser absuelta de todas las pretensiones que se han

se comparten las circunstancias de hecho que fundamentaron el derecho respecto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la aquí demandante, entretanto la a quo consideró que las circunstancias familiares que rodearon la relación matrimonial entre aquí demandante y el señor Sandoval Leal incidieron en el comportamiento de la interpretación de la ley, en ese sentido aclaró que la aquí demandante se separó de cuerpo y sin ánimo de mantener la relación matrimonial con el señor Sandoval Leal desde el año 1993 y teniendo en cuenta que el aquí causante falleció en el año 2003, es decir, en el interregno del año 1993 y 2003, esto es, 10 años, la aquí demandante y el causante no convivieron por lo menos con el ánimo de unión, de mantener una familia y compartiendo lecho techo y mesa por más de 10 años, en tal sentido se está soslayando el artículo 47 la Ley 100 de 1993 que fue modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 y en este talante Colpensiones debería ser absuelta de todas las pretensiones que se han incoado en su contra.

Insistió, los fundamentos de hecho que fueron considerados en la sentencia para la decisión de la misma no se encuentran coherentes respecto al acervo probatorio arrojado en el presente proceso, más aún cuando la aquí demandante evidentemente no cumple los requisitos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que del año 1993 al año 2003 fecha de fallecimiento del causante, no compartieron techo, lecho y mesa, ni tampoco mantuvieron la relación matrimonial con ánimo de unidad y de familia tal y como lo señala la reiterada y pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

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

incoado en su contra, en tal sentido le solicitó a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá reconsideren esta decisión respecto a los hechos que rodearon los fundamentos de la sentencia.

Les agradezco tal y como lo decía anteriormente los fundamentos de hecho que fueron considerados en la sentencia para la decisión de la misma no se encuentran coherentes respecto al acervo probatorio al que se allegado en el presente proceso, más aún cuando la aquí demandante evidentemente no cumple los requisitos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que del año 93 al año 2003 fecha de fallecimiento del causante, no compartieron techo, lecho y mesa, ni tampoco mantuvieron la relación matrimonial con ánimo de unidad y de familia tal y como lo señala la reiterada y pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en ese sentido le solicitó a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá se reanalice la circunstancia de los hechos por las cuales se le dio fin a esta instancia por medio de la sentencia y también tengan en cuenta el acervo probatorio donde la aquí demandante pues asegura haber convivido con el causante hasta el año 1993 repito sin el ánimo de compartir más lecho, techo y mesa. En ese sentido Colpensiones debe ser absuelta de las pretensiones que se han incoado en su contra, su señoría muchas gracias.”.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante **LUZ MARY CAMARGO DIAZ**, las pretensiones que relacionó en la demanda (Archivo 1 expediente digital, página 3), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados en las páginas 2 a 3 del mismo archivo, solicitando se declare que es beneficiaria de la Pensión de Sobrevivientes del señor Rafael Gilberto Sandoval Leal (Q.E.P.D), teniendo derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de su difunto esposo, conforme lo establecido en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Laboral, Sentencia SL-17302020 (77327), Jun. 3/20 M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán y SL-17272020 (53547), Mar. 17/20. MP. Ana María Muñoz Segura, se condene a COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la Pensión de Sobrevivientes desde el 26 de septiembre de 2003, al reconocimiento y pago del retroactivo que se genere de las mesadas pensionales dejadas de pagar por parte de la entidad demandada, al reconocimiento y pago de los intereses generados conforme lo ordena el artículo 141 de la ley 100 de 1993, indexación, costas y agencias en derecho y facultades ultra y extra petita. **La señora Luz Mary Camargo obtuvo sentencia favorable a sus aspiraciones**, por cuanto la a quo declaró que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor Rafael Gilberto Sandoval Leal, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, respecto de las mesadas pensionales causadas entre el 26 de septiembre del 2003 y el 25 de noviembre del año 2017, condenó a la entidad enjuiciada a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes en 14 mesadas pensionales al año, a partir del día 26 de noviembre del 2017, teniendo en cuenta como mesada pensional mensual para cada año las siguientes sumas:

- a) Año 2017: \$1.109.869.
- b) Año 2018: \$1.155.263
- c) Año 2019: \$1.192.000
- d) Año 2020: \$1.237.296
- e) Año 2021: \$1.257.217
- f) Año 2022: \$1.327.872

Así mismo, autorizó los descuentos del retroactivo que se genere al sistema integral de Seguridad Social en salud y condenó al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 26 de enero del año 2021, esto

es, al vencimiento de los dos meses que tenía la demandada para reconocer la pensión y hasta el momento en que se efectúe el pago. Lo anterior tras considerar que la demandante Luz Mary Camacho siguió ejecutando actos de pareja y de ayuda mutua con el causante, dando por hecho que, si bien se separaron de cuerpos el 30 de junio de 1993 por maltratos físicos y verbales, lo cierto es que siguieron compartiendo techo, lecho y mesa, hasta el día de la muerte del afiliado. Igualmente, expresó la juzgadora, que al ser la demandante la cónyuge del causante sin existir disolución y liquidación del matrimonio y habiéndose probado que se casaron en 1979, se separaron en el año 2003 pero siguieron haciendo vida de pareja, acreditando la ayuda mutua y un vínculo real y afectivo, citando para el efecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral SL359 de 2021.

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

De esta manera ha de señalarse, no es motivo de controversia en esta instancia que el señor **RAFAEL GILBERTO SANDOVAL LEAL**, falleció el 26 de septiembre de 2003, conforme se señala en el registro civil de defunción visible a páginas 7 y 15 (archivos 01 y 10), como tampoco que se encontraba afiliado a COLPENSIONES, cotizando entre el 16 de febrero de 1979 al 31 de octubre de 2003 reuniendo un total de **407.14 semanas**, dejando causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, aspectos que además de no haber sido objeto de discusión dentro del proceso, se constatan con el acto administrativo SUB 25451 del 4 de febrero de 2021 aportado al expediente por la enjuiciada (archivo 10).

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar si la señora **LUZ MARY CAMARGO DIAZ**, quien afirma haber sido cónyuge del afiliado, acreditó los requisitos de ley en esta dirección para ser beneficiaria de la prestación reclamada.

Precisándose en este punto y para resolver las inconformidades de **COLPENSIONES** en su apelación, 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 1993¹, 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 afiliado 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

¹ **“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 muerte¹; (...)

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 esta dirección, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante -26 de septiembre de 2003, páginas 7 y 15, archivos 01 y 10-, 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.

En ese orden, en primer lugar, según se verifica de la cédula de ciudadanía (página 96, archivo 10), la demandante nació el **06 de marzo de 1956**, por lo que a la fecha de fallecimiento del causante contaba con 47 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos (superaba los 30 años), igualmente, entra la Sala a verificar si se cumple con el requisito de la convivencia real y efectiva con el de cujus para la data de su deceso, aspecto fundamental para la procedencia de las pretensiones de la interesada.

En este punto, sostuvo la demandante haber ostentado la calidad de cónyuge del causante desde el 31 de marzo de 1979 hasta la fecha del deceso del señor Gilberto Sandoval, sin embargo, aclaró, el 30 de junio de 1993, se vio obligada a separarse del causante por maltratos verbales y físicos. Así las cosas y en aras de acreditar la calidad de cónyuge del causante y el tiempo de convivencia con el señor Rafael Gilberto Sandoval, debe acudir al acervo probatorio recaudado en autos.

En esa dirección absolvió interrogatorio la demandante¹, quien afirmó, conocer al señor Gilberto cuando trabajaba en la Joyería “New Sport”, los dueños eran amigos de la familia del fallecido, ellos se lo presentaron y empezaron a salir, los dueños de la joyería fueron padrinos del matrimonio, se casaron por la iglesia y por lo civil, se separaron en 1993, desde esta anualidad (1993) a la fecha de fallecimiento no convivieron, aclaró, no tuvieron una separación total, siguieron con las citas y cada uno vivía con sus padres, eso fue desde 1993, quisieron volver como esposos y no lo hicieron por circunstancias ajenas, hasta que el causante falleció el 26 de septiembre de 2003. Enfáticamente, al punto de la convivencia, exclamó, nunca fue una ruptura, se separaron porque la casa que tenían estaba embargada, habló con sus hijas y quedaron en irse del hogar, sumado a que sufría de maltrato, tanto físico como verbal, ya que el cujus siempre fue “brusco”, incluso, relató, estando embarazada le pegó hasta correr el riesgo de perder el bebé. Advirtió, fueron muchos años de sufrimiento porque tomaba mucho y se portaba muy brusco, no se controlaba, le dio miedo y se refugió en la casa de sus padres, siguieron como pareja,

¹**Interrogatorio demandante, récord 07:35:** “Conocí a Gilberto porque trabajaba en New Sport joyería, los dueños eran amigos de la familia de Gilberto, ellos me lo presentaron y empezamos a salir, los dueños de la joyería son padrinos del matrimonio de nosotros, soy casada por la iglesia y por lo civil, yo me separé en el 1993, desde 1993 a la fecha de fallecimiento no convivimos, no tuvimos una separación total, seguimos con nuestras citas y él vivía con su familia y yo con la mía, eso fue desde 1993, cada uno vivía con sus papás, lecho dejamos un tiempo en que queríamos volver, quisimos volver como esposos, fue por circunstancias que nos tocó tomar esta decisión Gilberto murió el 26 de septiembre de 2003, yo estuve haciendo unas vueltas para solicitar la pensión antes, yo me cansé y dije que dejaba así las cosas, ahora yo veo que es un derecho mío, tuvimos a mis hijas y nunca fue una ruptura, yo me separé porque la casa que teníamos estaba embargada, hable con mis hijas y quedamos en salir, lo otro que fue primordial fue porque él tenía maltrato conmigo, tanto físico como verbal, él siempre fue brusco, estando embarazada él me pegó tanto que fueron muchos años de sufrimiento, incluso yo tenía incapacidad de medicina legal, él tomaba mucho y se soportaba muy brusco, eso fue conmigo, a mis hijas nunca las tocó, él no se controlaba, tenía un momento que quería acabar conmigo, a mí me dio miedo y me refugie en la casa de mis padres, yo no me había separado antes de él, eso fue en el 1993 que sentí que acabaría con mi vida, él me amenazaba, yo salía era corriendo porque no me dejaba alcanzar, yo esperaba a que él se fuera, las festividades las pasábamos juntos, a mis hijas las quería mucho, incluso a mí me decía que no me fuera, él lloraba y me decía que lo perdonara, yo decía que porque decía que me quería si me pegaba tanto, eso era mucho dolor, resulta que él las amaba mucho, ellas lo querían mucho, pero nosotros seguimos como pareja, estábamos en bautizo, matrimonios, pero me daba miedo volver con él, ellas lo veían tomado y les daba miedo”.

iban juntos a bautizo, matrimonios o cualquier otro evento, pero le daba miedo volver con él.

Por su parte, la testigo **Nelly Estupiñán**¹, amiga de la demandante y del causante, afirmó conocer a la primera hace más de 30 años porque vivían en el mismo barrio Bellavista Líbano, afirmó la deponente, llegar primero y al año llegó la señora Luz Mary, y su familia, eso fue en 1986, llegó con el esposo y 2 niñas, ella vivía en una casa, ubicada a 3 casas de ésta. Manifestó, la pareja convivió como 12 o 13 años, ellos estaban bien, sufría de maltrato físico y verbal, escuchaba todo, las paredes no son fuertes, el señor llegaba tomado, siempre tomaba mucho y ejercía maltrato verbal y físico, cuando la demandante tomó la decisión de irse se fue donde la mamá y don Rafael se fue para donde los papás, la casa se las remataron, él no pagaba ni nada, se vio con Luz Mary, siguieron una amistad, cuando el cujus murió también se vieron, hablaban sobre cosas de la casa y los hijos.

Puntualmente expuso, veía al señor llegar tomado, ahí mismo, ponía música y el equipo a todo volumen, el tono de la voz era alta, se escuchaban malas palabras, llegaba a maltratar a la señora Luz Mary, cuando la señora Mary le avisó que había fallecido, le contó que había llegado tomado a la casa de los papás y al subir las escaleras se cayó y se desangró, estaba sin signos vitales cuando lo encontraron, don Rafael no tenía a nadie más, ellos tenían una relación de amigos y estaba en reuniones o festejos, ellos mantenían unidos, solo que no convivían, se seguían

¹ **Nelly Estupiñán, récord 24:00:** “Me ocupo al hogar, soy profesional en Enfermería. Yo tengo con ella una amistad de muchos años, con el fallecido también, amistad pero no tan cercana, cosas del diario vivir y no más, yo distingo a Luz Mary hace más de 30 años porque vivimos en el mismo barrio, ella llegó después, ella vive en Bellavista Líbano, yo llegue primero y al año llegó la señora Luz Mary, eso fue en 1986, llegó con el esposo y 2 niñas, ella vivía en una casa, la mía era la tercera casa a la de ella, ellos convivieron como 12 o 13 años, algo así, si el dio menos como 10 años, la relación de ellos, lo que no taba era de puertas para fuera, ellos estaban bien, aparentemente maltrato físico y verbal, eso se escuchaba todo, las paredes no son fuertes, el señor llegaba tomado, siempre tomaba mucho y maltrato verbal y físico, cuando ella tomó la decisión de irse se fue donde la mamá y don Rafael se fue para donde los papás, la casa se la remataron, él no pagaban ni nada, yo no me vi con Rafael, con Luz Mary si, seguimos una amistad, cuando el señor murió también, cosas de la casa y los hijos, visita así como mucho no, compincharía no, uno lo veía a él llegar tomado, ahí mismo, música y equipo a todo volumen, el tono de la voz era alta, se escuchaban malas palabras, llegaba al maltrato dela señora Luz Mary, cuando la señora Mary me avisó que había fallecido, me dijo que había llegado tomado a la casa de los papás y al subir las escaleras se cayó y se desangró, estaba sin signos vitales cuando lo encontraron, que yo supiera no tenían Rafael a nadie más, ellos tenían una relación de amigos y estaba en reuniones o festejos, ellos mantenían unidos, solo que no convivían, se seguían viendo aun, no tuve conocimiento que se hubieran separado, eran casados por la iglesia o por lo civil lo que supe es que nunca se separaron”.

viendo aun, no tuvo conocimiento que se hubieran separado, eran casados por la iglesia o por lo civil, lo que supo es que nunca se separaron.

En igual sentido, declaró **Felissa Muñoz de Moscoso**¹, manifestando, ser amiga de la demandante Luz Mary, conoció al señor Gilberto porque era el esposo de la actora, afirmó, ellos fueron casados y vivieron juntos, no fue al matrimonio, conoció a Luz Mary porque vivieron en la misma urbanización, eran vecinas, las casas se las entregaron a la vez, la actora llegó primero y la deponente después, eso fue como más de 33 años, afirmó, doña Mary se fue en 1993, ella se fue a vivir con la mamá y el señor con los papás, ellos se fueron con los padres cada uno porque perdieron la “casita”, eso fue como en 1993 más o menos, ellas convivieron como vecinas unos 15 años, ella vivía con Rafael y las 2 hijas, la relación de ellos era constante, ella tenía una niña de la edad de la misma edad de una de sus hijas, entonces iban a cursos en piscina e iban a la iglesia. Puntualmente adujo, el señor llegaba tomado y tarde a la casa, maltrataba a doña Mary, muchas veces la acompañó a la Comisaria, vio los golpes que le daba, la relación no era muy buena, se siguió viendo con ella, estuvo en los 15 años de las niñas, la relación de ellas siguió, don Rafael falleció en el año 2003 en septiembre, fue a las exequias de él, él llegó tomado a la casa del papá y vivía en un segundo piso y cayó por la escalera al primero, ellos nunca estuvieron separados legalmente, le consta porque él siempre se veía con las niñas y Mary, él nunca quiso que se divorcieran ni nada, ella trataba pero nunca fue posible volver.

En el mismo sentido, se incorporó al expediente como prueba documental relevante el registro civil de matrimonio donde se constata que la actora y el causante

¹ **Felissa Muñoz de Moscoso, récord 37:00:**” Vivo en Bogotá, soy viuda, me ocupo al hogar, soy amiga de luz Mary, al señor Gilberto lo conocí porque era el esposo de Mary, ellos fueron casados y vivían juntos cuando los conocí, no fui al matrimonio, yo conocí a luz Mary porque llegamos a vivir en la misma urbanización, éramos vecinas, las casas las entregaron a la vez, ella llegó primero y yo después, eso fue como más de 33 años, mi hija menor nació allá, doña Mary se fue en 1993, ella se fue a vivir con la mamá y el señor también, ellos se fueron con los papas porque perdieron la casita, eso fue como en 1993 más o menos, nosotras vivíamos como vecinas unos 15 años, la distancia entre las casas habían 8 casas, ella vivía con don Rafael y las 2 hijas, la relación de ellos era constantes, ella tenía una niña de la edad de mis hijas, entonces iban a cursos en piscina, íbamos a la iglesia, el señor tomaba y llegaba tarde a la casa, maltrataba a doña Mary, yo muchas veces la acompañe a ella a la Comisaria, yo le vi los golpes que le daba, la relación no era muy buena, yo me seguí viendo con ella, estuve en los 15 años de las niñas, la relación de nosotras ha seguido, don Rafael falleció en el año 2003 en septiembre, yo fui a las exequias de él, él llegó tomado a la casa del papá y vivía en un segundo piso y cayó por la escalera al primero, ellos nunca estuvieron separados legalmente, me consta porque él siempre se veía con las niñas y Mary, él nunca quiso que se divorcieran ni nada, ella trataba pero nunca fue posible volver”.

contrajeron matrimonio el **31 de marzo de 1979** (página 8, archivo 01), vínculo que perduró hasta el deceso del señor Gilberto Sandoval (q.e.p.d.). pese a que se separaron de cuerpos el **30 de junio de 1993**, aspecto recurrido por la entidad Colpensiones, ya que la A quo estableció que se cumplió con el requisito de “convivencia mínima exigida”.

Así las cosas, de lo hasta aquí expuesto, sin que sea necesario acudir a otros medios de prueba se advierte, una vez valorados los testimonios 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 **LUZ MARY CAMARGO DIAZ** y **RAFAEL GILBERTO SANDOVAL** (q.e.p.d.) continuaron una sociedad conyugal desde el 31 de marzo de 1979 hasta el momento en que éste falleció, habiendo percibido los testigos de manera directa los hechos sobre los cuales declararon por la cercanía con la pareja, concretamente, al haber sido vecinas de los cónyuges.

Nótese, las señoras **Nelly Estupiñán** y **Felissa Muñoz**, afirmaron tener conocimiento sobre la convivencia de la demandante y el señor Gilberto Sandoval hasta el mes de junio de 1993, debido a que la actora salió de su casa por maltratos físicos y verbales por parte del fallecido afiliado, por lo que desde dicha data cada uno convivía con sus padres, pues así mismo lo declaró la propia demandante, seguidamente, fueron enfáticas en narrar que la pareja continuó con su vida de cónyuges, asistiendo a eventos como bautizo, quince años y un matrimonio, así como nunca cortaron los lazos de unión y ayuda mutua que los unió desde el rito católico contraído desde el 31 de marzo de 1979. Al punto, las testigos señalaron que la pareja dejó de convivir debido a los malos tratos que recibía la demandante por parte de su esposo, consistente en agresiones físicas, verbales y psicológicas, hechos que escucharon de manera directa ya que las viviendas quedaban ubicadas en la misma cuadra y “*se escuchaba todo*”, puntualmente exclamaron, “*el señor llegaba tomado, prendía el equipo y comenzaba a decir malas palabras e incluso la golpeaba*”.

Aunado a ello, la señora Felissa Muñoz de Moscoso, de manera espontánea y convincente aseguró, acompañar a la demandante en varias oportunidades a la Comisaria debido a los golpes originados por el de cujus. Dichos que para esta Sala

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

Pues bien, atendiendo la situación particular de esta litis, la Sala debe interpretar los literales a) y b) del artículo 13 de la Ley 797 del 2003, en el sentido de determinar, si se puede obviar la convivencia mínima requerida cuando al momento del deceso del afiliado, la separación obedece a problemas familiares (maltrato familiar), que no son circunstancias ajenas a la voluntad de la pareja y consecuente con ello, si es viable emplear la tesis jurisprudencial cuando se trata de cónyuges separados de hecho, por lo que conviene revisar el entendimiento jurisprudencial frente al aspecto de convivencia, así como a las separaciones de hecho que no necesariamente eclipsan esa convivencia, como podría ser la violencia intrafamiliar, veamos (Sentencia SL1130 de 2022):

“1.2. Del concepto jurídico de convivencia:

*De vieja data se ha sostenido que dicho término, cuando se trata de cónyuges o compañeros (as) permanentes, busca proteger la unidad familiar y **por ello es entendida como la comunidad de vida, lazos de amor, ayuda mutua, solidaridad, apoyo económico, asistencia solidaria, acompañamiento espiritual, con vocación de consolidación de vida en pareja.***

Entonces, es aquella «efectiva comunidad de vida, construida sobre una real convivencia de la pareja, basada en lazos de afecto y el ánimo de brindarse sostén y asistencia recíprocos» (sentencia CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 40055; reiterada en la CSJ SL4549-2019 y en CSJ SL3861-2020).

Incluso, bajo dicha perspectiva, el concepto analizado abarca circunstancias que van más allá del meramente económico, en la medida que protege el socorro en otras esferas, como se dijo, el familiar, vida en pareja, espiritual etc. Por tal razón, se ha defendido que, con independencia de la situación formal existente entre la pareja, lo que determina una real convivencia son las características anotadas.

Por supuesto, tal elemento debe ser analizado en cada caso en concreto, ya que dadas las particularidades es posible que existan eventos en los que los cónyuges o compañeros permanentes no cohabiten bajo el mismo techo, por circunstancias especiales. Por ejemplo, en providencia CSJ SL6519-2017, citada en CSJ SL3861-2020, se indicó que:

[...] la convivencia debe ser examinada y determinada según las particularidades relevantes de cada caso concreto, por cuanto esta exigencia puede presentarse y predicarse incluso en eventos en que los cónyuges o compañeros no puedan estar permanentemente juntos bajo el mismo techo físico, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, pues ello no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja, si claramente se mantienen vigentes los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo,

solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente formal relativa a la cohabitación en el mismo techo...

En igual sentido en sentencia CSJ SLI4237-2015, reiterada en CSJ SL4962-2019, la Corte sostuvo que:

Y es que, ciertamente, en sentencia CSJ SL, 10 may. 2007, rad. 30141, la Corte Suprema trajo a colación varios apartes jurisprudenciales de la noción de convivencia, recalcando que no es el simple hecho de la residencia en una misma casa lo que la configura, sino otras circunstancias que tienen que ver con la continuidad consciente del vínculo, el apoyo moral, material y efectivo y en general el acompañamiento espiritual permanente que den la plena sensación de que no ha sido la intención de los esposos finalizar por completo su unión matrimonial, sino que por situaciones ajenas a su voluntad que en muchos casos por solidaridad, familiaridad, hermandad y diferentes circunstancias de la vida, muy lejos de pretender una separación o ruptura de la pacífica cohabitación, hacen que, la unión física no pueda mantenerse dentro de un mismo lugar. (...)

En ese orden, resulta claro que el no vivir bajo el mismo techo por condiciones especiales no implica necesariamente que ipso facto desaparezca la comunidad de vida, siempre que prevalezcan los lazos afectivos, sentimentales, de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, propios de la vida en pareja. (...).

1.3. Perspectiva judicial en casos de violencia intrafamiliar.

La violencia intrafamiliar se expresa de diferentes formas, pues -siguiendo literal c) del artículo 3.º la Ley 294 de 1996, incluye daño verbal por ofensa o ultraje, físico, psíquico, amenaza, maltrato, entre otros y se incide en ella cuando – de acuerdo con la Corte Constitucional en sentencia CC SU080-2020- el accionar violento se despliega por un integrante del grupo familiar, con independencia del lugar en que se materialice, «como consecuencia de los vínculos que la unen con la institución».

La importancia de atacar cualquier tipo de agresión en el hogar fue exaltada en providencia CC T311-18, en la que al recordar la decisión CC C408-1996 sobre la constitucionalidad de la Ley 248 de 1996, se dijo:

[...] la violencia intrafamiliar también ha sido considerada como una respuesta a la violencia de género y, específicamente, del femenino. La Corte al pronunciarse sobre la Ley 248 de 1996, con la cual se aprobó la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para” hizo algunas reflexiones que explican la importancia que se le ha reconocido a la violencia en el hogar, las cuales deben recordarse:

11- Pero ello no es todo; las mujeres están también sometidas a una violencia, si se quiere, más silenciosa y oculta, pero no por ello menos grave: las agresiones en el ámbito doméstico y en las relaciones de pareja, las cuales son no sólo formas prohibidas de discriminación por razón del sexo (CP art. 13) sino que puede llegar a ser de tal intensidad y generar tal dolor y sufrimiento, que configuran verdaderas torturas o, al menos, tratos crueles, prohibidos por la Constitución (CP arts 12, y 42) y por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, según la Relatora Especial de Naciones Unidas de Violencia contra la Mujer, ‘la violencia grave en el hogar puede interpretarse como forma de tortura mientras que las formas menos graves pueden calificarse de malos tratos en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por ello esta Corporación considera que es no sólo legítimo sino una expresión de los valores constitucionales que el tratado prohíba también la violencia contra la mujer en el ámbito del hogar. En efecto, la

Constitución proscribire toda forma de violencia en la familia y ordena a las autoridades sancionarla cuando ésta ocurra (CP art. 43), razón por la cual esta Corporación, al declarar exequible, en la sentencia C-371/94, la facultad de los padres de sancionar moderadamente a sus hijos, precisó, en la parte resolutive, que `de las sanciones que apliquen los padres y las personas encargadas del cuidado personal de los hijos estará excluida (sic) toda forma de violencia física o moral, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12, 42 y 44 de la Constitución Política´ (subrayas no originales).

No se puede entonces invocar la intimidación y la inviolabilidad de los hogares para justificar agresiones contra las mujeres en las relaciones privadas y domésticas. Es más, esta violencia puede ser incluso más grave que la que se ejerce abiertamente, pues su ocurrencia en estos ámbitos íntimos la convierte en un fenómeno silencioso, tolerado, e incluso, a veces, tácitamente legitimado. Hace tan solo 30 años, en 1954, en un país de alta cultura democrática como Inglaterra, el comandante de Scotland Yard se jactaba de que en Londres había pocos asesinatos y que muchos de ellos no eran graves pues eran simplemente `casos de maridos que matan a sus mujeres. (Resaltado fuera del texto original, salvo la expresión “estará excluida (sic) toda forma de violencia física o moral”).

Así que no pasa desapercibido por dicho órgano de cierre, como por el presente, que la violencia intrafamiliar ocurre en especial contra la mujer, razón por la cual en la misma decisión se precisó que:

Incluso, haciendo referencia a la providencia CC C0222015 en la que se dijo que la exclusión de la violencia intrafamiliar de la lista de delitos querellables se ajustaba a la Constitución Política, la aludida Alta Corporación reconoció que tal medida «cumplía el propósito de “perseguir y erradicar la violencia de género y los feminicidios que se presentan en el país, en su mayoría mujeres víctimas de violencia intrafamiliar”, al paso que se consideró, como quedó visto, un mecanismo óptimo para que la pena cumpla una función preventiva» (CC T311-2018). ...

En tal virtud, esta Corte ha estimado que – comprendiendo ese marco conceptual sobre la violencia en el hogar y la protección que, particularmente, merece la mujer que sufre actos de agresión en dicho ámbito - el presupuesto de convivencia exigido legalmente no se puede desechar por la ausencia de cohabitación física del cónyuge o de los compañeros permanentes cuando el presunto(a) beneficiario(a) ha sido sometido a maltrato físico, psicológico y a cualquier tipo de violencia, pues esto obliga a que los jueces acudan a una perspectiva en sus decisión, para evitar que «una aplicación restringida de los requisitos para conceder la pensión pueden terminar por revictimizar a quien es más vulnerable», ya que debido a las circunstancias especiales, los eventuales beneficiarios «no siempre [pueden] cumplirlos, sobre todo si las mujeres interrumpen la convivencia o terminan el vínculo jurídico con su pareja para proteger su vida» (CSJ SL1727-2020).

De tal forma se realizó, verbigracia, en sentencia CSJ SL2010-2019, en la cual se otorgó el derecho a la pensión de sobrevivientes a la demandante beneficiaria que, aunque no convivía con su cónyuge bajo el mismo techo, evidenció que ello obedeció a la violencia en el seno del hogar por los malos tratos que aquél perpetraba y la obligaron a abogar por su vida. En tal oportunidad, se precisó que:

[...] la Corte ha dicho que el requisito de la convivencia que prevé el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 debe ser analizado de acuerdo con las particularidades de cada caso, «...dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares...» (CSJ SL1399-2018). (...).

Aunado a lo anterior, lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico establece una gama de reglas y principios encaminados a prevenir, remediar y castigar cualquier forma de maltrato intrafamiliar, además de proteger de manera integral y efectiva a las personas violentadas. Igualmente, teniendo en cuenta que, tradicionalmente, la víctima de dichas formas de violencia ha sido la mujer, envuelta en un contexto de «...relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres» que conduce a perpetuar la discriminación contra ésta y a obstaculizar su pleno desarrollo...» (CC T-338 de 2018), nuestro ordenamiento jurídico se ha preocupado especialmente de prevenir y castigar cualquier forma de violencia en su contra, a través de normas como el artículo 43 de la Constitución Política, la Ley 294 de 1996 (...).

Siendo ello así, no sería posible entender, bajo ninguna circunstancia, que una víctima de maltrato pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes de su cónyuge, por el solo hecho de renunciar a la cohabitación y buscar legítimamente la protección de su vida y su integridad personal. Pensar diferente sería, ni más ni menos, una forma de revictimización contraria a los valores más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, al derecho a la igualdad y no discriminación y al artículo 12 de nuestra Constitución Política, de conformidad con el cual nadie puede ser sometido a «...tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes...» Igualmente, implicaría reproducir patrones y contextos de violencia contra la mujer, negarle el derecho a oponerse al maltrato y condenar a otras mujeres a soportarlo, con tal de no perder beneficios jurídicos como el de la pensión de sobrevivientes.

Conforme a todo lo expuesto, en este caso la Corte debe tener por cumplido el requisito de la convivencia exigido legalmente, pues, además de que la demandante convivió con el causante desde la fecha del matrimonio – 3 de junio de 1993 -, aproximadamente hasta el mes de marzo de 1997 (fol. 76), la falta de cohabitación desde ese momento y hasta la muerte del pensionado – 7 de septiembre de 2004 - se originó en los malos tratamientos que este le dispensaba a su esposa (subrayado añadido). ...

- b) No obstante, adujo que tal requerimiento tiene unos «bemoles», pues, pese a que se dé separación física entre cónyuges o compañeros, esto puede tener una justificación que no da al traste al derecho, dado que es viable que existan «circunstancias de salud, de trabajo, otro tipo de circunstancias que la misma Corte Suprema lo ha dejado a que se analice en cada caso», por ejemplo, separaciones «temporales» en las que se mantienen «los vínculos que justifican una relación de pareja, como es el apoyo, el apoyo moral, el sustento económico, etcétera.
- c) Ahora, alegó que en el examine «había circunstancias que hicieron que en un momento determinado sí existiera una separación [...], pero una separación que no puede calificarse en ningún momento de definitiva, sino temporal», sin que hubiese duda de que la demandante y el causante convivieron por más de siete años.
- d) Recordó que esta Corte no sólo «ha obviado el requisito de convivencia al momento de la muerte» cuando se trata de separaciones por razones de salud, trabajo entre otros, sino también ha ampliado la cobertura, por ser un derecho fundamental, a casos en donde «hay vínculos matrimoniales y convivencia superior a los cinco años en cualquier tiempo sin convivencia al momento de la muerte [y] se han reconocido pensiones de sobrevivientes y este caso podría analizarse también bajo ese tema» (subrayado añadido) ...
- e)
- f) Así, concluyó que en el caso de estudio no hubo una disolución definitiva, sino «temporal» por problemas al interior de la pareja, que no tienen por qué extinguir

el derecho, ya que se demostraron «más de cinco años de convivencia efectiva, lo cual no tiene motivo de discusión en este proceso». ...

Tampoco soslayó el requisito de convivencia de cinco años al momento del deceso del afiliado (se exalta, que era el exigido conforme a la tesis jurisprudencial vigente para tal anualidad en la que se emitió el fallo), sino que, en respuesta a las particularidades de la convivencia de la pareja Moreno Durango, entendió que la separación dada no llevaba a la pérdida del derecho por cuanto se tuvo siempre la vocación de permanencia, lo cual resulta acertado conforme a la perspectiva judicial que se debe tener en cuenta en los casos en que se presenta violencia intrafamiliar, como en el presente y del deber de protección de la mujer en tal contexto. ...

Con todo, si bajo cualquier arista se considerara lo contrario y se entendiera que el Tribunal adujo que los cinco años de convivencia de la demandante se podían acreditar en cualquier tiempo o incluso que «obvio» la existencia de tal requisito en los cinco años previos al deceso, como lo sugieren las entidades recurrentes, lo cierto es que no habría lugar a casar la decisión, porque, con la nueva posición jurisprudencial explicada a profundidad en el ítem 1.1. no es necesario limitar tal requisito a una temporalidad de cinco anualidades, ya que lo que se debe acreditar, cuando el causante es un afiliado, es la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia”. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

En consecuencia, aplicando el anterior criterio jurisprudencial, concluye la Sala, las circunstancias de violencia intrafamiliar no pueden ser ignoradas por los operadores judiciales al tomar decisiones en materia de seguridad social, decisión a la que arribó la juez de primera instancia, pese a que no profundizó sobre el tema de maltrato familiar, si mencionó que la demandante sufría de situaciones relacionadas con maltrato familiar, hecho corroborado en las declaraciones recaudadas.

Bajo tal circunstancia no se puede exigir a la demandante un mínimo de convivencia, al tratarse de un afiliado, cuando es claro que la cónyuge era sujeto de vejámenes y que por dichas circunstancias tuvo que salir de su casa con sus hijas el 30 de junio de 1993, pues a todas luces estaba cuidando su integridad física y moral, Incluso, en este caso se demostró la comunidad de vida con los testigos recepcionados, quienes reconocieron que la actora y el causante convivieron como pareja, pues luego del 30 de junio de 1993 siguieron consumando actos de comunidad de vida, tales como asistir a reuniones sociales, celebraciones (bautizos, cumpleaños, matrimonios), encuentros familiares, todos estos de manera permanente y continua, demostrando con ello que no tenían la intención de finalizar por completo el vínculo matrimonial, sino que por situaciones ajenas, muy lejos de pretender una separación de la cohabitación hicieron que la unión física no pudiera mantenerse dentro del hogar. En esta litis se puede evidenciar de manera clara y sólida que el de cujus tenía hábitos de consumo de alcohol y ejerció actos de agresión en contra de la

demandante en varias oportunidades, lo que conllevó a que la actora saliera de su casa, sumado esto al embargo que recaía sobre el inmueble donde habitaban por problemas económicos, situaciones que permiten concluir, no fue la demandante quién decidió terminar el vínculo matrimonial, sino por el contrario, se trató de causas ajenas a su voluntad, lo que no puede generar la pérdida del derecho pensional que aquí se reclama.

Nótese conforme a lo referido, fue por razones ajenas a la voluntad de los consortes que hicieron que la unión física no pudiera mantenerse dentro de un mismo lugar, situación que en manera alguna puede pasar por alto esta Corporación, pues se itera se trató de una circunstancia especial de agresión o maltrato familiar y ante esta circunstancia se deben aplicar los antecedentes jurisprudenciales, debiendo examinarse cada caso en particular, tal como reiteradamente lo ha señalado la Sala de Casación Laboral, entre otras, la sentencia SL 1279 de 2022, donde dispuso:

“Por dicha vía, esta sala de la Corte ha determinado que, efectivamente, a partir de una adecuada hermenéutica del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la convivencia que da derecho a la pensión de sobrevivientes,

“[...] debe ser examinada y determinada según las particularidades relevantes de cada caso concreto, por cuanto esta exigencia puede presentarse y predicarse incluso en eventos en que los cónyuges o compañeros no puedan estar permanentemente juntos bajo el mismo techo físico, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, pues ello no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja, si claramente se mantienen vigentes los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente formal relativa a la cohabitación en el mismo techo”. (Ver CSJ SL6519-2017)” (Negrilla fuera del texto).” (Sentencia SL1130 de 2022 C.S. de J.).

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 junto con 14 mesadas al año dado que la pensión de sobrevivientes se causó con anterioridad al 31 de julio del 2011 (Parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005) y en este punto se deberá confirmar la sentencia, advirtiéndose el tema del porcentaje otorgado a la demandante no fue objeto de reproche¹.

Ahora bien, en relación con la fecha a partir de la cual se debe reconocer el derecho pensional, evidentemente la pensión de sobrevivientes se causó en la fecha de

¹ Equivalente al 45% en aplicación al artículo 48 de la Ley 100 de 199, aplicando un total de 407,14 semanas

fallecimiento del afiliado 26 de septiembre de 2003, sin embargo, debe en este punto analizarse la excepción de prescripción propuesta por la encartada (página 17 y 18 Archivo 09 del expediente digital)¹, recordándose si bien el derecho a la pensión es imprescriptible, no así las mesadas pensionales, las cuales prescriben dentro del término establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S.; de esta suerte, en el presente asunto el derecho a la pensión de sobrevivientes se hizo exigible el 26 de septiembre de 2003 fecha en que falleció el cónyuge de la demandante, acudiendo por primera vez a reclamar vía administrativa la prestación pensional el 31 de marzo de 2004, resolviéndose la solicitud a través de las Resoluciones No. 032246 del 16 de agosto de 2006 (resuelve prestación periódica), No. 009489 del 06 de marzo de 2007, (desató el recurso de reposición resolviendo confirmar), No. 01789 del 21 de septiembre de 2007 (resolvió un recurso de apelación, confirmando la resolución inicial atacada).

Finalmente, la demandante radicó nueva solicitud de reconocimiento el día 26 de noviembre de 2020, tal como se extrae de la Resolución SUB 25451 del 4 de febrero de 2021, siendo negada la prestación a través de dicho acto administrativo (archivo 10, expediente administrativo.pdf), acudiendo a la jurisdicción el 19 de marzo de 2021, archivo 02), notificándose a la entidad demandada del auto admisorio del libelo, dentro del término establecido en el artículo 94 del C.G.P. , por lo que entre la fecha en que se hizo exigible el derecho (26/09/2003) y la fecha de interposición de la reclamación administrativa (26/11/2020) transcurrió el término trienal consagrado para la operatividad de la prescripción y en esa medida las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 25 de noviembre de 2017, se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, confirmándose la decisión de la a quo.

Lo anterior en aplicación del criterio expuesto en sentencia SL794 radicación No. 41281 del 13 de noviembre del 2013, mediante la cual se precisó que para prestaciones que se vayan causando de manera periódica, desde luego se aplica la interrupción de la prescripción por una sola vez para cada una de las distintas mesadas que se vayan generando en el tiempo, afectándose por el fenómeno de la prescripción una vez superado tanto el lapso de suspensión como el de interrupción en el evento en que oportunamente no se accione una vez vencidos dichos términos (Sentencia C-792 de 2006).

¹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 13 de septiembre de 2022, página 1 y 2, archivo 18.

Así, efectuadas las operaciones aritméticas, tal como se refleja en la liquidación anexa la presente sentencia, efectuada con apoyo del grupo liquidador del Consejo Superior de la Judicatura, se obtiene como primera mesada, la suma de \$1.109.869 (2017), la cual resulta igual a la hallada en primera instancia, como se puede ver en el cuadro de liquidación que se inserta a continuación:

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
01/01/03	31/12/03	6,99%	\$ 594.046,00	0,00	\$ 0,0
01/01/04	31/12/04	6,49%	\$ 632.600,00	0,00	\$ 0,0
01/01/05	31/12/05	5,50%	\$ 667.393,00	0,00	\$ 0,0
01/01/06	31/12/06	4,85%	\$ 699.762,00	0,00	\$ 0,0
01/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 731.111,00	0,00	\$ 0,0
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 772.711,00	0,00	\$ 0,0
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 831.978,00	0,00	\$ 0,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 848.618,00	0,00	\$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 875.519,00	0,00	\$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 908.176,00	0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 930.335,00	0,00	\$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 948.383,00	0,00	\$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 983.094,00	0,00	\$ 0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.049.649,00	0,00	\$ 0,0
26/11/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.109.869,00	2,17	\$ 2.404.716,2
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.155.263,00	14,00	\$ 16.173.682,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.192.000,00	14,00	\$ 16.688.000,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.237.296,00	14,00	\$ 17.322.144,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.257.216,00	14,00	\$ 17.601.024,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.327.872,00	14,00	\$ 18.590.208,0
01/01/23	31/03/23	13,12%	\$ 1.502.089,00	3,00	\$ 4.506.267,0
Total retroactivo				\$ 93.286.041,17	

De tal forma, al coincidir el monto de las mesadas ordenadas en primer grado, es menester en este escenario emitir pronunciamiento frente al valor del retroactivo pensional causado a partir del 26 de noviembre de 2017 a la fecha (30 de marzo de 2023), ordenando el pago por un total de **\$93.286.041,17**, en los extremos referidos, retroactivo que se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina. En tal sentido, se adicionará el numeral tercero de la sentencia de primer grado.

Finalmente, esta Sala de decisión confirma la autorización a COLPENSIONES a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado a la actora¹, de conformidad con lo

¹Ver al respecto la sentencia de la CSJ S.L. Radicación No. 35763 del 27 de enero del 2010, la cual adujo:

establecido en el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 el cual dispuso que: "*se entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público*", mientras que en su artículo 42 permitió a las entidades pagadoras "*descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud*".

En relación con la condena al pago de los intereses de mora, resulta pertinente mencionar, si bien es cierto se encuentran contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 787 de 2013, radicación No. 43602, morigeró la posición frente a la procedencia de los intereses moratorios, indicando se deben evaluar si existieron causas que justifiquen el desconocimiento del derecho por parte de la entidad.

En ese orden de entrada debe indicarse, que la decisión de no reconocer el derecho pensional a la demandante, se originó con apego a los requisitos establecidos por la norma en lo relacionado al cumplimiento del tiempo mínimo de convivencia anterior al momento del fallecimiento del causante; así las cosas, para esta Sala la omisión de reconocimiento y pago por parte de la pasiva de la prestación pensional objeto de estudio se encuentra justificada, pues solo a través del recaudo de la testimonial que se dio en sede jurisdiccional se pudo establecer las causas verdaderas de la imposibilidad de convivir con el cónyuge bajo el mismo techo, siendo ésta, violencia intrafamiliar, adicionalmente a la aplicación del criterio jurisprudencial en tal sentido, razón por la cual se revocará en ésta aspecto la sentencia de primera instancia.

En su lugar, se dispondrá el pago debidamente indexado de las mesadas adeudadas, 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

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

garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021 -en la que se abordó un asunto de similares contornos fácticos-. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

“Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.”

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real.” (Negrillas de la Sala).

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 procederán a la revocatoria del numeral cuarto para en su lugar ordenar el pago de las sumas **debidamente indexadas**, se adicionará el numeral tercero en cuanto a discriminar el valor del retroactivo causado a la fecha y se confirmará 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: REVOCAR el numeral **CUARTO** de la sentencia apelada, para en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** del pago de los intereses moratorios. En su lugar, se **CONDENA** a la demandada a pagar las mesadas pensionales adeudadas a la accionante debidamente indexadas a la fecha efectiva de inclusión en nómina, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que el retroactivo causado entre el 26 de noviembre de 2017 al 30 de marzo de 2023, asciende a la suma de **\$93.286.041,17**, sin perjuicio de las mesadas que se generen hasta la fecha de inclusión en nómina.

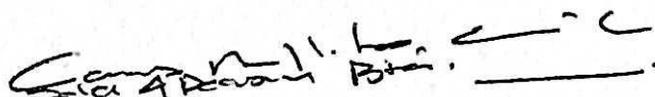
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por la Juez de primer grado, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

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 CRISTHIAN SMITH BAQUERRO GALINDO CONTRA CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ S.A. -CORABASTOS- (RAD. 23 2021 00506 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo 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, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral primero de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandada CORPORACIÓN DE ABASTOS DE BOGOTÁ –CORABASTOS-, contra la sentencia proferida por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de noviembre de 2022 (Exp. Digital: Audio archivo 20, record: 24:05), en la que se resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR que entre CRISTIAN SMITH BAQUERO GALINDO y la CORPORACION ABASTOS DE BOGOTA SA CORABASTOS, existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 7 de noviembre de 2014 y finalizó el 26 de junio de 2018, en el que el demandante se desempeñó como electricista y devengo como último salario \$1.850.000.

SEGUNDO: CONDENAR a la CORPORACION ABASTOS DE BOGOTA SA CORABASTOS, a reconocer y pagar a CRISTIAN SMITH BAQUERO GALINDO, las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos:

- a) \$6.272.472 por concepto de cesantías,*
- B) \$54.885 intereses a la Cesantías,*
- C) \$54.885 sanción por no consignación de intereses a las cesantías,*
- D) \$919.861 por prima de servicios,*
- E) \$1.526.250 por compensación de vacaciones. Suma ésta que deberá indexarse al momento efectivo de su pago, desde su causación al momento efectivo de su pago,*
- F) \$1.463.200, sanción por no consignación de las cesantías, de acuerdo a lo considerado.*

TERCERO: CONDENAR a la CORPORACION ABASTOS DE BOGOTA SA CORABASTOS, a cancelar cálculo actuarial con destino a la administradora de pensiones, a la cual se encuentra afiliado al señor demandante entre el 7 de noviembre del 2014 hasta el 26 de junio de 2018, con los salarios anteriormente señalados en la parte considerativa.

CUARTO: CONDENAR a la CORPORACION ABASTOS DE BOGOTA SA CORABASTOS a reconocer y pagar a CRISTIAN SMITH BAQUERRO GALINDO eh por concepto de indemnización moratoria, artículo 65 Código sustantivo del trabajo intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia financiera. A partir del 26 de junio de 2020 y hasta que se efectúe el pago completo de las prestaciones de lo aquí ordenado., Intereses moratorios que proceden sobre las prestaciones ordenadas en esta sentencia.

QUINTO: COSTAS a cargo de la empresa demandada a favor del demandante.».

Inconforme con la decisión, la demandada la apeló, solicitando su revocatoria indicando no haber existido un contrato de trabajo entre las partes, refiriendo si bien existió un horario este era coordinado con el actor quien efectivamente tenía conocimiento que se encontraba bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios, aunado a que éste se coordinaba con varias personas que desempeñaba el cargo por él desarrollado (Exp. Digital: Audio archivo 20, record: 26:32¹)

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 CRISTIAN SMITH BAQUERO GALINDO en este ordinario, las pretensiones relacionadas a páginas 6 a 8 del archivo 01 Expediente digital, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a páginas 3 a 6 (ibídem), aspirando se declare que entre las partes existió un contrato laboral a término indefinido desde el 7 de noviembre del 2014 hasta el 29 de junio del 2018, devengando como último salario la suma de \$1.850.000, en consecuencia se condene a su reintegro y/o reinstalación, al pago de aportes pensionales, prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías,

¹ Su Señoría me gustaría interponer recurso de apelación con relación a la sentencia, teniendo en cuenta que, considerando pues la sentencia se evidencia que su despacho manifiesta que existe un contrato de trabajo, el cual para la CORPORACION seguimos manifestando que no existió.

Teniendo en cuenta pues las pruebas que se hicieron debido que efectivamente si existió un horario, pero era coordinado con el trabajador que efectivamente él tenía conocimiento que era un contrato de prestación de servicios y que se coordinaba esto con varios empleados, no solamente con él que desempeñan los cargos de él para la prestación y los fines que tiene la CORPORACION ABASTOS DE BOGOTA SA CORABASTOS. Estamos conformes con la prescripción de las acreencias laborales que se decretaron y solicitamos se documentará mejor este recurso cuando sea concedido ante el tribunal.

vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías, sanción por no pago de los intereses a las cesantías, intereses corrientes e intereses moratorios, costas procesales, condenas *ultra y extra petita*. En subsidio solicitó la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria por no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 7 de noviembre del 2014 al 26 de junio del 2018, condenando al pago de cesantías, intereses a las cesantías con sanción, prima de servicios, compensación de vacaciones debidamente indexada, valor del cálculo actuarial por concepto de aportes pensionales, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación a partir del 26 de junio del 2020 como indemnización moratoria, por demandar pasados 24 meses después de terminada la relación laboral.

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

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

Precisado lo anterior y con el ánimo de dar desarrollo a la impugnación de la demandada, debe señalarse inicialmente, en los juicios del trabajo es primordial para el Juez establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, la existencia o no de un contrato de trabajo resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, en tanto su declaración judicial constituye la pretensión principal del demandante, mientras que la traída a juicio se opone al afirmar que se trató de un contrato de prestación de servicios de naturaleza civil,

razón por la cual precisa la Sala, no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

De igual forma, es menester señalar, a la parte actora le basta acreditar la prestación personal del servicio, por cuanto en virtud de la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, correspondiendo por tanto a la llamada a juico desvirtuar su existencia (Al respecto, puede consultarse la sentencia CSJ SL2480-2018 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia²).

Así, se advierte, en el caso de marras no se encuentra en discusión la prestación personal del servicio del demandante en favor de la demandada por cuanto la misma fue aceptada desde la contestación de la demanda (Exp. Digital: *Archivo 6*), y se constata con las certificaciones que aportan tanto el demandante como la demandada (*Archivo 1 expediente digital, págs. 44 a 51 y Archivo 6 expediente digital págs. 44 a 51*), en las que se señala que el actor se encontraba vinculado a la Corporación de Abastos de Bogotá S.A. “CORABASTOS” a través de diferentes órdenes de prestación de servicios.

Sumado a lo anterior, en el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la demandada³, éste señala que Cristian Baquero tuvo diferentes contratos de prestación de servicios para desarrollar las funciones de apoyo logístico, ornamentación y electricidad al interior de la central de Abastos, expresando tales funciones eran cumplidas a través de diferentes turnos diarios y nocturnos, toda vez que no se podían quedar sin personal encargado de ello, expresó que todas las

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

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

³ Audiencia 19 de octubre del 2022, Archivo 18 record: 11:54

herramientas, materiales de protección y el uniforme eran entregados por Corabastos, señalando que en las ocasiones en que el demandante no podía asistir debía informar para que se cubriera ese turno con otra persona, reiterando era primordial durante las 24 horas la presencia de este personal.

Los testigos TITO ALVIS GALVIS⁴ (plomero de Abastos desde el 2004) y FERNANDO FORERO⁵ (electricista de la demandada de agosto del 2016 a enero del 2022), señalaron conocer al demandante por cuanto laboró con ellos en las instalaciones de Corabastos, indicando que en efecto el actor era el encargado de todos los arreglos eléctricos que se requirieran en las bodegas de dicha central de abastecimiento, manifestando que todo el personal de mantenimiento incluido el accionante portaban un uniforme que los identificaba con el logo de “*mantenimiento Corabastos*”, precisaron que el actor laboraba por turnos los cuales se programaban por los supervisores de manera mensual y se les entregaban en un hoja, sufriendo llamados de atención verbal si se retrasaban en llegar, razón por la cual debían cumplir ese horario asignado por Corabastos. Comentaron que los permisos se los debían pedir al jefe inmediato, que las herramientas de trabajo y medidas de protección eran suministradas por la accionada y que la función del demandante siempre fue desarrollada al interior de Abastos.

Así las cosas, de los medios probatorios ya anunciados la prestación personal del servicio del actor en favor de la sociedad demandada, se encuentra suficientemente demostrada, de ahí que, el promotor del juicio se encuentra cobijado por la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes referida, y en ese orden, le correspondía al demandado desvanecer la presunción en comento.

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

⁴ Audiencia 19 de octubre del 2022, Archivo 18 record: 36:50

⁵ Audiencia 19 de octubre del 2022, Archivo 18 record: 56:31

De modo, que ninguno de ellos pudo desvirtuar la aludida presunción, y por el contrario, la reafirman con sus dichos al señalar que, por ejemplo, por las labores como electricista el accionante recibía una remuneración fija y mensual, la entrega de dotaciones, herramientas, elementos de protección y el cumplimiento de un horario previamente establecido por la enjuiciada.

En ese orden de ideas, al estar determinada la prestación personal del servicio, como ya se dijo, la parte actora cuenta con la ventaja probatoria que presume los demás elementos del contrato de trabajo, sumado a que existen en los documentos y demás medios probatorios analizados, indicios que dan cuenta de una relación laboral subordinada, que como lo tiene definido la reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, algunos de ellos se encuentran enunciados, en el artículo 23 del CST, tales como el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, pero que deben armonizarse con la Recomendación No. 198 de la OIT y que fueron recordados en la sentencia CSJ SL1439-2021, así:

«La Sala Laboral ha identificado algunos indicios relacionados en la Recomendación n.º 198 de la OIT que, sin olvidar su carácter relativo o circunstancial, no exhaustivo y dinámico, pueden ser útiles para descifrar una relación de trabajo subordinada. De esta forma, ha considerado como tales la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)⁶».

De tales indicios para determinar la subordinación, en el caso de marras, se evidencian como tales, aparte de prestar el servicio personal, el hecho de que se percibía una remuneración por el servicio prestado, la labor de electricista se

⁶ En general, podría afirmarse que los indicios construidos por la Sala Laboral coinciden con los descritos en la Recomendación n. 198 de la OIT, instrumento que reseña los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

realizaba en el local y con las herramientas de la demandada, hubo continuidad en el desempeño de esa labor, cuyo único beneficiario era la demandada; siendo dable de este modo, concluir la subordinación del actor respecto del beneficiario de sus servicios personales CORABASTOS, lo cual no fue desvirtuado por ésta y por lo tanto, no puede colegirse cosa distinta a que entre el actor y la llamada a juicio existió una verdadera relación de trabajo, y bajo ese entendido, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en este aspecto, precisándose, la Sala se abstiene de analizar las condenas que de allí se derivaron por no haber sido tal asunto objeto de apelación.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

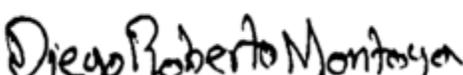
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

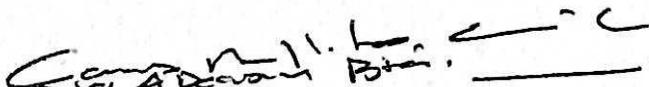
RESUELVE

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

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

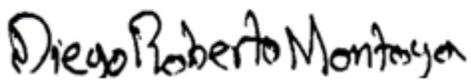
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$1.000.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL SEGUIDO POR MÓNICA CASTRILLÓN ARTEAGA CONTRA GRECIJULY MATEUS MORALES (RAD. 25 2018 00733 04).

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

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral 2º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

PROVIDENCIA

El presente proceso fue arribado a esta Corporación a propósito de que se resuelva el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada **GRECIJULY MATEUS MORALES** contra el auto proferido por el Juez Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 27 de septiembre de 2022 por medio del cual negó la nulidad por indebida notificación formulada por ese extremo procesal mediante escrito radicado el 10 de agosto de 2022 (*páginas 312 a 320, archivo01 Proceso Digitalizado.pdf*), tras plantear como fundamentos fácticos, con fecha 18 de junio de 2019 se admitió la demanda instaurada por Mónica Castrillón Arteaga contra Greicy (sic) July Mateus Morales, en consecuencia, el despacho ordenó citar a la demandada a fin de notificar el auto admisorio de la demanda. Con fecha 30 de octubre de 2019 se admitió la reforma de demanda, por lo que, la parte actora envió el citatorio de que trata el artículo 291 del C.G.P. a la dirección denunciada en escrito genitor (Calle No. 73 15 - 43), anunciando, serian notificadas las providencias de data 18 de junio de 2019; 05 de julio de 2019; 25 de septiembre de 2019; 15 de octubre de 2019, obviándose la de fecha 30 de octubre de 2019.

Añadió, en diligencia de notificación personal efectuada el 19 de noviembre de 2019, se notificó a GREICIJULY MATEUS MORALES, en calidad de demandada, el contenido del auto admisorio de fecha 18 de junio de 2019, haciéndole entrega formal de la demanda, ratificándose a puño y letra que correspondía al traslado de demanda y subsanación, **sin que se hiciera entrega del escrito demandatorio reformativo, admitido en proveído de data 30 de octubre de 2019.**

En síntesis, consideró el recurrente, a la fecha no se ha surtido la notificación personal de la reforma de la demanda.

Al sustentar el recurso que ocupa a la Sala, sostuvo detalladamente, mediante auto de fecha 18 de junio de 2019, fue admitida la demanda y en decisión de instancia del 25 de septiembre de 2019, esta Corporación ordenó examinar la reforma de la demanda y decidir sobre su admisión. De esa manera y obedeciendo lo ordenado por el Superior, mediante auto del 30 de octubre de 2019, se admitió la reforma de la demanda y se ordenó notificar y correr traslado a la parte demandada. Posteriormente, mediante acta de notificación personal del 19 de noviembre de 2019, se notificó a la demandada, quien confirió poder a la Abogada Claudia Forero Arévalo (folios 193 a 196). Así las cosas, la primera actuación de la togada en derecho fue el memorial del 26 de noviembre de 2019, por medio del cual solicitó una aclaración de la providencia de fecha 30 de octubre de 2019, misma que fue resuelta a través de providencia calendada 21 de abril de 2021, en el sentido de mantener la decisión adoptada inicialmente por el a quo, atinente a la contestación de la demanda con su respectiva reforma.

Relatado lo anterior, manifestó, la parte demandada actuó por intermedio de defensora judicial y contestó la demanda por medio del correo allegado de fecha 6 de mayo de 2021 y en escrito separado propuso excepciones de mérito (páginas 219 a 226, archivo 01), teniéndose por no contestada la demanda.

Concretamente, como motivo de inconformidad adujo, se evidencia nulidad por indebida notificación y no como lo pretende hacer ver el juzgado pues de todo lo discurrido por el sentenciador, se habla en toda la motivación de la providencia atacada y no del “**TRASLADO DE LA REFORMA DE LA DEMANDA**”, así mismo, tampoco se hizo alusión a la documental que da cuenta de que nunca se corrió

traslado del escrito reformativo, acción judicial que en escrito incidentante se avizó y se reclamó, generando la violación del debido proceso y contradicción de la parte demandada.

Expuso, la motivación del juzgado relacionada con: *“no se incluyó lo relativo a la no contestación de la reforma, ello simplemente iba implícito en ese mismo auto, cuando quiera que, si el juzgado mantuvo la decisión de correr el traslado de la demanda y la reforma de esta, la misma parte accionada procedió a pronunciarse únicamente sobre la demanda omitiendo entonces, manifestarse sobre la reforma de ella, lo que no se puede considerar como una violación al debido proceso a la demandante”*, se califica como un “yerro”, del que no se puede pregonar de una inferencia que *“ello simplemente iba implícito en ese mismo auto”*, pues el derecho procesal no es de inferencias, menos, si estas van en contra vía del derecho de contradicción, no siendo dable al a quo mantener la decisión de correr traslado de la demanda y la reforma.

En cuanto al anterior inconformismo le sumó lo afirmando por el sentenciador al expresar que la accionada si tenía conocimiento de la reforma de la demanda, así como de su admisión, de lo cual habiéndose notificado personalmente tuvo acceso al expediente físico pudiendo detectar los presuntos errores sobre los cuales hoy se pretende edificar una nulidad por indebida notificación en cuanto a la reforma de la demanda.

Para resolver, las siguientes

CONSIDERACIONES

Conviene recordar que el artículo 29 de la Constitución Nacional consagra el debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas para que nadie pueda ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el Juez o Tribunal competente, con observancia de las formas propias de cada juicio.

Para garantizar dichos postulados, el legislador en su sabio entender erigió en nulidades determinados vicios que impiden que exista el debido proceso, para

efectos de no dejar al albedrío del interprete el determinar cuándo se da la violación.

Fue así entonces como se taxaron las nulidades que pueden invalidar la actuación surtida dentro de un proceso -como desarrollo del artículo 29 de la Constitución Nacional- por lo mismo no puede existir causal de nulidad distinta de las señaladas en el artículo 133 del Código de General del Proceso, cosa diferente es que se configuren otras irregularidades, pero no tienen fuerza para invalidar la actuación, por lo que fuera de las taxativamente contempladas en la norma procesal, no existen otras nulidades o si se generan no producen la invalidez de la actuación, salvo que tal yerro lleve consigo una violación al debido proceso o a las prerrogativas fundamentales de las partes.

En ese orden de ideas, el apoderado de la pasiva invoca la causal señalada en el numeral 8º del artículo 133 del C.G.P.¹, la cual hace relación al hecho de no haberse practicado en debida forma la notificación del auto que admitió la reforma de la demanda, provocando una violación del debido proceso conforme lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política.

En esa dirección, encuentra la Sala que se trata de una causal frente a la cual se erige la nulidad pretendida, soportándose en la situación fáctica de indebida notificación del auto admisorio de la **reforma de la demanda**.

Preliminarmente, en lo que toca a la oportunidad de proponer la nulidad, téngase en cuenta, el artículo 134 del C.G.P., el cual prevé:

¹ 8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas, aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

Quando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.

PARÁGRAFO. Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece.

“ARTÍCULO 134. OPORTUNIDAD Y TRÁMITE. *Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a esta, si ocurrieren en ella.*

La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, o la originada en la sentencia contra la cual no proceda recurso, podrá también alegarse en la diligencia de entrega o como excepción en la ejecución de la sentencia, o mediante el recurso de revisión, si no se pudo alegar por la parte en las anteriores oportunidades.

Dichas causales podrán alegarse en el proceso ejecutivo, incluso con posterioridad a la orden de seguir adelante con la ejecución, mientras no haya terminado por el pago total a los acreedores o por cualquier otra causa legal.

El juez resolverá la solicitud de nulidad previo traslado, decreto y práctica de las pruebas que fueren necesarias.

La nulidad por indebida representación, notificación o emplazamiento, solo beneficiará a quien la haya invocado. Cuando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio.”

Del anterior precepto emana que la nulidad por indebida notificación puede proponerse en cualquier momento, incluso en el ejecutivo, de allí que pueda la Sala entrar a analizarse la misma.

Adicionalmente, el artículo 135 *ibidem*, preceptúa que “no podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad de hacerlo, **ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla**” (negrilla fuera del texto), última circunstancia que se encuentra consolidada en este caso, si se tiene en cuenta la oportunidad procesal en que nos encontramos y las actuaciones desplegadas por parte de la demandada **GRECIJULY MATEUS MORALES**, a saber:

- a) **Fue notificada personalmente el día 19 de noviembre de 2019 (página 208, *ibidem*).**
- b) Allegó memorial de aclaración en fecha 26 de noviembre de 2019 (páginas 213 a 215, *ibidem*).
- c) Aportó contestación a la demanda el 6 de mayo de 2021 (páginas 220 a 234, *ibidem*).
- d) El día 11 de junio de 2021 interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra el auto de fecha 04 de junio de 2021, por medio del cual se tuvo por no contestada la demanda (páginas 249 a 253, *ibidem*), aspecto

que fue resuelto por este Tribunal en decisión del 30 de septiembre de 2021 (páginas 271 a 275, archivo 01).

- e) El día 28 de abril de 2022 interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra las decisiones tomadas en la audiencia celebrada el 25 de abril de 2022 (páginas 305 a 307, ibidem), inconformidad que fue zanjada por el a quo en providencia del 26 de mayo de 2022 (páginas 308 a 310, ibidem), resolviendo declarar la nulidad de todo lo actuado en la audiencia celebrada el 25 de abril de 2022, en razón al control de legalidad efectuado. Lo anterior, teniendo en cuenta que la demandada no fue citada en debida forma a la audiencia prevista en el artículo 77 del C.P.T. y S.S. al omitirse remitir el link de acceso al correo electrónico por error involuntario.
- f) El día 10 de agosto de 2022 presentó la nulidad que ocupa a la Sala (páginas 312 a 317).**

Lo anterior, permite concluir que desde el 19 de noviembre de 2019 la demandada conoció este proceso, interviniendo hasta el 10 de agosto de 2022 sin manifestar inconformidad frente al traslado de la reforma de la demanda, salvo en esta oportunidad, saneando de antemano la causal de nulidad invocada, nótese, el artículo en cita señala textualmente que no la puede alegar, quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla, tal como sucede en este asunto, pues los apoderados de la señora GRECIJULY MATEUS MORALES, en su momento actuaron e intervinieron en el juicio sin atacar las actuaciones dadas con ocasión de la reforma de la demanda y mucho menos, exteriorizaron que no se hubiera corrido traslado de la misma, destacando una vulneración al debido proceso y derecho de defensa.

Puntualmente, advierte la Sala al incidentante, el a quo admitió la reforma de la demanda en cumplimiento a lo ordenado por esta Corporación mediante providencia calendada 25 de septiembre de 2019 (páginas 198 a 204, ibidem), ordenándose notificar y correr traslado de la misma al extremo demandado, sujeto procesal que en su momento tuvo acceso al expediente en físico al momento de notificarse y, en adelante, pudiendo además, constatar todas las actuaciones surtidas cuando otorgó poder a la Abogada Claudia Forero Arévalo, esto es, desde el mismo día de la notificación personal (19 de noviembre de 2019), hecho que se constata con la nota de presentación personal insertada en el poder conferido ante

Notaria (página 210 a 211), presentando incluso solicitud de aclaración al auto del 30 de octubre de 2019 mediante escrito de fecha 26 de noviembre de 2019.

Como se observa, la anterior solicitud la impetró la demandada, siendo improcedente en gracia de la discusión argumentar, eventuales yerros en la notificación y refutar en esta oportunidad procesal que la demandada desconocía el contenido de la reforma cuando hizo solicitudes sobre la misma, es decir, conocía de antemano dicho acto, por ende, encontrándose en la obligación de emitir pronunciamiento, si hubiere considerado allí, el motivo alegado como causal de nulidad y no hacerlo ahora de manera extemporánea.

Con todo, debe advertirse que, si bien la demandada incurrió en los yerros procesales ya anotados, lo cierto es que no se evidencia tampoco, vulneración al debido proceso y derecho de defensa, por cuanto la accionada conoció en su momento los autos proferidos por el a quo y tuvo la oportunidad legal para pronunciarse sobre ellos, lo que no hizo, tal como se advierte del periplo procesal aquí citado.

Conforme lo analizado, a juicio de esta Sala de decisión, evidentemente no se configuró irregularidad alguna con entidad suficiente para invalidar las actuaciones o que contravengan el debido proceso de las partes en contienda, razones por las cuales se confirmará el auto atacado.

En mérito de lo expuesto se,

RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Carlos Alberto Cortes Corredor

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Gustavo Alirio Tupaz Parra

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$1.160.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

Diego Roberto Montoya

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 SONIA ROCIO
RODRIGUEZ FERNANDEZ CONTRA COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y
PROTECCIÓN S.A. (Rad. 26 2019 00691 01)**

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

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 6 de marzo del 2023 (*Audiencia virtual, archivo 31 expediente digital, récord: 1:18:20*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR *ineficaz el traslado realizado por la demandante SONIA ROCIO RODRIGUEZ FERNANDEZ, al régimen de ahorro con solidaridad conforme a lo expuesto a la parte motiva de esta providencia.*

SEGUNDO: CONDENAR *al fondo de pensiones PROTECCION a transferir a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, los saldos sobrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con su rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

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

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones **COLFONDOS** y **PROTECCION** a cargo, correspondiéndole a cada uno el 50%, fijándose como agencia en derecho la suma de \$1.200.000 (Un millón doscientos mil pesos).”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada COLPENSIONES, a lo cual se procede previa la constatación de inexistencia causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 4 y 5 Archivo 03 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 1 a 4 ibídem), aspirando principalmente se declare la ineficacia de la afiliación efectuada a COLFONDOS S.A., en consecuencia se condene a Colpensiones a registrar la afiliación en el RPM como si nunca se hubiere trasladado, a COLFONDOS a reconocer y pagar los intereses por la demora injustificada en la no autorización del traslado, al pago de las deudas actualizadas, costas y agencias en derecho, condenas ultra y extra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora al RAIS, ordenando a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, igualmente dispuso que COLFONDOS debía transferir los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y 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 COLFONDOS el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado, que le ayudara a tomar una decisión acertada sobre la construcción de su derecho pensional.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Así las cosas, en el expediente se encuentra acreditado que la fecha de nacimiento de la actora fue el 19 de enero de 1963 (pág. 19, Archivo 03 expediente digital), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante PROTECCION el 19 de julio del 2019 y ante COLPENSIONES el 25 de julio del 2019 (págs. 25 y 26, ibídem) esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 56 años-; de otra parte, se tiene, la actora no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-², pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía apenas con 372,29 semanas de aportes (*Pág. 48 Archivo 11 expediente digital, historia laboral válida para bono pensional*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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”.

² Conforme a la historia laboral de la accionante para esa fecha no tenía vinculación laboral activa.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **26 de abril de 1999 con fecha de efectividad 1° de junio de ese año**, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP (Pág. 28, *Archivo 11 expediente digital*), precisándose, aun cuando no obra el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS donde realizó el traslado, 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 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*³, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

³ 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 COLFONDOS.

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 1999 cuando se afilió a COLFONDOS un asesor la abordó y le indicó las bondades de esa AFP, concretamente que se podía pensionar en una edad inferior, y que en todo caso el ISS se iba acabar, de modo que por la forma en que le mencionaron esos beneficios, decidió firmar sin coacción alguna el formulario de afiliación.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y

⁵ Audiencia del 6 de marzo del 2023, récord 15:25

muchos menos que la AFP COLFONDOS, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (**26 de abril de 1999**, efectivo el **1º de junio 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.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de 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 (*Página 28, Archivo 11 expediente digital*), en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación, ibidem.

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

«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias».

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

«De otra parte, hay que resaltar que los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS. De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión».

En este sentido, se indicó que «los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad» (Negritas y subrayas de la Sala).

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, 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 PROTECCIÓN y COLFONDOS 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.

Precisándose, 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 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 integridad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real» (Negrillas de la Sala).

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

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

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

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. 5 Archivo 12 expediente digital)⁶ 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

⁶ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 25 de noviembre del 2021 (Archivo 17 expediente digital).

no probada la excepción de prescripción propuesta por, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de 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

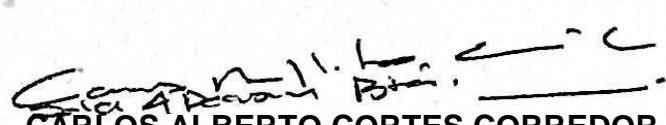
PRIMERO: ADICIONAR el fallo de primer grado en sus numerales **SEGUNDO y TERCERO**, en cuanto a que las AFP COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A. deberán retornar además de lo ordenado por la Juez *a quo* las **comisiones debidamente indexadas** y también se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento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

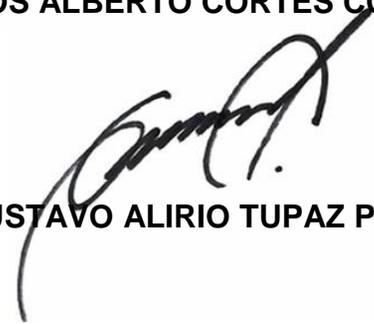
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

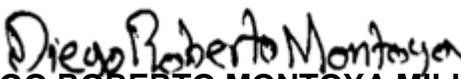
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA DEL PILAR
CARDOZO GARIBELLO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 26 2021 00292 01).**

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 31 de enero del 2023 (Exp. Digital: Audiencia archivo 19, récord: 36:31), en la que se resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante **MARÍA DEL PILAR CARDOZO GARIBELLO**, al Régimen de Ahorro Individual conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones **PORVENIR** a transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, los saldos sobrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos financieros 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 debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: Condenar en costas de esta instancia el fondo de pensiones **PORVENIR** fijándose como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000).

Inconforme con la decisión el apoderado de PORVENIR apeló la decisión únicamente frente a la condena de la indexación refiriendo la misma no fue solicitada por la parte demandante y no se puede entender incluida en las cotizaciones que solicitó de forma genérica, precisando la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma, por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía, advirtiéndole que como se está ordenando retornar los rendimientos los mismos no han sufrido pérdida en su poder adquisitivo durante el tiempo y por el contrario se han tornado cotizaciones más cuantiosas.

Señala se debe tener en cuenta la decisión tomada por el Tribunal Superior de Cundinamarca donde indicó que al ordenar el traslado de los rendimientos financieros se está compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haber generado el tiempo de esas cotizaciones, no resultando por ende compatible esas dos condenas. (Exp. Digital: Audiencia archivo 19, récord: 37:40¹)

¹ Sí señora juez, con mucho respeto esta parte presenta recurso de apelación parcial, frente al numeral segundo del fallo que acaba de proferir la señora Juez, esto en cuanto a la indexación y se sustenta en la siguiente forma: En primera parte, se debe recalcar que la indexación no fue expresamente solicitada por la parte demandante y que la misma no se puede entender incluida en las cotizaciones que solicitó de forma genérica. A su vez, se debe decir que resulta improcedente según lo ha mencionado o lo tiene sentado la sentencia C-161 de 2010

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Exp. Digital: Archivo 4 páginas 2 a 4), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 4 a 6, ibidem), aspirando de manera principal se declare la nulidad de la afiliación en el RAIS, en consecuencia se ordene a Porvenir trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos y a Colpensiones aceptar y recibir el traslado de todos los aportes, derechos *ultra y extra petita*, costas del presente proceso y las agencias en derecho, en subsidio solicita se condene a Porvenir a pagar el valora del “*decremento*” pensional o el valor de la diferencia que recibiría en el RPM como consecuencia de la omisión a los deberes y obligaciones en las etapas del proceso de traslado de régimen. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS. En consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A. devolver los saldos sobrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos financieros, 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**

Magistrado Ponente Edgardo Villamil Portilla, en donde señala que la indexación consiste en la actualización monetaria cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda y en el mismo sentido la SL-9316 del 2016 en donde se precisa que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma, por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que se nos está ordenando retornar los rendimientos finales (se pone en silencio la grabación) no han sufrido pérdida en su poder adquisitivo durante el tiempo y por el contrario se han visto engrandecidas, se han tornado más cuantiosas esas cotizaciones entonces si la contingencia que pretenden controlar la indexación es el la pérdida del poder adquisitivo, vemos como en este caso al estar ordenando la restitución de los rendimientos financieros, pues ya esa contingencia estaría superada.

En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia del 21 de julio de 2022 en el proceso donde la demandante era la señora FELICIA LEÓN POVEDA y los demandados la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y PORVENIR, en ese sentido el Tribunal Superior de Cundinamarca, también dijo que al ordenar el traslado de los rendimientos financieros se estaría compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haber generado en el tiempo de las cotizaciones de la aquí demandante; entonces consideramos que si nos están ordenando retornar los rendimientos financieros, no se nos debería estar condenando al mismo tiempo a la indexación, pues no nos resultan compatibles estas dos condenas. Así, dejo presentado mi recurso y sustentado mi recurso, muchas gracias.

Pensión Mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y a COLPENSIONES aceptar dicha transferencia y contabilizar para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado, situación que en autos no se acreditó.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 16 de mayo de 1962 (*página 49, archivo 5 expediente digital*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado a través de las peticiones elevadas ante PORVENIR y COLPENSIONES el 26 de abril del 2021 y 20 de mayo del 2021 respectivamente, (*páginas 31 y 37, archivo ibidem*), 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 -01 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 368 semanas cotizadas al sistema (Exp. Digital: *archivo 8 página 94*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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”.

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 **10 de julio del 2007** con fecha de efectividad a partir del **1° de septiembre del 2007** (páginas 76 y 78, archivo 8 expediente digital), por afiliación que hiciera inicialmente a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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.

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

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

Frente a este tema, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC). Así, discurrió

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 las sentencias SL

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 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 dlla 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.

“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.

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

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

(...)

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

(...).

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

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

“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.

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 2007 el asesor de la AFP llegó al lugar de su trabajo y le indicó que debía trasladarse porque el ISS se iba acabar y no podría acceder a una pensión sino se trasladaba, razón por la cual firmó el formulario. Manifestó de manera clara que, no le indicaron

⁵ **Interrogatorio Demandante (15Audiencia20221125Grabacion.mp4, récord 10:30 a 18:34):** “No tengo pensión alguna, trabajo actualmente en la Fundación Santa Fe como Coordinadora de Laboratorio, yo comencé mi vida laboral en el año 1988 comencé a cotizar con el Fondo de Pensiones, era Seguros Social, luego trabajé en la asociación de derechos humanos, luego Garcés Rojas donde coticé con el ISS y luego, en una empresa pequeña pasando a la Fundación en el cargo desde hace 27 años, en 1996 cuando llegue a la Fundación nos dijeron que el ISS se iba acabar y nos teníamos que pasar a un fondo privado y que íbamos a perder la plata. Ahí llegó a la Fundación un funcionario a llevarnos el formulario y dijeron que lo firmáramos, yo lo firmé y desde ese momento estuve afiliada, me dijeron que yo podía pensionarme en cualquier momento y que la plata se pasaba en cualquier momento y eso lo hicieron con mis compañeros, a nosotros nos reunieron y nos indicaban que nos pasáramos al fondo privado en ese momento, no indicaron nada de rendimientos, nada de aportes voluntarios, no informaron las características, dijeron que no había más seguros social, me preguntaron si tenía hijos y quien era mi esposo y por eso di mis datos, no tengo claro ningún aspecto, entiendo que era una cuenta donde llegaba mis aportes y por eso llegaba la plata pero no lo tengo claro, no me dieron más información de eso, los extractos llegaban periódicamente pero llegaban, me traslade de fondo porque yo estaba trabajando en la Fundación y me llegó el formulario y dijeron que ahora iban a trabajar con ese fondo, fue más por la empresa y que era del sector salud, no me reunió con ningún asesor del Fondo”.

A instancia de Protección (récord 18:34 a 20:26, ibidem): “A Colmena me afilie presionada no, pero si por las circunstancias que se iba a acabar el ISS, la demanda es porque el monto de la pensión, por mi estabilidad económica, en el fondo privado no me dijeron la verdadera mesada y esta comparada con Colpensiones es mucho más favorable, mis compañeras que se pensionaron reciben 1 smmlv con el fondo privado”.

A instancia de Porvenir (récord 20:27 a 23:40, ibidem): “En el 2003 para la firma del formulario no fui presionada, realmente fue por desconocimiento por no averiguar, no recibí información pero no por presión, los extractos que llegan no los entiendo, no los leo, de pronto veo cuanto ahí pero en realidad no es que tenga entendimiento, veo que hay una suma de tal año a tal año pero en realidad no lo entiendo, recién intente retornar a Colpensiones, eso fue como en el 2017 pero fue hace mucho tiempo, yo entendía que las formas de pensionarse era las mismas solo hasta ahora que me di cuenta de las variaciones”.

nada sobre rendimientos, de aportes voluntarios, ni le informaron las características del régimen.

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 mucho menos que PORVENIR, haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (*página 78 Archivo 8 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 esa AFP demandada (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, la administradora –PORVENIR S.A.- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, solamente aportó como medio de convicción el formulario de afiliación.

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 2007, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (10 de julio del 2007, efectivo el 1º de septiembre del 2007) 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.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria 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.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A., fondo al que se encuentra afiliada la actora (*Página 131 Archivo 8 expediente digital*) del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados 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.

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, se adicionará el ordinal segundo y tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo ordenado, PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES, las **comisiones**, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

«(...)

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

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

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

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

«Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.»

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real» (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia 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).

Aquí resulta pertinente acotar a PORVENIR en punto a la apelación, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de esta Corporación no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017, radicado 46128 y SL 4099 de 2019, radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

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

Sobre este aspecto, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *«el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con*

prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas» Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁶, a favor de quien se surte la consulta (*páginas 29 y 30 Archivo 12 expediente digital*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a la AFP PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES, además de los rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, las **comisiones**, debidamente **indexadas** con cargo

⁶ 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 26 de septiembre del 2022 (*Archivo 16 expediente digital*).

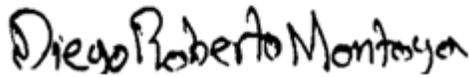
a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BLANCA RAQUEL TOQUICA MORENO (q.e.p.d.) actuando como sucesora procesal PAOLA ANDREA PENAGOS TOQUICA¹ CONTRA PIEDAD CONSTANZA SILVA GAITAN (RAD. 27 2019 00249 01).

Bogotá D.C., Treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Sea lo primero indicar, en cuanto a la solicitud elevada por el apoderado del extremo demandante de incorporar una documental que no fue tomada en cuenta en primera instancia, baste con señalar tal petición se torna a todas luces improcedente como quiera dicha etapa procesal ya se surtió en primera instancia, conforme lo establece la ley procesal laboral (Art. 80 del C.P.L) y en todo caso no se dan los presupuestos del artículo 83 ibidem para tenerla en cuenta en esta instancia, pues no se trata de una prueba que fuera decretada pero dejada de practicar en primera instancia sin culpa de la parte interesada, recordándosele al peticionario, desde la audiencia celebrada el 15 de abril del 2021 la juez de primer grado negó el decreto de esa documental por extemporánea decisión frente a la cual no se interpusieron recursos (Archivo 10 expediente digital), igualmente en la diligencia del 6 de agosto del 2021 donde se practicaron las pruebas la *a quo* negó la incorporación de esa documental señalándole al apoderado del extremo accionante, que la señora PAOLA ANDREA PENAGOS no era una testigo sino que fungía como parte demandante dentro del proceso (Archivo 12 Récord: 36:35 a 38:16)

Por lo anteriormente expuesto la Sala Cuarta de decisión del Tribunal Superior de Bogotá,

¹ Mediante auto del 6 de abril del 2021 se le tuvo como sucesora procesal en los términos del artículo 68 del C.G.P. (Archivo 6 expediente digital) ante el deceso de la accionante ocurrido el 2 de junio del 2020 (Archivo 5 expediente digital).

RESUELVE

PRIMERO: RECHAZAR la solicitud presentada por el apoderado de la parte demandante.

Ahora, vencido el término de traslado otorgado, sin que la partes presentaran los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión con fundamento en el 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, en virtud del recurso de apelación presentado por la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 12 de septiembre del 2022 (*audio archivo 19, expediente digital*), en la que se resolvió (*Récord: 39:59*):

“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora BLANCA RAQUEL TOQUICA MORENO como trabajadora y la señora PIEDAD CONSTANZA SILVA GAITÁN como empleadora, existieron dos contratos de trabajo, el primero a término indefinido desde el 31 de diciembre de 1992 hasta el 1° de enero de 1995 y el segundo a término fijo desde el 15 de enero hasta el 19 de diciembre del 2003, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda formulada por la señora BLANCA RAQUEL TOQUICA MORENO y absolver de las mismas a la señora PIEDAD CONSTANZA SILVA GAITÁN, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR parcialmente probadas las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y cobro de lo no debido.

CUARTO: CONDENAR en costas a la señora PAOLA ANDREA PENAGOS TOQUICA en calidad de sucesora procesal de la señora BLANCA RAQUEL TOQUICA MORENO en la suma de \$800.000 como agencias en derecho a favor de la demandada.”

Inconforme con tal decisión el apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación manifestando su inconformidad únicamente en relación con la valoración de la prueba testimonial, pues indica el juzgado no tuvo en cuenta las manifestaciones del señor Jaime Osorio y de Paola Andrea Penagos, igualmente considera se desestimó la tacha de sospecha presentada en contra de los testimonios de María Aurora y María Leonor Garzón sin hacer un examen crítico ni valorar tales declaraciones.

En relación con Paola Andrea Penagos, manifiesta no se tuvo en cuenta que cuando ella era pequeña llegaba al restaurante y veía a su mamá trabajando, de modo que en su sentir se le debe catalogar como una testigo presencial a quien le constan los hechos, aunado a que por ser la mamá Blanca Toquica le contaba a su hija todo lo que acontecía, valoraciones que indica fueron desechadas por el despacho.

En relación con el señor Jaime Osorio expresa éste muy claro en señalar que la demandante trabajó hasta el 2018, errando la Juez de primer grado en determinar que laboró por 3 o 4 años, cuando éste dijo que la iba visitar porque siempre pasaba por el sector y fue solo hasta el 2019 que no la volvió a ver en el restaurante.

Finalmente solicita se incorpore el documento al que hizo mención la señora Paola Andrea Penagos en su declaración, pues si bien es cierto no se interpusieron los recursos de ley, el mismo hacía parte de la declaración y corresponde a la liquidación del 2018, ello conforme lo dispone los artículos 202, 204 y siguientes del C.G.P. (*audio archivo 19, expediente digital Récord: 41:13²*)

² “Gracias su señoría, si señora se interpone recurso de apelación contra este fallo su señoría.

(...) Si efectivamente gracias su señoría sustentó el recurso de apelación teniendo en cuenta su señoría que tal decisión no se ajusta a derecho, se echa de menos pues los testimonios rendidos por el señor Jaime Osorio y la misma declaración de la señora Andrea Penagos muy a pesar de que el despacho no los tiene en cuenta argumentando pues que tales testimonios no son de recibo como quiera que no tienen la capacidad de generarle la convicción al despacho de lo sucedido en los extremos temporales del contrato de trabajo pretendido en esta demanda. Igualmente sustentó este recurso su señoría en que el despacho de manera somera concluye las actuaciones de las partes mas no le da la certeza de que las cosas hayan sido reales o acontecieron como se logró demostrar en el proceso, solamente que a manera de conclusión tergiversa entonces así los hechos de la demanda.

Por otro lado desecha también pues los testimonios o más bien deshecha la tacha de sospecha que se presentó contra los testimonios de las señoras María Aurora y María Leonor Garzón pues aduciendo simplemente que sí laboraron pero no hace un examen crítico el despacho a la hora de detallar o de valorar las declaraciones de estas señoras como testimonio, solamente pues dice que como laboraron pues sí entonces es creíble, si se le da credibilidad a los testimonios de las mencionadas señora, pues dejando de lado pues si hubo o no una declaración sospechosa en cada una de ellas, se echó de menos también su señoría pues él la inseguridad que presentaban ambos testimonios, testimonios de la señora María Elena Leonor y de la señora María Aurora hermanas pues que laboraron allí con la señora Piedad Constanza.

Por otro lado también desecha las declaraciones certeras de Andrea, de la señora Paola Andrea Penagos, no tuvo en cuenta las declaraciones su señoría, se dejó por fuera todo lo que menciono, todo lo que le constó cuando ella era chica llegaba al restaurante visitaba veía a su mamá trabajando todo esto el despacho lo desecha cuando veía que y obviamente a quien más le va a constar esto es algo que deja también por fuera del despacho a quien más le va a costar es una testigo presencial y aparte que todo lo que aconteció en el restaurante obviamente por ser familia la mamá Blanca Toquica pues le contaba a su hija todo lo que acontecía, entonces estas valoraciones fueron desechadas por el despacho, no se tuvieron en cuenta y no se le hicieron mención al porque críticamente no se le daba o no se tuvo en cuenta tales declaraciones, igualmente pasó con el examen crítico del señor Osorio, es somero tal valoración que hace el despacho con respecto a este testimonio solamente pues no se dice mucho del señor Jaime pero bajo juramento el señor Jaime declaró

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora BLANCA RAQUEL TOQUICA MORENO (q.e.p.d.), las pretensiones relacionadas en las páginas 4 a 6 y 11 del archivo 1 pdf expediente digital, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en las páginas 3 y 4 del mismo archivo, encaminadas a que se declare la existencia de una relación laboral de carácter indefinido desde el 22 de mayo de 1992 hasta el 21 de diciembre del 2018, el cual fue terminado sin justa causa imputable por parte del empleador en consecuencia solicita se condene al pago de la indemnización por despido injusto, auxilio de transporte, vacaciones, primas, cesantías e intereses sobre las cesantías, como también el pago de la pensión sanción por la no afiliación al sistema, las sanciones de ley por la no afiliación a pensión, ARL, Caja de Compensación y Salud, dotación y calzado, horas recreacionales, sanción moratoria, intereses de ley, compensaciones a que haya lugar en caso de demostrarse algún pago, perjuicios morales en suma de \$82.811.600, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto, se declaró la existencia de dos contratos de trabajo con la demandada, uno a término indefinido del 31 de diciembre de 1992 al 1° de enero de 1995 y otro a término fijo del 15 de enero al 19 de diciembre del 2003, pero absolviendo a la demandada de todas las

también perfectamente que la señora trabajo hasta 2018, el despacho confunde o yerra en ese punto al decir que solamente el señor Jaime dijo que trabajaba hasta 2003 y que trabajó 3 o 4 años, cuando el señor Jaime concretamente dijo que él iba a visitarla pasaba por qué el sector, el lugar de trabajo era el centro y sobre todo ese sector de joyería porque le constaba al señor Jaime por ser joyero o trabajar en temas de joyería que el restaurante está allí cerca de ese sector, por lo tanto él pasaba a la una a tomar tinto y se sentaba hasta el día ya casi en el 2019, fecha en la que concordaba con la terminación del contrato de la señora Blanca pues dijo que ya para esa época no la encontró más en el restaurante y no volvieron a tener contacto, aún así el despacho solamente consideró que fueron 3 o 4 años los que elaboró la señora Blanca Toquica con Piedad Constanza.

Aparte su señoría, ya en segunda instancia pues estaremos solicitando también las consideraciones de la declaración que hizo la señora Paola Andrea Penagos sobre el documento que se iba a aportar y si bien es cierto no se tuvo en cuenta y si bien es cierto no se interpusieron los recursos de ley, pues ese documento hacía parte de la declaración no era que se iba a aportar de manera autónoma el documento de liquidación de 2018 que obra en el expediente fue aportado o más bien se iba a aportar como parte de la declaración de la señora Paola Andrea Penagos Toquica, esto en razón a que se debe tener en cuenta que ese documento se aporta o hace parte integrante de la declaración de Paola Andrea conforme lo estatuye el artículo 204, 202 y subsiguientes lo que habla del interrogatorio de parte a las partes, vale decir que esta norma del Código General del Proceso pues debe aplicarse por analogía al procedimiento laboral su señoría, entonces en este sentido dejó sustentado el recurso de apelación para que sea concedido su señoría ante el superior, gracias.”

pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que operó el fenómeno de la prescripción de todas las acreencias causadas con anterioridad al 8 de abril del 2016 (3 años atrás de la interposición de la demanda que lo fue el 8 de abril del 2019), considerando que no se logró demostrar la prestación personal del servicio a favor de la persona natural accionada en los extremos solicitados en la demanda. Respecto de la pretensión de la pensión sanción adujo que si bien la actora hoy fallecida no fue afiliada al SGP no demostró haber prestado sus servicios en la densidad de tiempo exigido por la norma, esto es, 10 años antes del 1° de abril de 1994.

Así pues, de acuerdo con los términos de la apelación ya reseñados, el examen de la Sala se limitará a los aspectos expresamente consignados por la recurrente en la alzada, en virtud del principio de consonancia, quien únicamente controvertió la no declaratoria de la existencia de la relación laboral en los periodos señalados en la demanda.

Pues bien, para resolver el presente asunto ha de indicarse en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados, apunta a determinar si entre BLANCA RAQUEL TOQUICA MORENO (q.e.p.d.) como trabajadora y PIEDAD CONSTANZA SILVA GAITAN como empleadora, existió un contrato de trabajo del 22 de mayo de 1992 al 21 de diciembre del 2018, advirtiéndose, la Juez de primera instancia halló demostrada la existencia de dos vínculos laborales entre las partes, el primero del 31 de diciembre de 1992 hasta el 1° de enero de 1995 a término indefinido y el segundo del 15 de enero al 19 de diciembre del 2003 a término fijo, con lo cual no está de acuerdo la parte actora pues pretende la declaratoria de un única relación laboral.

Razón por la cual precisa la Sala, no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de

acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Inicialmente debe precisarse por no haber sido aceptados los hechos de la demanda, entre ellos el referido a la prestación personal del servicio en los términos aducidos por la actora (q.e.p.d.), corresponde en primer lugar a la Sala definir si en autos reposa prueba de la misma y, de ser ello así, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante ya fallecida y Piedad Constanza Silva Gaitán, correspondiendo por tanto a ésta última desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701³.

Así las cosas, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos del cual se destacan las siguientes documentales:

- Contrato a término fijo celebrado por la de cujus con la demandada del 16 de enero del 2003 al 15 de julio del 2003 (págs. 30 y 31 Archivo 1 expediente digital).
- Misiva del 16 de enero del 2003 donde la señora Blanca Raquel Toquica Moreno manifiesta: *“declaro que tengo Seguro Médico y estoy pensionada por el ISS, por lo que solicito a mi patrón RESTAURANTE SABROSOS, NO AFILIARME a ninguna entidad, me responsabilizo de cualquier riesgo que pueda ocurrir. De la misma manera cordialmente solicito no realizarme ningún descuento por concepto de aportes por este motivo”* (pág. 32 ibidem).

³ *“El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).*

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral.”

- Liquidación de prestación sociales del 16 de enero del 2003 al 15 de julio del 2003 la cual contiene la firma y huella de la accionante y declara: el “*Restaurante Sabroson queda a paz y salvo por concepto de prestaciones sociales y demás cargos laborales*” (pág. 33 ibidem).
- Liquidación de prestación sociales del 16 de julio del 2003 al 15 de noviembre del 2003 la cual contiene la firma y huella de la accionante y declara: el “*Restaurante Sabroson queda a paz y salvo por concepto de prestaciones sociales y demás cargos laborales*” (pág. 34 ibidem).
- Liquidación de prestación sociales del 16 de noviembre del 2003 al 19 de diciembre del 2003 la cual contiene la firma y huella de la accionante y declara: el “*Restaurante Sabroson queda a paz y salvo por concepto de prestaciones sociales y demás cargos laborales*” (pág. 35 ibidem).
- Carta de preaviso de terminación del contrato de trabajo de fecha 15 de noviembre del 2003 suscrita por Piedad Constanza Silva Gaitán y con firma de recibido de la actora. (pág. 36 ibidem).

Por otra parte, se recibió el interrogatorio de parte que absolvió la demandada (*Audiencia del 6 de agosto del 2021, archivo 13 expediente digital Record: 6:55*) comentando que, conoció a la señora Blanca Raquel Toquica (q.e.p.d.) quien trabajó para ella en el año 2003 mediante un contrato de trabajo en el cual le cancelaron todas sus prestaciones laborales, refiriendo el salario fue establecido por las horas laboradas que eran 3 o 4, señalando que el vínculo terminó porque se acabó el año.

La sucesora procesal de la accionante señora PAOLA ANDREA PENAGOS TOQUICA (*Audiencia del 6 de agosto del 2021, archivo 13 expediente digital Récord: 14:23*) en su interrogatorio expresó que su mamá aquí demandante trabajó en el restaurante el SABROSON de propiedad de la accionada en oficios varios desde el año 1992 al 2018 lo cual le consta pues ella iba al restaurante y veía a su progenitora allí, aduciendo para esa época -1992- ella tenía 10 años de edad, indicando que su mamá le comentó que la demandada la había despedido por su edad.

De igual forma, se recaudó como prueba testimonial la del señor JAIME ENRIQUE OSORIO RODRÍGUEZ⁴, quien manifestó haber conocido a la actora (q.e.p.d.) para el año 1991-1992 en la cafetería de la CUN quien lo llevo a trabajar en el restaurante el Sabrosón y allí estuvo hasta el año 1995, donde la de cujus era la mesera y preparaba los jugos, precisó que posterior a ese año el testigo se fue a trabajar al restaurante Presidencial también de propiedad de la accionada, expresa que siempre vio a la demandante en el restaurante el Sabrosón porque el pasaba por ese lado frecuentemente y la visitaba, aduciendo que él trabajó con la demandada tan solo por 5 o 6 años y luego se dedicó a otra actividad por el mismo sector donde quedaba ese restaurante, desconoce el tipo de contrato y el salario percibido por la accionante pues y afirma que para el año 2019 ya no volvió a ver a la demandante en tal lugar.

Por su parte la señora MARIA LEONOR GARZÓN MORENO⁵ expresó trabajar para la accionada como contadora para el año 2001 a 2003 en el restaurante el Sabrosón y del 2004 en adelante en el restaurante Presidencial, aduciendo que en efecto conoció a la demandante hoy fallecida porque trabajó en el año 2003 en el restaurante Sabrosón quien fue vinculada mediante un contrato de trabajo y se le pagaba todo lo de ley por las 3 o 4 horas laboradas, excepto seguridad social, indicó que el contrato de la actora (q.e.p.d.) finalizó en noviembre o diciembre del 2003 lo cual recuerda por ella como contadora fue quien hizo las liquidaciones de prestaciones sociales.

Finalmente, la testigo MARIA GARZON DE MOLINA⁶ comentó haber sido la cajera del restaurante Sabrosón durante el año 2003 y por ende le consta que la accionante (q.e.p.d.) trabajó allí en esa anualidad como mesera, no conoce los extremos de la relación pues solo recuerda que en ese año fue la cajera de allí y luego en el 2004 en el restaurante Presidencial donde nunca vio a la demandante.

Preliminarmente debe la Sala pronunciarse sobre el argumento de apelación relacionado con la tacha formulada por el apoderado de la demandante, respecto de estos testimonios (María Leonor Garzón Moreno y María Aurora Garzón de Molina), la que sustentó en que su dicho podría verse parcializado en cuanto los

⁴ Audiencia del 6 de agosto del 2021, archivo 13 expediente digital Récord: 47:56.

⁵ Audiencia del 6 de agosto del 2021, archivo 13 expediente digital Récord: 1:06:10.

⁶ Audiencia del 6 de agosto del 2021, archivo 13 expediente digital Récord: 1:22:27.

mismos laboraron para la demandada y que ello no fue valorado en primera instancia.

Para solventar dicha situación, es suficiente manifestar que, a juicio de esta Corporación, el solo hecho de que los deponentes estén vinculados como trabajadores de la demandada y haber prestado sus servicios bajo su subordinación, no descalifica su dicho, por el contrario, precisamente dada la condición de compañeros de la demandante (q.e.p.d.), y los cargos desempeñados, pueden conocer de primera mano aspectos que interesen al juicio, por ende se aprecia con mayor severidad y su valoración se somete a un tamiz más denso respecto de las declaraciones libres de sospecha, por lo tanto así se analizarán por esta instancia.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL 4907-2020 Rad. 74075 del 9 de diciembre del 2020 sostuvo que *“la tacha de testigos por sospecha, no anula, ni deja sin efectos como tampoco invalida la prueba, porque no se trata de un problema que gire en torno a su producción, aducción o validez, sino que tiene que ver es con la valoración de tal medio probatorio, puesto que en esos eventos el juzgador recibe la declaración y la aprecia de acuerdo con las circunstancias de cada caso, admitiendo o negando la credibilidad de los dichos del testigo (CSJ SL, 5 oct. 2006, rad. 28604).”*

Así las cosas, del análisis de los medios de convicción recaudados valorados 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, advierte esta Sala de decisión, las mismas resultan precarias para acreditar la prestación del servicio de la señora BLANCA RAQUEL TOQUICA MORENO (q.e.p.d) en favor de la persona natural demandada en los extremos aducidos en la demanda (22 de mayo de 1992 al 21 de diciembre del 2018), pues no se aportó ningún medio de convicción diferente que apoye la versión dada por la accionante hoy fallecida en su libelo, pues ni siquiera se logra probar la prestación personal del servicio a favor de PIEDAD CONSTANZA SILVA GAITAN de manera ininterrumpida por ese lapso -1992 a 2018-, a efectos de aplicar la presunción legal que operaría en su favor.

Advirtiéndose en efecto como lo sostuvo la Juez de primer grado, a lo sumo con los dichos del testigo Jaime Enrique Osorio solo se acreditó la prestación personal del servicio con la accionada por lo menos desde el último día del mes de diciembre de 1992 y el primer día de enero de 1995, aplicando la juzgadora inicial lo expuesto en la sentencia SL 905 del 2013 cuando no se conocen con exactitud los días de inicio y final del contrato, periodo en el que refirió tal deponente trabajó con la actora (q.e.p.d.) en el restaurante el Sabrosón al expresar que la conoció en el año 1992 y que trabajó en el mismo restaurante hasta el año 1995, sin que para esta Sala se pueda entender que con lo comentado por tal deponente se acrediten los extremos de la relación laboral solicitada pues si bien refirió haber visto a la demandante en el restaurante el Sabrosón hasta el año 2019, lo cierto es que ello no genera total convicción para esta Sala de Decisión, en primer lugar porque el testigo solo trabajo con la de cujus hasta 1995, pues según su relato paso a trabajar a otro restaurante del cual se desvinculo con posteridad, y en segundo lugar por cuanto no es factible que conociera las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se diera tal prestación personal del servicio a partir de 1995 tan solo con pasar al restaurante a visitarla o saludarla, sumado a que desconoce esta Corporación si tales visitas se hicieron durante todos los días desde el año 1995 y hasta el 2018 como lo sugiere el apelante se tenga en cuenta, nótese que tal declaración es precaria para acreditar tal circunstancia y no se cuenta con otro medio probatorio que corrobore ello.

Ahora bien en relación con las manifestaciones de PAOLA ANDREA PENAGOS TOQUICA quien se encuentra actuando en este proceso en calidad de sucesora procesal de la demandante, baste con señalar al apelante al ostentar tal condición es claro que persigue los mismos intereses de quien inició la demanda y en esa medida luce evidente que sus dichos no pueden ser tenidos en cuenta, en tanto no le es dado fabricar su propia prueba aunado a que no existe otros elementos de convicción que en efecto lleven a establecer la existencia de un único contrato de trabajo en los extremos indicados en el libelo genitor.

Iterándose, la afirmación del la parte actora frente a la existencia de un solo contrato trabajo con la accionada, como ya se explicó no fue respaldada por ninguna herramienta de acreditación, ni tan siquiera indiciaria, advirtiéndose, tal aseveración, por sí sola, no resulta suficiente para fulminar condena en su contra tal y como desde antaño lo ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la C.S.J.

en sentencia del 31 de mayo de 1955, criterio que aún hoy sigue conservando pleno vigor, en la que asentó:

“No se crea que quien se presente a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata el artículo 24 del Código sustantivo del trabajo. Esta presunción como las demás de su estirpe, parte de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado. Este hecho es la relación de trabajo personal de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido en la prestación o ejecución de un servicio personal, material o inmaterial continuado, dependiente y remunerado...”

Igualmente, la máxima Corporación en sentencia SL728 de 2021 adujo que *“la Sala sobre dicho punto ha sostenido, que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación de que «además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (...) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama»”*.

En ese orden de ideas, esta Sala de decisión concluye, como se ha venido indicando que no se acreditó la prestación del servicio continuo de la señora PIEDAD CONSTANZA SILVA GAITAN (q.e.p.d) a favor de la demandada para el periodo del 22 de mayo de 1992 hasta el 21 de diciembre del 2018, al contrario, lo que se probó dentro del presente proceso fue la existencia de dos contratos de trabajo así:

1. Del 31 de diciembre de 1992 al 1° de enero de 1995
2. Del 16 de enero al 19 de diciembre del 2003 a término fijo, no desconocido por la parte accionada.

La Sala precisa que se modificará la sentencia de primer grado en este punto, en tanto se señaló que el contrato a término fijo inició el 15 de enero del 2003 cuando conforme a la prueba documental atrás citada se tiene que comenzó el 16 de enero del 2003.

Así las cosas, se itera la promotora de la Litis debía por lo menos acreditar la prestación del servicio por todo el periodo alegado en la demanda, a efectos de dar aplicación a la presunción legal establecida en el art. 24 del C.S.T., siendo

oportuno precisar, que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso bajo estudio, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama "*EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA*", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*".

Finalmente la Sala debe indicar al apoderado de la parte actora frente a los argumentos que señala en su escrito de alegatos, que estos *-los alegatos-* constituyen una oportunidad procesal otorgada a las partes para que, si a bien lo tienen, den un alcance al recurso de apelación que se interpone en primera instancia, pero en manera alguna abren la posibilidad de que se usen para adicionar puntos nuevos, que no estén comprendidos en el recurso de apelación, de modo que ante esta instancia únicamente se estudió lo atinente a la alzada interpuesta en primera instancia.

En consecuencia, iterando la ausencia de material probatorio a efectos probar la existencia de una prestación personal del servicio por parte de la de cujus de manera continua del 22 de mayo de 1992 al 21 de diciembre del 2018 en favor de la accionada, de manera obligada se he de confirmar la sentencia apelada, por las razones aquí expuestas, modificándose únicamente en el día del extremo inicial del segundo de los contratos declarados.

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 y por autoridad de la Ley,

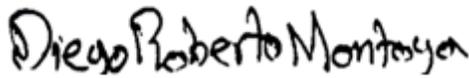
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** del fallo de primera instancia en cuanto a que el contrato a termino fijo inició fue el **16 de enero del 2003**, conforme a lo considerado.

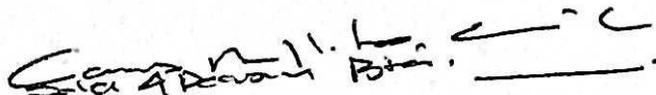
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

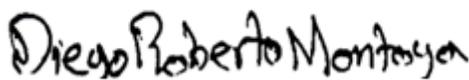


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$1.000.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

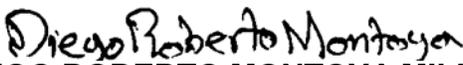
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA ESPERANZA MORENO QUEVEDO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 27 2019 00691 01).

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada LINA MARIA CORDERO ENRIQUEZ como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 27 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 16 de febrero del 2023 (*Exp. Digital: audio archivo 21, récord: 1:14:20*) en la que se resolvió:

“PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora **MARTHA ESPERANZA MORENO QUEVEDO** al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES** al de ahorro individual con solidaridad administrado por **protección S.A.**, efectuada el 25 agosto de 1995 y el que posteriormente efectúa **porvenir S.A** el 01 de septiembre de 1998 por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - CONDENAR 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 hubiera recibido con motivo de la afiliación de la señora **MARTHA ESPERANZA MORENO QUEVEDO** como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, productos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de la pensión mínima ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. - CONDENAR a **PROTECCIÓN** a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, mientras estuvo afiliada a esa administradora por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. - ORDENAR a **COLPENSIONES** a afiliarse nuevamente a la señora Régimen de Prima Media con Prestación al régimen de prima media con prestación definida y recibir las cotizaciones provenientes de **PORVENIR S.A.**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. - ORDENAR a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de vejez a la señora **MARTHA ESPERANZA MORENO QUEVEDO** bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, una vez la demandante acredite el retiro del sistema general de pensiones conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO. - DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO. - CONDENAR a **PROTECCION S.A** y a **PORVENIR S.A.**, al pago de las costas del proceso en la suma de un millón de pesos como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor de la demanda.”

Inconforme con la decisión COLPENSIONES expresa no compartir las consideraciones esbozadas por el juzgado de primera instancia en donde se determinó que efectivamente a la demandante no se le había suministrado la información completa, oportuna y veraz, a efectos de suscribir el formulario de vinculación con la AFP COLMENA en agosto del año 1995, en tanto para ese momento la señora MARTHA ESPERANZA, lee este formulario de vinculación, lo firma de su puño y letra y de esta forma está aceptando las condiciones propias del régimen de ahorro individual con solidaridad, aunado a que en el interrogatorio de parte señala que la AFP COLMENA, le ofrece una proyección pensional conforme al salario que fuere devengado en su momento y que en esa data lograba demostrar que su mesada pensional era superior en el régimen de ahorro

individual con solidaridad que en el régimen de prima media, igualmente indicó que en el evento en que llegase a fallecer, su dinero consignado en la cuenta de ahorro individual podría ser heredado a sus familiares, en el caso específico a su hermana, como también que le informaron que podía pensionarse de manera anticipada, circunstancias que claramente no ocurren en el régimen de prima media y que su mesada pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad se construiría adicionalmente con los aportes que ella efectuará en su calidad de trabajadora independiente o trabajadora dependiente y con el producto de la redención del bono pensional.

Manifiesta que además de lo anterior se recibió el testimonio de uno de los asesores comerciales, en este caso pues de la AFP HORIZONTE que en principio presumiría que se trata de la AFP con la cual firmó el formulario de vinculación en el año 1998 quien señaló que al momento de su traslado se le brindó información en cuanto a las características del régimen de prima media y características propias del régimen de ahorro individual con solidaridad y que la motivó por así decirlo a trasladarse entre administradoras porque estaba dentro de su convencimiento que en ese momento estaba AFP, iba a ser más favorable para su situación pensional.

Por otro lado, aduce que le fue informada la posibilidad de trasladarse a los 47 años de edad, circunstancia que omitió y no acudió a Colpensiones.

Aduce que si bien se condena a las AFP a devolver los gastos de administración, rendimientos y demás valores que se encuentren, en la cuenta de ahorro individual de los afiliados, esos dineros no cubren la totalidad del aporte que eventualmente, debería efectuar la nación en virtud de los cálculos actuariales que tienen que realizarse para la proyección de las mesadas pensionales de las personas que sí se encuentran afiliadas al régimen de prima media, situación que afectaría gravemente la sostenibilidad económica del sistema financiero pues están permitiendo que personas que están inclusive ya en la edad de pensionados se trasladen de régimen y se menoscabe inclusive también el derecho a la equidad de aquellos afiliados que si han realizado cotizaciones al régimen de prima media, pues el traslado de los rendimientos, gastos de administración, por sí mismos no cubren ese aporte que eventualmente debería efectuar la nación para financiar la pensión de la aquí demandante, citando al efecto decisiones de otras

Salas de este Tribunal, solicitando por ende revocar la sentencia de primer grado.
(Exp. Digital: audio archivo 21, récord: 1:17:03¹)

¹ Gracias su señoría; encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permitió interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por su Honorable despacho, con el fin de que el Honorable Tribunal Superior de distrito judicial de Bogotá en su sala laboral revoque en su integridad la sentencia proferida recurso que me permite sustentar conforme a los siguientes argumentos.

Ruego a los honorables magistrados, tener en cuenta que pese a que la suscrita apoderada judicial no desconocer los precedentes judiciales vertidos por la Corte Suprema de Justicia, en donde se demanda la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, la suscrita apoderada judicial no comparte las consideraciones esbozadas por el juzgador de primera instancia en donde se determinó que efectivamente a la demandante no se le había suministrado la información completa, oportuna y veraz, a efectos de suscribir el formulario de vinculación con la AFP COLMENA en agosto del año 1995, lo anterior tiene sustento y tal pues como se logró acreditar conforme al interrogatorio de parte de la aquí accionante y dentro de las pruebas documentales que obran dentro del expediente digital que al momento de suscribir el formulario de vinculación en el año 95 la señora MARTHA ESPERANZA, lee este formulario de vinculación, lo firma de su puño y letra y de esta forma está aceptando las condiciones propias del régimen de ahorro individual con solidaridad, si esta situación no fuere suficientes, dentro del interrogatorio de parte señala la aquí demandante que efectivamente al momento de efectuar el traslado la AFP COLMENA, le ofrece una proyección pensional conforme pues al salario que fuere devengado en su momento por la señora MARTHA ESPERANZA y que en ese momento la proyección pensional, lograba demostrar que su mesada pensional era superior en el régimen de ahorro individual con solidaridad que en el régimen de prima media, cabe precisar que pues que esta proyección pensional no constituye per se que se le haya inducido en error a la demandante al suscribir el formulario de vinculación pues como lo mencione anteriormente la misma se realizaba en virtud a la información que fuera suministrada por la parte o la potencial afiliada en ese momento, eso es pues con la información del ingreso base de cotización y su proyección en el tiempo si este fuere su salario a futuro.

Ahora bien, también señala dentro de este interrogatorio de parte que a ella si se le suministro información en cuanto a las diferencias del régimen de ahorro individual con solidaridad como a (sic) con el régimen de prima media, cabe precisar que ella señala que a diferencia de lo que ocurre en el régimen de prima media al estar afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad en el evento en que llegase a fallecer, su dinero consignado en la cuenta de ahorro individual podría ser heredado a sus familiares en el caso específico a su hermana circunstancia pues que claramente no se predicaría en el régimen de prima media, también señala que en su momento le informaron que podía pensionarse de manera anticipada, circunstancia que claramente no ocurre en el régimen de prima media, también informaron que su mesada pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad se constituiría o se construiría adicionalmente a los aportes que ella efectuará en su calidad de trabajadora independiente o trabajadora dependiente al con el producto de la redención del bono pensional a cargo de la nación y pues que su dinero iba a ir a una cuenta de ahorro individual circunstancia que no ocurría en el régimen de prima media ya que su aportes pensionales iban a ir en palabras textuales de ella a una canasta que iba también a subsidiar las cotizaciones de los demás afiliados. También es importante precisar a los honorables magistrados, que tengan en cuenta estas circunstancias tan característica y que no se señaló dentro de la sentencia objeto de censura que a la demandante, previo a cumplir los 47 años de edad le fue informada la situación de encontrarse inmersa dentro de la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y pues que si no se trasladaba al ISS o al entonces Instituto de los seguros sociales, en ese momento ya no lo iba a poder hacer puesto que se encontraba inmersa dentro de esa prohibición legal, circunstancia pues que la demandante omitió o situación que omitió y no acudió ni a COLPENSIONES o al otro al Instituto de los seguros sociales o la AFP con efectos de indagar sobre su situación pensional, nótese también Honorables Magistrados, que dentro de nuestro proceso se recibió el testimonio de 1 de los asesores eh comerciales, en este caso pues de la AFP HORIZONTE que en principio presumiría uno que, se trata de la AFP con la cual simuló, firmó el formulario de vinculación en el año 98 en el que señala pues que efectivamente la demandante en su momento, en el momento de efectuar el traslado en el año 98 se le brindó información en cuanto a las características del régimen de prima media y características propias del régimen de ahorro individual con solidaridad y que la motivó por así decirlo a trasladarse entre administradoras porque estaba dentro de su convencimiento que en ese momento estaba AFP, iba a ser más favorable para su situación pensional, entonces es claro que no se trata en sí mismo que los asesores comerciales hayan inducido en error a la aquí accionante, sino pues que simplemente ellos también en su

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

momento estaban convencidos que posiblemente su situación pensional resultaría mucho más favorable en el régimen de ahorro individual con solidaridad que en el régimen de prima media.

Ruego también Honorables Magistrados, no pasar por alto que pese pues que dentro de los presentes procesos de ineficacia del traslado se condene a las AFPS a devolver los gastos de administración, rendimientos y demás valores que se encuentren, que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de los afiliados, esas estos aportes pues sus dineros no cubren per se, la totalidad pues de él aporte que eventualmente, debería efectuar la nación en virtud de la los cálculos actuariales que tienen que efectuarse para la proyección de las mesadas pensionales de las personas que sí se encuentran afiliadas al régimen de prima media y a esta situación afectaría grave gravemente la sostenibilidad económica del sistema financiero pues están permitiendo que personas que están inclusive ya en la edad de pensionados se trasladen de régimen y se menoscabe inclusive también el derecho a la equidad de aquellos afiliados que si han realizado cotizaciones al régimen de prima media, pues esa como lo mencioné anteriormente, el traslado de los rendimientos, gastos de administración, por sí mismos no cubren ese aporte que eventualmente debería efectuar la nación para financiar la pensión del aquí demandante.

También, ruego a los honorables magistrados, tener en cuenta que si bien es cierto el juez de primera instancia no tasa como tal la condena en cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez del aquí demandante, tal pretensión resulta improcedente y así como tal condena resulta improcedente y así lo ha señalado el honorable Tribunal Superior de distrito judicial de Bogotá en sentencia o en sentencias bajo radicación 1100131050222018539 en donde el magistrado ponente el doctor Manuel Eduardo Serrano vaquero en una providencia del 18 de diciembre de 2020 y en donde se señala abro comillas *“igualmente se confirmará la decisión apelada en cuanto se abstuvo ordenar el pago de la pensión COLPENSIONES, tendrá a su cargo la obligación pensional del demandante cuando se haga efectiva la anulación del traslado e ingresen los aportes y recursos que la financiarán, pues no se le puede endilgar ninguna responsabilidad con las omisiones que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia encuentra cometidas por los fondos de pensiones cuando COLPENSIONES reciba los aportes y los demás emolumentos de los fondos privados podrá definir las normas que se le aplican por vigencia o transición para regular el derecho, el valor de la mesada que corresponde conforme a la actualización y consolidación del historial de cotizaciones y solo desde el retiro del sistema tendrá a su cargo el pago de la primera mesada pensional”* cierro comillas. Asimismo, dentro del proceso 1100131052720190046200 el mismo magistrado el doctor Marcelino Chávez, en providencia del 30 de noviembre de 2021, señala abro comillas *“Ahora bien el juez de instancia condena a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor de la demandante de conformidad con lo establecido en la ley 100 del 93 modificada por la ley 797 2003, teniendo en cuenta lo anterior en el caso se resalta que solo será objeto de estudio por parte de la accionada COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez cuando se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia y se tenga la totalidad de datos y dinero del demandante en el régimen de prima media, lo anterior como quiera que siguen dentro del régimen de prima media, es menester exigir para el reconocimiento de cualquier prestación el retiro del sistema previamente por el afiliado, lo mismo ocurre en el caso bajo estudio, pues es indispensable que los aportes del afiliado se encuentren debidamente reflejados en el reporte de historia laboral, dentro del régimen de prima media a efectos de que COLPENSIONES, pueda analizar su situación particular con datos concretos y de manera precisa, sin lugar a errores dadas las circunstancias actuales en las que se encuentra el demandante. En consecuencia, se revoca el numeral primero, en el numeral cuarto y quinto de la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar absorberá COLPENSIONES respecto al reconocimiento de la pensión de vejez”* .

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta pues que hasta el momento no se conocen o por parte de mi representada, se desconocen la totalidad de aportes que se han realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad y en virtud del cálculo anterior las semanas que pudiera tener derecho en el régimen de prima media, ruego a los honorables magistrados revocar la condena por tal concepto, conforme a los anteriores argumentos dejó sustentado mi recurso de apelación rogando su señoría se conceda el mismo en el efecto suspensivo ante la sala laboral del Tribunal Superior judicial de distrito de Bogotá y que los honorables magistrados revoquen la sentencia recurrida y se estudie en el grado jurisdiccional de consulta los puntos que no fueron apelados y resultaron desfavorables para mi representar gracias.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 5 y 6, del archivo 01 expediente digital*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 6 a 8, ibidem*), aspirando de manera principal se declare que el traslado al RAIS fue ineficaz o en su subsidio la inalterabilidad de la vinculación inicial al RPM o la nulidad de la afiliación, en consecuencia se ordene que los aportes a pensión efectuados en el RAIS se trasladen a Colpensiones con sus rendimientos y sin lugar a deducir gastos de administración que afecte los recursos pensionales, igualmente se disponga con cargo a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez desde la fecha en que reunió el requisito de edad y semanas cotizadas o en subsidio sea el fondo de pensiones privado quien reconozca la prestación pensional, junto con los intereses de mora en caso de no pagar en tiempo la pensión o en subsidio el retroactivo debidamente indexado, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS, en consecuencia, ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la señora **MARTHA ESPERANZA MORENO QUEVEDO** como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, productos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de la pensión mínima ni primas de seguros previsionales, igualmente ordeno a PROTECCION realizar la transferencia de los gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia. Así mismo, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez una vez se haga efectiva la novedad de retiro, conforme a lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias que conlleva el cambio de régimen. De igual modo, encontró probado que la actora tenía derecho a la pensión de vejez, por reunir 1666 semanas de cotización y haber

cumplido 57 años de edad el 26 de diciembre del 2019, sin embargo, la supeditó a que Colpensiones la liquidara en su momento, cuando se desafilie del sistema, dado que no está acreditado el retiro, siendo Colpensiones la que calcule la prestación teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada, en los términos de los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 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 26 de diciembre de 1962 (*Página 25, Archivo 01 expediente digital*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante PORVENIR, COLPENSIONES y PROTECCIÓN el 23 de noviembre del 2018 (*Páginas 35 a 37, 48 a 49 y 50 a 51, Archivo 01 expediente digital*), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos por parte de COLPENSIONES al momento de allegar la contestación, había cotizado al sistema 269,57 semanas que corresponden a 5 años, 2 meses y 27 días (*Historia*

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”.*

Laboral válida Página 179 Archivo 02 expediente digital³), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la 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 **24 de agosto de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1° de septiembre de 1995** (págs. 362 y 364, Archivo 01 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.

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

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	Cédula de Ciudadanía	Fecha de Nacimiento:	26/12/1962
Número de Documento:	51680713	Fecha Afiliación:	13/07/1983
Nombre:	MARTHA ESPERANZA MORENO QUEVEDO	Correo Electrónico:	memorenoq@gmail.com
Dirección:	CR 69 SUR No. 20-28 AP210	Ubicación:	
Estado Afiliación:	Trasladado		

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
1002300113	PROTELA LTDA	13/07/1983	12/11/1983	\$11.850	17,57	0,00	0,00	17,57
1006404778	COMERCIALIZADORA EL	04/05/1989	31/12/1994	\$609.600	295,43	0,00	0,00	295,43

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (CSJ SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

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

Frente a este aspecto, además, esa alta Corporación en sentencia 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 esta litis de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A. 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 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

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

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

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

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

“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”.

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

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

(...)

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

(...).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información al accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en

“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.

el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante (*Audiencia 26 de octubre de 2021, récord: 1:08:30*), no acreditan que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que cuando se quedó sin trabajo se acercó a una oficina de COLMENA para afiliarse como trabajadora independiente en donde le indicaron que el ISS se iba acabar, y que en el fondo privado tendría un valor de mesada pensional mayor a la que tendría en el RPM, realizándole un cálculo o proyección por escrito donde le señalaron como valor de mesada pensional la de aproximadamente \$600.000 vs la del ISS de \$425.000 (*ver páginas 26 y 27 Archivo 1 expediente digital*), aunado a que le expresaron que su pensión se podía heredar mientras que en el ISS no, razón por la cual accedió a la afiliación en ese fondo privado. Precizando, que no conocía sobre las desventajas del cambio de régimen ni las características de cada uno, pues confió en la información que le dieron en esa oportunidad.

Al punto sea del caso precisar y para resolver la apelación de COLPENSIONES que dicha situación en manera alguna da a entender que la actora conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado, pues con tan solo ese cálculo o proyección de mesada pensional, no se puede colegir que alrededor del traslado del régimen la actora supiera de aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que, de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por la actora.

Precisándose, si bien refirió que le informaron aspectos como que podría pensionarse a cualquier edad, según su propio dicho, nunca le precisaron cuáles eran las condiciones para acceder a dicho beneficio, ni el capital requerido para poder hacerlo. Asimismo, fue clara en indicar que no recuerda que se le haya dicho cómo se obtenía o calculaba el valor de su mesada, y menos aún la ilustraron sobre si le convenía o no trasladarse, insistiendo en que en lo que más se hizo énfasis fue en que el ISS se iba acabar.

En ese orden para la Sala los argumentos de la accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP PROTECCIÓN de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad a la demandante para efectuar el traslado de régimen.

Y en cuanto a los dichos del testigo PAULO ALBERTO GERENAS SALAZAR (*Audiencia 16 de febrero del 2023 récord: 6:54*) se tiene que el citado deber de información exigido tampoco deviene acreditado con su declaración, en tanto en primer lugar no estuvo presente para el momento en que la actora firmó el formulario de afiliación con COLMENA, es decir, para el 24 de agosto de 1995, y en segundo lugar por cuanto sus manifestaciones solo hacen referencia a una afiliación posterior a Horizonte en el año 1998 y en esa medida la asesoría o suministro de información que según el deponente brindó a la actora como asesor de esa AFP, conforme se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, **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 este testimonio cuando el traslado de régimen como ya se dijo, mediante la afiliación a Colmena hoy Protección se dio fue el 24 de agosto de 1995.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que se refiere a la manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Colmena hoy Protección (*página 364 Archivo 1 expediente digital*), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada Protección (Sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado PROTECCIÓN antes COLMENA proporcionara a la afiliada una

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

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

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

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

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

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

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

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

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.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 1995, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLMENA hoy PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (24 de agosto de 1995 con fecha de efectividad a partir del **1° de septiembre de ese año)**, el deber de información para con la promotora de este juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora a la que se encuentra vinculada la demandante (ver certificación pág. 309 Archivo 1 expediente digital) de todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la señora **MARTHA ESPERANZA MORENO QUEVEDO** como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, productos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de la pensión mínima ni primas de seguros previsionales, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse, ésta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo y tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR deberá retornar a COLPENSIONES lo ordenando por la Juez *a quo* de manera **indexada** y 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. De la misma manera PROTECCIÓN debe retornar a COLPENSIONES, las

comisiones, y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima en los mismos términos que Porvenir.

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.**”*

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 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 integridad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real» (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia CSJ SL3207-2020, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁶, a favor de quien se surte la consulta (páginas 149 a 421, *Archivo 1 expediente digital*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

En otro giro, dado que la actora solicitó el reconocimiento del derecho pensional, se procede a su estudio en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones, advirtiendo, en virtud de la ineficacia del traslado, e iterando que la demandante NO es beneficiaria del régimen de transición, conforme se expuso desde el inicio de esta providencia, se advierte la prestación pensional de la accionante en efecto deber ser estudiada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993⁷, disposición que exige para el caso de las mujeres haber alcanzado 57 años en tanto a partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementó, así como las cotizaciones mínimas ascendían a 1.000 semanas, las cuales aumentaron desde el 1° de enero del año 2005 en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas.

De esta manera, como ya se mencionó se encuentra a página 25 del archivo *01 del expediente digital*, copia del documento de identidad de la demandante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 26 de diciembre de 1962, por lo que acreditó la edad exigida de **57 años**, el mismo día y mes del año **2019**; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización, se encuentra a páginas 2 a 40 del Archivo 10 expediente digital), la HISTORIA LABORAL generada por la

⁶ Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 17 de agosto del 2021 (pág. 431 *Archivo 1 expediente digital*).

⁷ “**Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:**

1. *Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*

2. *Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”.*

AFP PORVENIR con corte a diciembre de 2021 en la que se desprende que la demandante contaba a dicha data con **1.666** semanas, discriminadas así:



Razón por la cual es claro que actualmente la promotora de este litigio reúne los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Precisando a COLPENSIONES en punto a su apelación, relacionado con el reconocimiento pensional que las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de esta Corporación no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

Ahora, respecto de la fecha desde la cual debe ser otorgada la prestación, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 4 de la Ley 797 del 2003 señala que «La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínimo de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente».

No obstante lo anterior, en autos no hay certeza frente a la última cotización efectuada por la demandante, por el contrario en dicho reporte, se precisa que el estado de la afiliación de la actora es activo y con última cotización reportada para noviembre del 2021, razón por la cual el reconocimiento pensional deberá supeditarse al día siguiente de la fecha de la última cotización o cuando se reporte la novedad de retiro, pues si bien el derecho pensional ya se encuentra causado por el cumplimiento de los requisitos exigidos para la pensión de vejez, no es posible disfrutarla ni exigirla sino hasta el momento en que se haya efectuado el retiro del sistema de la actora, precisando, en lo que respecta al monto de la mesada, este deberá ser calculado conforme lo previsto en el inciso

3º del artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es con lo devengado en toda la vida o durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento dependiendo lo que le resulte más favorable, dado que como quedó visto la demandante cuenta con más de 1300 semanas de cotización y al cual se deberá aplicar la tasa de reemplazo que se obtenga de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, todo ello al momento del retiro del servicio. De modo que se confirmará lo decidido en primera instancia en este puntual aspecto.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de 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 los numerales **SEGUNDO y TERCERO** de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a PORVENIR retornar a COLPENSIONES lo ordenando por la Juez *a quo* de manera **indexada** y 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. De la misma manera PROTECCIÓN debe retornar también a COLPENSIONES, las comisiones y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima en los mismos términos que Porvenir.

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

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.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Carlos Alberto Cortes Corredor

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Gustavo Alirio Tupaz Parra

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

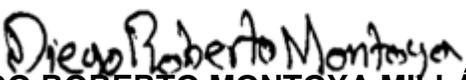
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA STELLA CORTES VANEGAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES y como terceras ad excludendum SENOVIA ROMERO CAMPOS y YEIMI BIBIANA VERANO ROMERO¹ (RAD. 28 2016 00632 01).

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS


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,

¹ Quienes no comparecieron al proceso pese a la notificación que hizo el juzgado sobre la existencia del proceso (ver páginas 198, 202 y 204 a 206 Archivo 1 expediente digital).

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por la Juez Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de diciembre del 2022 (Audiencia virtual, récord 39:33), en la que se resolvió:

“PRIMERO. -DECLARAR que el señor **LUIS JORGE VERANO GONZÁLEZ** que en paz descanse dejó causada la pensión de sobreviviente conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - DECLARAR que la demandante la señora **MARÍA STELLA CORTÉS VANEGAS** en calidad de cónyuge supérstite es beneficiaria de la pensión de sobreviviente con ocasión del deceso del señor **LUIS JORGE VERANO** conforme se expuso en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. - CONDENAR a la demandada **COLPENSIONES** a reconocer y pagar a la demandante las mesadas pensionales causadas a partir del 9 de agosto del año 2013 en proporción del 100%, retroactivo pensional que al 30 de noviembre de este año 2022 corresponde a la suma de \$102'359.812 sin perjuicio de las que se causen con posterioridad a dicha data, reconocimiento que se efectúa por 14 mesadas al año advirtiéndose que el retroactivo pensional se deberá cancelar de manera indexada.

CUARTO. -DECLARAR probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 8 de agosto del año 2013.

QUINTO. - AUTORIZAR a la demandada **COLPENSIONES** para que descuente el retroactivo correspondiente el porcentaje que en derecho corresponde a los aportes pertinentes y con destino al sistema de la Seguridad Social en salud.

SEXTO. - ABSOLVER a **COLPENSIONES** de las demás pretensiones incoadas en su contra dentro del libelo genitor.

SÉPTIMO. - DESVINCULAR del presente proceso a la unidad administrativa especial de pensiones de Cundinamarca.

OCTAVO. -SIN CONDENAR en costas de esta instancia y

NOVENO. - En caso de no apelarse la presente decisión se deberá CONSULTAR con el Superior por cuanto le resultó adversa a los intereses de la demandada **COLPENSIONES.**”.

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 se procede previa la constatación de inexistencia causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme las siguientes:

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARIA STELLA CORTES VANEGAS las pretensiones relacionadas en la demanda (págs. 2 y 3 Archivo 1 expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 4 y 5 del mismo archivo, aspirando de manera principal se declare le asiste derecho a que Colpensiones le reconozca la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su esposo Luis Jorge Verano González, en consecuencia se condene a su pago desde el 11 de febrero de 2009 (cuando falleció su esposo), junto con las mesadas de junio y diciembre, intereses moratorios, la indexación de cada una de las mesadas, costas y agencias en derecho, derechos *ultra y extra petita*. En subsidio solicita se condene a la Gobernación de Cundinamarca – Unidad Administrativa Especial de Pensiones reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes, en los términos ya citados. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable** a sus aspiraciones en donde se accedió al reconocimiento pensional en aplicación del parágrafo 1° del Artículo 12 de la Ley 797 del 2003, disponiendo el pago de las mesadas pensionales a partir del 9 de agosto del 2013 por los efectos de la declaratoria parcial de la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 8 de agosto del 2013, lo anterior tras considerar que el afiliado fallecido cumplió con las semanas requeridas en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003 y la demandante acreditó en debida forma la calidad de beneficiaria, ordenando pagar los intereses moratorios, calculando un retroactivo por mesadas adeudadas de \$102.539.807 hasta el 30 de noviembre del 2022, estableciendo como primera mesada pensional para el año 2009 (data de fallecimiento del causante) la suma de \$558.112.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se abordará el estudio de la procedencia de las condenas impuestas a cargo de la demandada.

Así pues, inicialmente ha de señalarse, respecto a la normatividad que ha de trazar los derroteros para determinar cuál es el titular o titulares de la pensión solicitada, y cual la proporción que se ha de tener en ella, ha expresado la Corte Suprema de Justicia que por regla general la fecha de fallecimiento del afiliado o

pensionado determina la norma que regulará la sustitución pensional y el derecho a la pensión de sobrevivientes², razón por la cual, la normatividad aplicable sería la vigente al momento del fallecimiento del señor LUIS JORGE VERANO GONZALEZ, ocurrido el **11 de febrero del 2009** conforme se indica en el registro civil de defunción visible en la página 18 del expediente digitalizado (Archivo 1), esto es, en vigencia de la Ley 797 de 2003, la cual en efecto, señala en su artículo 12 que el afiliado debió cotizar 50 semanas en el trienio anterior al fallecimiento -11/02/2006 a 11/02/2009-, lo cual no ocurre en este asunto, pues como se definió desde la primera instancia el de cujus solo cotizó hasta el mes de junio del año 1996 (*ver reporte semanas expediente administrativo pág. 268 Archivo 8*)

Ahora bien, la Juez *a quo* señaló la procedencia de estudiar dentro del presente asunto el cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo 1º del referido Artículo 12 de la Ley 797, el cual a la letra dice:

“Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima (sic) en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustituta de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.”

Aplicadas las anteriores consideraciones al caso se marras, se tiene que el señor JORGE LUIS VERANO GONZALEZ (q.e.p.d.) contaba con las siguientes cotizaciones, conforme lo admite Colpensiones en el último acto administrativo que profirió y que obra en el expediente administrativo allegado a este proceso, esto es, la Resolución GNR 309098 del 19 de octubre del 2016 (pág. 256 Archivo 8 expediente digital)

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia 24421 del 25 de mayo de 2005.

Que el fallecido prestó los siguientes servicios:

ENTIDAD LABORO	DESDE	HASTA	NOVEDAD	DIAS
DPTO CUND	19950701	19960602	TIEMPO SERVICIO	332

Que revisado el expediente administrativo se registran certificados de tiempos públicos y factores salariales, los cuales fueron ingresados manualmente de la siguiente manera:

EMPLEADOR	DESDE	HASTA	ADMINISTRADORA
DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA	01/04/1974	30/06/1995	DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA

Que conforme lo anterior, el fallecido acreditó un total de 7,982 días laborados, correspondientes a 1,140 semanas.

Para el efecto, se observa entonces que el fallecido reunió un total de **1140 semanas** siendo las requeridas para el año 2009 en virtud de la Ley 100 de 1993 art. 33 modificada por la Ley 797 del 2003 **1150**, esto es, contrario a lo definido por la Juez de primer grado el de cujus no cumplió con este requisito.

Sin embargo, no puede perderse de vista en este asunto que el afiliado fallecido era beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues conforme al CERTIFICADO DE INFORMACION LABORAL expedido por el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, la fecha en que entró en vigencia el sistema general de pensiones para ese empleador fue el 1° de enero 1995 (pág. 94 Archivo 8 expediente digital), de modo que para esa data el señor VERANO GONZALEZ (q.e.p.d.) contaba con **40 años** de edad cumplidos, en tanto nació el 14 de abril de 1954 (Pág. 187 ibidem) y contaba con más de 15 años de servicios cotizados en la SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS, exactamente **20 años y 9 meses**, pues su vinculación se dio a partir del 1° de abril de 1974.

De esta manera y teniendo en cuenta que la accionante en su libelo en el acápite de FUNDAMENTOS DE DERECHO numeral 4 "CASO CONCRETO" refiere que el señor JORGE LUIS VERANO GONZALEZ (q.e.p.d.) era beneficiario del régimen de transición y por ende solicita se estudie el derecho pensional en virtud de ello, esta Corporación procederá a su análisis.

Para ello, se permite la Sala citar reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien en proveído SL158-2023 Rad. 70948 del 8 de febrero del 2023, señala:

En un asunto de similares contornos, esta Corte en la sentencia CSJ SL338-2020, adoctrino que:

En el caso concreto se debe resolver si la parte actora puede acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en virtud de lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 46 de la Ley 100 de 1993, con fundamento en que el difunto cotizó 637 semanas.

En lo que concierne al asunto en cuestión se debe recordar que el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 prescribe que: [...]

Así las cosas, la norma prevé dos posibilidades para poder acceder a la pensión de sobrevivientes tratándose de la muerte de un afiliado, como lo señala la censura, una, que el causante haya cotizado 50 semanas en el trienio anterior a su deceso; **otra, en el evento de que la primera no tuviera cabida, que hubiere cotizado el número de semanas exigido en el régimen de los Seguros Sociales, de donde se infiere sin lugar a dudas, la necesidad de revisar si aquél tendría o no derecho al régimen de transición, pues justamente eso es lo que ha sostenido la jurisprudencia.**

La Sala al resolver un asunto de contornos similares, en la sentencia SL4279 – 2017, 15 mar. 2017, rad. 54696, precisó lo siguiente: [...]

Contrario a lo señalado por el recurrente, **cuando el parágrafo 1° del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 se refiere al número de semanas mínimo requerido en el régimen anterior al fallecimiento del causante, equivale a decir que debe acreditar las que exige el sistema para acceder a la pensión de vejez, bien sea en el régimen general o en el de transición.**

En este orden de ideas, es pertinente analizar la pensión del afiliado fallecido a la luz del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 en atención a que laboró al servicio de la SECRETARÍA DE OBRAS PUBLICAS (entidad del sector público departamental) en calidad de trabajador oficial³ del 1° de abril de 1974 al 7 de junio de 1996 ocupando como último cargo el de Cadenero, y para su caso a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01/01/95- éste era el régimen que lo cobijaba, precisando su afiliación al ISS se dio solo a partir del 1° de julio de 1995 (*Ver reporte de semanas expediente administrativo pág. 268 Archivo 8 expediente digital*) norma que establece:

³ Ver certificaciones paginas 46 y 48 (Archivo 1 expediente digital), igualmente se debe tener en cuenta lo señalado por el DECRETO 3135 DE 1968 “*Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.*”

ARTÍCULO 5. Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.”

Frente a dicha normativa la sentencia SL624-2021 Rad. 82668 del 23 de febrero del 2021 refirió:

Pues bien, en tratándose de la primera de las pensiones indicadas, el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 señala:

El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (la Sala Subraya).

Como se advierte la disposición hace referencia al «empleado oficial», categoría de empleados que hoy corresponde al servidor público al que se refiere el artículo 123 de la Constitución, dentro de la cual se encuentra el empleado público y el trabajador oficial.

Así las cosas, la norma hace alusión al género de los trabajadores, esto es, al empleado oficial, dentro del cual se encuentra el empleado público - vinculado a la entidad mediante una relación reglamentaria – y el trabajador oficial – regido por una relación de carácter contractual laboral.

***En efecto, el antiguamente denominado empleado oficial corresponde al hoy servidor público. Así lo ha precisado esta Corte, al analizar casos en donde se debate quienes son los destinatarios de la pensión del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 para señalar que la expresión «empleados oficiales» se refiere a los servidores públicos, entendiéndose que tal expresión cobija a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.** (Subrayas y negrillas fuera de texto)*

Conforme a lo expuesto, se tiene que el fallecido superó los 20 años de servicios al sector oficial, pues como ya se anotó prestó servicios del 1° de abril de 1974 al 7 de junio de 1996, es decir, por espacio de **22 años, 2 meses y 7 días**, por lo que resulta jurídicamente viable que se reconozca la pensión especial de sobrevivientes consagrada en el parágrafo 1° de la Ley 797 de 2003, precisándose dicha norma no condiciona el reconocimiento al cumplimiento de la edad, pues lo único exigido es que el afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima media en tiempo anterior a

su fallecimiento, como ocurrió en autos, por lo cual habrá lugar al reconocimiento del derecho en cabeza de la aquí demandante si logra probar su calidad, situación que a continuación se procederá a estudiar.

En esa dirección, es necesario acudir entonces al artículo 13 de la Ley 797 de 2003 vigente para la fecha del fallecimiento del causante -11 de febrero del 2009-, el cual reza:

“Artículo 13. Los artículos [47](#) y [74](#) quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

*a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o **la compañera o compañero permanente** supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-1094 de 2003](#)**. (...)*

(...)

*c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; **Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-1094-03 de 19 de noviembre de 2003](#)** (...);*

Ahora bien, aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, según el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993⁴, era de 5 años, independientemente de que el causante de la prestación

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; (...)

fuera un afiliado o pensionado, tal criterio fue revaluado por esa Corporación entre otras en las sentencias CSJ SL1905-2021, CSJ SL5270-2021 y CSJ SL2820-2021, señalando que la lectura de la precitada disposición (literal a) del art.13 de la L. 100 de 1993) advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado, enfatizando, *“una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador”*, **bastando la demostración de la calidad invocada –cónyuge o compañero (a) permanente- del afiliado fallecido**, postura que fue reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL- 2820 del 16 de junio del 2021, radicación 73255, en los siguientes términos:

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

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

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

Los motivos que sustentaron el cambio de criterio efectuado por la Corte, estuvieron basados en: i) la redacción de la norma, pues de la misma resultaba evidente que había pretendido hacer una diferenciación, al guardar silencio frente al tiempo de convivencia que debía exigírsele al compañera(o) del afiliado, lo que resulta apenas obvio por tratarse de situaciones fácticas disímiles, que por tanto merecían un tratamiento propio; ii) las consideraciones vertidas en la sentencia CC C-1094-2003, en la que entre otras se declaró la exequibilidad de la expresión «no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte», contenida en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797

de 2003, en la que sobre el particular se dejó sentado que «el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados » y; iii) la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, en la que se dejó también claridad que el requisito de convivencia que se pretendía exigir para ser beneficiario de la prestación de sobrevivencia estaba dirigido en casos donde la muerte se diera respecto del pensionado.

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, a través de la sentencia CSJ SL1730-2020, esta Sala rectificó su línea de interpretación acerca del requisito de convivencia para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente, distinguiendo si a la muerte del causante era afiliado o pensionado (...).

(...)

Criterio este que luego, mediante sentencia CSJ SL5270-2021 fue reafirmado, separándose de lo dispuesto en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional CC SU-149-2020 y, manifestando que la interpretación adecuada de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, «resulta constitucional y legalmente válido, dentro del marco de las competencias de esta Sala, en su función de unificación de la jurisprudencia laboral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16 de la Ley 270 de 1996 y 235 de la CP, con sus modificaciones».

(...)

*De manera que, conforme al criterio jurisprudencial imperante de esta Sala, se tiene que quien pretenda acceder a una pensión de sobrevivientes, a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se le exigirán como requisitos para acceder a ese derecho pensional los siguientes: cuando el causante es un pensionado una convivencia de cinco años, **mientras que tratándose de la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de un afiliado no será exigible tiempo específico de convivencia, pues simplemente bastará con demostrar la condición de compañero permanente o compañero (a) y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte** y así se cumple con el presupuesto normativo en comento, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de esa contingencia.*

En consecuencia, debe entenderse que el requisito de convivencia exigido a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes -esto es, la convivencia mínima de cinco años- sólo es exigible en el caso de la prestación causada con ocasión del fallecimiento de pensionado.”

Bajo tal entendido, para que proceda el reconocimiento pensional dentro del presente asunto donde el fallecido es un AFILIADO se requiere demostrar la calidad de “cónyuge o compañero (a), la conformación y pertenencia al núcleo familiar, con vocación de permanencia, así como la convivencia vigente para el momento de la muerte” (SL 5270-2021 y SL 1878-2022).

En ese orden, en primer lugar, se tiene que la señora MARIA STELLA CORTES VANEGAS nació el 21 de marzo de 1959 (según copia de la cédula de ciudadanía página 24 Archivo 1 expediente digital), por lo que a la fecha de fallecimiento del causante (11/02/2009) contaba con 49 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos, igualmente obra Acta de Matrimonio visible en la página 402 (Archivo 2 expediente digital), donde se señala que

contrajo nupcias con Luis Jorge Verano González (q.e.p.d.) el 23 de junio de 1976, esto es, acreditó su calidad de cónyuge.

Ahora en cuanto al requisito de la “*convivencia vigente para el momento de la muerte*”, se recibieron las declaraciones de NATALI AGUIRRE BOBADILLA⁵, CARLOS FERNANDO BARRAGAN⁶ y ELIANA ISABEL DELGADO OTALORA⁷, todos ellos concedores de relación familiar entre el afiliado fallecido y la demandante, por la relación de amistad y vecindad desde hace más de 18 años atrás de su declaración que lo fue el 5 de mayo del 2022 (Ver acta pág. 245 Archivo 1 expediente digital) en tanto todos fueron contestes en relatar que la pareja conformada por Luis Jorge Verano (q.e.p.d.) y la señora María Stella Cortes Vanegas estuvieron unidos a través de un vínculo matrimonial hasta la data del deceso del cónyuge, indicando que visitaban con frecuencia dicho hogar y por ende siempre percibieron la unión en la pareja, precisando que como quiera que el fallecido trabajaba en temas de obras públicas con el Departamento de Cundinamarca su ausencia era solo en razón de su trabajo sin que conocieran la existencia de otra pareja, pues reiteraron siempre vieron al señor Luis Jorge Verano con la demandante quien nunca trabajó y se dedicó al hogar y al cuidado de los tres hijos que procrearon los consortes, razón por la cual dependía en un todo del de cujus.

Por su parte la señora CLARA INES CORTES VANEGAS⁸ hermana de la demandante, cuyo dicho se analiza con mayor rigurosidad por el lazo de familiaridad, expresó que la citada pareja contrajo nupcias en 1976 en el municipio de Silvania y desde esa data nunca se separaron sino hasta la fecha del deceso del señor Luis Jorge Verano, lo cual le consta pues se visitaban cada 15 días, refiriendo que si bien hubo una hija extramatrimonial el esposo de su hermana nunca dejó de convivir con la accionante.

Las declaraciones recién reseñadas, proveen certeza a la Sala en cuanto a la convivencia al momento de la muerte del causante, entre éste y la demandante con lo cual queda evidenciada la calidad de beneficiaria de la citada señora de la pensión de sobrevivientes.

⁵ Audiencia archivo 5 récord: 9:30

⁶ Audiencia archivo 6 récord: 1:24

⁷ Audiencia archivo 3 récord: 1:14

⁸ Audiencia archivo 7 récord: 4:24

Ahora bien, en relación con la fecha a partir de la cual se debe reconocer el derecho pensional, evidentemente la pensión de sobrevivientes se causó en la fecha de fallecimiento del señor LUIS JORGE VERANO GONZALEZ -11 de febrero del 2009- (pág. 18 Archivo 1 expediente digitalizado), sin embargo, debe en este punto analizarse la excepción de prescripción propuesta por la encartada (página 182 Archivo 1 del expediente digital⁹), recordándose si bien el derecho a la pensión es imprescriptible, no así las mesadas pensionales, las cuales prescriben dentro del término establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S.; de esta suerte, en el presente asunto el derecho a la pensión de sobrevivientes se hizo exigible el 11 de febrero del 2009 fecha en que falleció el cónyuge de la demandante, acudiendo por primera vez a reclamar vía administrativa la prestación pensional el **9 de agosto del 2016** (págs. 64 a 78 Archivo 1 expediente digitalizado), acudiendo a la jurisdicción el **23 de septiembre del 2016** página 98 ibidem), notificándose a la entidad demandada del auto admisorio del libelo, dentro del término establecido en el artículo 94 del C.G.P.¹⁰, por lo que entre la fecha en que se hizo exigible el derecho (11/02/2009) y la fecha de interposición de la reclamación administrativa (9/08/2016) transcurrió el término trienal consagrado para la operatividad de la prescripción y en esa medida las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 9 de agosto del 2013, se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, confirmándose la decisión de la *a quo*.

Ahora respecto de la cuantía de la pensión, la misma se establece conforme lo dispuesto en el inciso segundo del parágrafo 1° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 el cual señala que *“El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.”*, por ende la Sala dará aplicación al artículo 21 de la citada Ley 100, tomando el IBL de todo el tiempo cotizado por el *de cujus*, tal como se puede evidenciar de la liquidación adjunta que hace parte integral de ésta decisión,

⁹ Por auto del 30 de agosto del 2021, se tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones (pág. 232 Archivo 1 expediente digital).

¹⁰ El auto admisorio se notificó por anotación en el estado del 22 de noviembre del 2016 (página 174 archivo 1 expediente digital), notificándose a Colpensiones el 5 de diciembre del 2016 (conforme se registra en el sistema SIGLO XXI y obra en la página 193 Archivo 1 expediente digital).

EXP. No. 28 2016 00632 01 MARIA STELLA CORTES VANEGAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES y como terceras ad excludendum SENOVIA ROMERO CAMPOS y YEIMI BIBIANA VERANO ROMERO

actualizado con base en los índices de precios al consumidor, cifra a la cual se le aplicará la tasa de reemplazo que señala la Ley 33 de 1985 del 75% (respecto de la cual dejo causado el derecho el fallecido afiliado) y del resultado obtenido se tomará el 80% como lo determina el parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

Así, efectuadas las operaciones aritméticas, tal como se refleja en la liquidación anexa la presente sentencia, efectuada con apoyo del grupo liquidador del Consejo Superior de la Judicatura, se obtiene como primera mesada, la suma de **\$533.907,86**¹¹ para el 11 de febrero del 2009, la cual resulta inferior a la hallada en primera instancia (\$558.112), precisándose para el año 2013 la mesada correspondía a **\$597.026** como se puede ver en el cuadro de liquidación que se inserta en la siguiente página; evidenciándose de las operaciones aritméticas efectuadas, que para el año 2014 dicha mesada se igualó al salario mínimo de la época, por ende, procede la Sala a **concretar** el retroactivo adeudado por mesadas pensionales a la actora del **9 de agosto del**

11

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1974	270	0,190	69,80	367,368	\$ 1.600,00	\$ 587.789,47	\$ 5.290.105,26
1975	360	0,250	69,80	279,200	\$ 2.058,33	\$ 574.686,67	\$ 6.896.240,00
1976	360	0,290	69,80	240,690	\$ 2.684,00	\$ 646.011,03	\$ 7.752.132,41
1977	360	0,360	69,80	193,889	\$ 3.224,17	\$ 625.130,09	\$ 7.501.561,11
1978	360	0,470	69,80	148,511	\$ 4.106,25	\$ 609.821,81	\$ 7.317.861,70
1979	360	0,560	69,80	124,643	\$ 5.110,00	\$ 636.925,00	\$ 7.643.100,00
1980	360	0,720	69,80	96,944	\$ 6.710,00	\$ 650.497,22	\$ 7.805.966,67
1981	360	0,900	69,80	77,556	\$ 8.979,67	\$ 696.423,04	\$ 8.357.076,44
1982	360	1,140	69,80	61,228	\$ 14.461,25	\$ 885.434,43	\$ 10.625.213,16
1983	360	1,410	69,80	49,504	\$ 18.644,96	\$ 922.991,55	\$ 11.075.898,65
1984	360	1,650	69,80	42,303	\$ 22.341,33	\$ 945.106,10	\$ 11.341.273,21
1985	360	1,950	69,80	35,795	\$ 25.393,33	\$ 908.951,11	\$ 10.907.413,33
1986	360	2,380	69,80	29,328	\$ 32.552,50	\$ 954.690,97	\$ 11.456.291,60
1987	360	2,880	69,80	24,236	\$ 40.478,83	\$ 981.049,50	\$ 11.772.594,03
1988	360	3,580	69,80	19,497	\$ 52.631,08	\$ 1.026.159,11	\$ 12.313.909,33
1989	360	4,580	69,80	15,240	\$ 66.472,49	\$ 1.013.052,36	\$ 12.156.628,30
1990	330	5,780	69,80	12,076	\$ 86.163,77	\$ 1.040.524,45	\$ 11.445.768,98
1991	360	7,650	69,80	9,124	\$ 110.504,66	\$ 1.008.264,74	\$ 12.099.176,89
1992	360	9,700	69,80	7,196	\$ 141.205,87	\$ 1.016.099,99	\$ 12.193.199,88
1993	360	12,140	69,80	5,750	\$ 176.743,25	\$ 1.016.200,89	\$ 12.194.410,72
1994	360	14,890	69,80	4,688	\$ 270.900,28	\$ 1.269.901,93	\$ 15.238.823,19
1995	360	18,250	69,80	3,825	\$ 379.744,58	\$ 1.452.392,98	\$ 17.428.715,78
1996	160	21,800	69,80	3,202	\$ 344.672,88	\$ 1.103.585,63	\$ 5.885.790,01
Total días	7980						
					Total devengado actualizado a: 2009		\$ 236.699.150,67
Total semanas	1140,00					Ingreso Base Liquidación	\$ 889.846,43
Total Años	21,83					Porcentaje aplicado	75%
						Primera mesada	\$ 667.384,82
						Tasa de reemplazo paragrafo 1º del Art. 12 ley 797 de 2003	80%
						Valor mesada pension de sobreviviente	\$ 533.907,86
						Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2009	\$ 496.900,00

2013 al 30 de noviembre del 2022 (fecha hasta la cual se liquidó en sentencia de primera instancia), obteniendo como suma adeudada **\$101.587.875** y en primera instancia se indicó que correspondía a \$102.539.807, el cual al 31 de marzo del 2023 corresponde a \$106.067.875, retroactivo que se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina, razón por la cual tal valor se modificará por las razones ya anotadas.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 533.907,86	PRESCRITO	
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 544.586,00		
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 561.849,00		
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 582.806,00		
09/08/13	31/12/13	2,44%	\$ 597.026,00	5,73	\$ 3.422.949,1
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 616.000,00	14,00	\$ 8.624.000,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 644.350,00	14,00	\$ 9.020.900,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 689.455,00	14,00	\$ 9.652.370,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 737.717,00	14,00	\$ 10.328.038,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 781.242,00	14,00	\$ 10.937.388,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 828.116,00	14,00	\$ 11.593.624,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 877.803,00	14,00	\$ 12.289.242,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 908.526,00	14,00	\$ 12.719.364,0
01/01/22	30/11/22	5,62%	\$ 1.000.000,00	13,00	\$ 13.000.000,0
		Subtotal retroactivo desde 09-08-2013 a 30-11-2022			\$ 101.587.875
01/12/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.000.000,00	1,00	\$ 1.000.000,0
01/01/23	31/03/23	13,12%	\$ 1.160.000,00	3,00	\$ 3.480.000,0
		Subtotal retroactivo desde 01-12-2022 a 31-03-2023			\$ 4.480.000,00

En cuanto a la cantidad de mesadas anuales a reconocer a la parte actora, se ha de indicar éstas deben corresponder a 14 mesadas al año al haberse causado en vigencia de la Ley 100 de 1993 en virtud de la cual se accedió a esa prerrogativa (art. 142), sin que tenga incidencia la limitante consagrada en el Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que se causó el 11 de febrero del 2009 (fecha de fallecimiento del afiliado), confirmándose en este punto el fallo apelado y consultado.

Finalmente, esta Sala de decisión confirma la autorización a COLPENSIONES a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado a la actora¹², de conformidad

¹²Ver al respecto la sentencia de la CSJ S.L. Radicación No. 35763 del 27 de enero del 2010, la cual adujo:

con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 el cual dispuso que "se entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público", mientras que en su artículo 42 permitió a las entidades pagadoras "descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud", adicionándose en este punto el fallo apelado y consultado.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y surtido el grado jurisdicción de consulta en favor de Colpensiones, conforme a las motivaciones precedentes lo que se sigue es la confirmación del fallo en los términos anteriormente expuestos, modificándose el valor de la mesada pensional y el retroactivo al que tiene derecho la accionante.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** del fallo del primer grado, para en su lugar establecer que el valor de la mesada pensional de la actora para el año 2009 correspondía a \$533.907,86, por ende la mesada del año 2013 es de **\$597.026**, precisándose el retroactivo adeudado a la demandante del **9 de agosto del 2013 al 30 de noviembre del 2022** (fecha hasta la cual se liquidó en primera instancia), equivale a la suma de **\$101.587.875** y al 31 de marzo del 2023 asciende a **\$106.067.875**, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina, de acuerdo a lo anteriormente considerado.

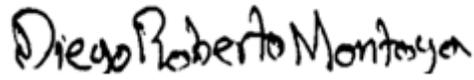
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, pero por las razones aquí expuestas la sentencia proferida por la Juez 28 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

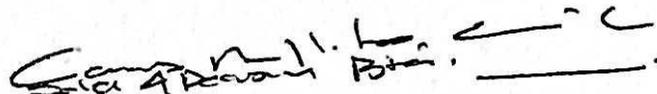
EXP. No. 28 2016 00632 01 MARIA STELLA CORTES VANEGAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES y como terceras ad excludendum SENOVIA ROMERO CAMPOS y YEIMI BIBIANA VERANO ROMERO

TERCERO: 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 DEISSY CAROLINA RINCÓN ROJAS CONTRA BORNER SERVICES S.A.S. (RAD. 30 2020 00250 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo 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,

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 05 de abril de 2022 (récord 48:40, «12GrabacionAudiencia.mp4»), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDÉNESE a BORNER SERVICES S.A.S., a pagarle a la señora DEISSY CAROLINA RINCON ROJAS las siguientes cantidades y conceptos:

- a) \$4.378.129, por intereses moratorios de la suma liquidada o de la suma adeudada, liquidada sobre la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria desde el 21 de diciembre de 2017 y hasta 31 de marzo del año 2022 fecha en que se efectúe el pago por vía de conciliación indemnización artículo 65 del código sustantivo del trabajo.***
- b) a pagar los aportes pensionales por los meses de noviembre y diciembre de 2017, teniendo en cuenta para el efecto el salario base de cotización de \$1.500.000 mensuales.***

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: CONDÉNAR en COSTAS a la parte demandada y a favor de la demandante conforme en lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P. por secretaría liquidense e inclúyase como agencias en derecho la cantidad de \$ 400.000.

CUARTO: ASIGNAR como gastos de curaduría la suma de \$500.000 a la auxiliar de la justicia a cargo de la parte demandante, pero se tendrán en cuenta al momento de la liquidación del crédito.”.

Inconforme con la sentencia, el Curador Ad Litem de la sociedad demandada interpuso recurso de apelación manifestando¹, se debe revisar la sentencia ya que se dio por probado sin estarlo que hubo una mala fe en el incumplimiento o mejor en el pago de las obligaciones laborales a favor de la demandante DEISY CAROLINA RINCÓN. Adujo, como se expresó en los alegatos de conclusión no se logró desvirtuar la presunción legal de buena fe a través de diversos medios probatorios, máxime, cuando quien defendió a la empresa fue un auxiliar de la justicia y debido a dificultades en contactar al Representante Legal en materia probatoria poco se aportó dentro de la contestación de la demanda, sin embargo, exclamó, el juez de primera instancia pudo hacer uso del decreto oficioso para verificar la situación financiera y económica de la empresa, especialmente el embargo de la cuenta de la sociedad demandada.

Agregó, el juez de primera instancia desconoce las razones y decisiones que afectó a la empresa demandada, acogiendo documentos como pantallazos de WhatsApp aportados en la demanda, incumpliendo los requisitos legales del artículo 678 de la Ley 527 de 1999, reforzado por la sentencia constitucional C- 604 de 2014, en ese orden de ideas consideró, se omitió la apreciación, razones y alegatos de conclusión ya que se perjudicó a la empresa demandada y como consecuencia, la condena al

¹ *Curador Ad Litem de la demandada (récord 52:47): “Señor juez en desmedro de la de la empresa se condenó a la misma a la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en ese orden de ideas considera esa defensa señor juez que se debe revisar debido a que se dio por probado sin estarlo que hubo una mala fe en el incumplimiento o mejor en el pago de las obligaciones laborales a favor de la demandante DEISY CAROLINA RINCÓN y como se expresó en los alegatos de conclusión no se logró desvirtuar la presunción legal de buena fe a través de diversos medios probatorios que el demandante tuvo a su elección en la oportunidad procesal diferente máxime, cuando quien defendió a la empresa fue un auxiliar de la justicia y pues que debido a dificultades en contactar al Representante Legal pues en materia probatoria poco se aportó dentro de la contestación de la demanda sin embargo quiero dejar de presente dos situaciones la primera pues que el juez de primera instancia habiendo podido usar de forma oficiosa requerimiento o menos decretar pruebas documentales en cuanto a tratar de demostrar por otro medio probatorio diferente al que se demostró dentro de este proceso la situación financiera y económica y especialmente el embargo de la cuenta de la sociedad demandada pues el juez de primera instancia no lo hizo y se desconoce las razones y decisión que pues afectó a la empresa demandada y lo segundo pues que acogió documentos o mejor medios probatorios documentales en cuanto a los pantallazos de WhatsApp que se aportó en la demanda y que no cumple con requisitos de supuestos legales como bien se manifestó el artículo 678 de la Ley 527 de 1999 reforzado por la sentencia constitucional c- 604 del año 2014 en ese orden de ideas y en cuanto a ese punto omitiendo la apreciación de en su momento las razones o mejor los alegatos de conclusión en cuanto a este punto pues perjudicó a la empresa demandada y como consecuencia pues la condena al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 de la indemnización pues que no hay lugar porque primero como se manifiesta se dio por demostrado sin estarlo una mala fe que perjudica o mejor que se alegó por parte de la demandante en el incumplimiento de las obligaciones de tipo laboral en este orden de ideas y en beneficio de los intereses de la empresa demandada suplico al juez de alzada que se reconsidere este punto y en consecuencia deje sin efectos de la acción que profirió el juez de primera instancia y se absuelva de condenar a la empresa demandada al pago de la indemnización moratoria puntualmente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en cuantía en que el juez de primera instancia pues consideró en su fallo en su fallo judicial. solamente como solamente respecto a este punto que se pretendió apelar a la sentencia que se acabó de proferir por su señoría de esta forma por terminado la sustentación para que se dé el trámite pertinente en cuanto al recurso de apelación que se acaba de sustentar y que cumpla los términos legales estipulados en la en el marco normativo gracias señor juez”.*

pago de la indemnización moratoria del artículo 65 de la indemnización es improcedente.

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 incoadas a páginas 53 y 54 las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en las páginas 52 a 53 del archivo «01 Expediente Digital.pdf», aspirando se declare la existencia de un contrato a término indefinido, el cual terminó por cambios de las condiciones laborales, viéndose afectado los derechos adquiridos, siendo un despido sin justa causa, consecuente con ello, se condene al pago de salarios debidos en la suma de \$1.050.000, bono de alimentación por valor de \$70.000, bono de transporte por valor de \$70.000, \$37.500 por prima de servicios, cesantías en la suma de \$1.462.500, intereses a las cesantías \$171.173, vacaciones \$918.750, aportes a pensión de los meses de noviembre y diciembre de 2017, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías y derechos ultra y extra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto consideró que no está en discusión la existencia del contrato de trabajo pretendido, dando por cierto los extremos invocados, estos son, 17 de septiembre de 2015 al 21 de diciembre de 2021, cargo semi senior y último salario \$1.500.000. Condenó al pago de \$4.378.129 por concepto de intereses moratorios, liquidada sobre la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria desde el 21 de diciembre de 2017 y hasta el 31 de marzo de 2022, en los términos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y el pago de los aportes pensionales correspondiente a los meses de noviembre y diciembre de 2017, teniendo en cuenta como ingreso base de cotización \$1.500.000, finalmente, absolvió de la sanción por no consignación de cesantías e indemnización por despido sin justa causa. Lo anterior tras considerar, el Juez a quo que, no se acreditó en este juicio el pago de los aportes pensionales, citando el artículo 22 y 33 de la Ley 100 de 1993, aclarando, el 100% de los aportes los debe realizar la empresa en su totalidad, con destino al Fondo de Pensiones donde esté cotizando la demandante. En cuanto a la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T., expresó que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, ha dispuesto que esta indemnización**

no es de aplicación automática y se debe analizar la buena o mala fe del empleador, debiéndose valorar la conducta de la empresa la finalización del contrato, esta evaluación debe hacerse según lo rememoró la sentencia con radicado No. 24397 del 13 de abril de 2005, M.P. Doctor Luis Javier Osorio López, vigente a la fecha. Consideró el fallador, no importa si existe una mora parcial o total, lo que importa son las justificaciones dadas por la empresa, pudiendo constatar entonces, que no hubo discusión sobre el no pago de la liquidación de prestaciones, así como en la etapa de conciliación adelantada el 31 de marzo de 2022, prevista en el artículo 77 del C.P.T. y S.S., se llegó a un acuerdo por lo que el Representante Legal aceptó el valor que pidió la demandante quedando en el acta consignado que el salario de la demandante era superior al smmlv de 2017, así como expuso, al absolver interrogatorio de parte, el impago obedece al embargo de la DIAN, sin embargo, no se aportó prueba sobre este hecho para verificar las circunstancias y hacer el estudio correspondiente. Por tanto, concluyó la procedencia de la indemnización moratoria solo en cuanto a intereses moratorios ya que la actora no interpuso la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, liquidando sobre 1.539 días de mora hasta el 31 de marzo de 2022 porque fue la fecha de pago acordada en la audiencia de conciliación.

Sea del caso indicar que el juzgador de primer grado se limitó a dirimir en la sentencia la procedencia del pago de las indemnizaciones previstas en los artículos 64 y 65 del C.S.T. y artículo 99 de la Ley 50 de 1990 así como los aportes pensionales correspondiente a los periodos noviembre y diciembre de 2017, únicamente, toda vez que el litigio se fijó en dicho sentido al existir conciliación parcial entre las partes. (audiencia artículo 77 del C.P.T. y S.S., (récord 1:32:34, archivo 13).

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

De tal manera, es claro que no existe controversia sobre la vinculación laboral de la demandante con la pasiva **BORNER SERVICES S.A.S.**, como tampoco los extremos y el último salario devengado, en tanto tales aspectos no fueron objeto de reproche a lo largo del proceso, ni ante esta instancia.

En este sentido la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar la procedencia de la **INDEMNIZACIÓN MORATORIA** apelada por la parte demandada, frente a la cual alude, no se puede predicarse mala fe de la empresa cuando no existen medios probatorios idóneos que permitan inferir dicha situación, y menos, que den cuenta de la crisis financiera sostenida por la empresa, siendo de importancia que el a quo hiciera uso del poder oficioso y obtuviera la información del caso. Además, el recurrente plasmó su inconformidad al tensarse en cuenta los pantallazos aportados al proceso, los cuales fueron extraídos de WhatsApp. Por ende, solicitó se absuelva a la empresa al no existir mala fe, en los términos del artículo 65 del C.S.T.

Sobre el tema, sentado está por la jurisprudencia que la sanción moratoria no procede de manera automática, sino que ha de analizarse la buena o mala fe con la que actuó el empleador, examinando la situación específica del mismo en cada caso, en otros términos, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del empleador a efectos de determinar si tuvo la intención de desconocer los derechos de su trabajador; así lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral, entre otras muchas, en sentencia CSJ SL3288-2021, donde puntualizó:

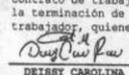
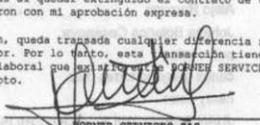
«Pues bien, esta Corporación ha señalado de manera inveterada que la sanción moratoria prevista en la normativa atrás citada no constituye una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al finiquitar el contrato de trabajo, deje de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudados, de ahí que la misma encuentre lugar cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones serias y atendibles de su conducta, en la medida que razonablemente lo hubiere llevado al convencimiento de que nada adeudaba por salarios o derechos sociales, lo cual de acreditarse conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe, y en este caso no procedería la sanción prevista en los preceptos legales referidos. Situación que fue justamente la que descartó el ad quem, toda vez que estableció que el ánimo de la demandada con las formas aparentes dadas a la relación contractual fue la de sustraerse de sus obligaciones laborales» (Subrayado fuera de texto).

En suma, tal indemnización surge como una sanción por la mala fe del empleador, al sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones obrero –patronales, por lo que debe analizarse la conducta del demandado para comprobar que su actuación fue de buena fe y ajena a la intención de causar daño al trabajador (CSJ SL6621-2017; CSJ SL8216-2016; CSJ SL13050-2017; CSJ SL13050-2017; CSJ SL13442-2017 y CSJ STL10313-2017).

También ha enseñado de manera pacífica la Alta Corporación, en sentencia CSJ SL 23 oct. 2012, rad. 41005, que, la buena fe que se exige no es la denominada buena fe cualificada, sin embargo, «no es una creencia cualquiera sino una debidamente fundada», lo que «impone al juzgador auscultar en el elemento

subjetivo a fin de determinar si el empleador tuvo razones atendibles para obrar como lo hizo» (CSJ SL194-2019), por ende, la llamada a juicio se encuentra en el deber de acreditar cuáles fueron esas razones plausibles que la llevaron a soslayar el pago de las acreencias del trabajador.

En el caso de marras, la parte actora solicita la imposición de esta indemnización moratoria al no acreditarse el pago de las prestaciones causadas con ocasión del contrato de trabajo sostenido hasta el 21 de diciembre de 2017, circunstancia que en todo caso, en sentir de la Sala, apareja el reclamo de estos valores, precisamente al esgrimir su no pago y bajo esa óptica, pasará la Sala a verificar si le asiste razón a la parte recurrente, debiéndose remitir a los aludidos documentos que reposan, específicamente a la liquidación obrante en la página 7 del archivo «01 Expediente Digital.pdf», donde se evidencia el cálculo de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, vacaciones y salarios, así:

LIQUIDACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO INDEFINIDO			
BORNER SERVICES SAS NIT 900.457.690-9			
NOME LEADO:	DEISSY CAROLINA RINCON ROJAS		
C.C.O.I:	1.057.574.675		
CARGO:	SEMET SENIOR		
CAUSA DE LA LIQUIDACIÓN:	RENUNCIA		
FECHA TERMINACIÓN DE CONTRATO:	21-dic-17	SUELDO BÁSICO:	\$ 1.500.000
FECHA DE INICIO CONTRATO:	17-sep-15	SUBSIDIO DE TRANSPORTE OBLIGATORIO:	\$ -
TIEMPO TOTAL LABORADO:	815	BONO NO PRESTACIONAL- ALIMENTACION:	\$ 100.000
DIAS BASE PRESTACIONES:	351	BONO NO PRESTACIONAL- TRANSPORTE:	\$ 100.000
VACACIONES PENDINGES POR PAG:	441		
DETALLE LIQUIDACION			
DEVEGANDOS		PRESTACIONES SOCIALES	
SALARIO	\$ 1.050.000	PRIMA	(\$1.500.000*3)/360 \$ 37.500
AUXILIO DE TRANSPORTE	\$ -	CESANTIAS	(\$1.500.000*351)/360 \$ 1.462.500
BONO ALIMENTACION	\$ 70.000	INT CESANTIAS	(\$1.375.000*351*12)/360 \$ 171.113
BONO DE TRANSPORTE	\$ 70.000	VACACIONES POR PAGAR	(\$1.500.000*441)/720 \$ 918.750
TOTAL DEVEGANDO	\$ 1.190.000	TOTAL PRESTACIONES SOCIALES	\$ 2.589.863
DEDUCCIONES			
SALUD 4%	\$ 1.050.000	4%	\$ 42.000
PENSION 4%	\$ 1.050.000	4%	\$ 42.000
PRESTAMOS O ANTICIPOS	\$ -	0%	\$ -
VACACIONES PAGADAS	\$ -	0%	\$ -
		TOTAL DEDUCCIONES	\$ 84.000
VALOR LIQUIDACION TOTAL		\$	3.695.863
SON (TRES MILLONES VEINTISEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE)			
SE HACE CONSTAR:			
1. Que el patrono ha incorporado en la presente liquidación los importes correspondientes a salarios, horas extras, descansos compensatorios, cesantías, vacaciones, prima de servicios, auxilio de transporte, y en si, todo concepto relacionado con salarios, prestaciones o indemnizaciones causadas al quedar extinguido el contrato de trabajo.			
2. Ratifico que todos los descuentos que se me efectuaron contaron con mi aprobación expresa.			
3. Que con el pago del dinero anotado en la presente liquidación, queda transada cualquier diferencia relativa al contrato de trabajo extinguido, o a cualquier diferencia anterior. Por lo tanto, esta transacción tiene como efecto la terminación de las obligaciones provenientes de la relación laboral que existió entre BORNER SERVICES S.A.S y el trabajador, quienes declaran estar a paz y salvo por todo concepto.			
 DEISSY CAROLINA RINCON ROJAS C.C. 1.057.574.675		 BORNER SERVICES SAS NIT. 900.457.690-9	

Dicho documento, como se puede ver en efecto, cuenta con la firma de la actora y la sociedad demandada y en el mismo se reconoce un valor total de \$3.695.863 monto que fue aceptado por el representante legal de la demandada en la audiencia de conciliación que surtió el a quo en los términos del artículo 77 del C.P.T. y S.S.

Con este documento se acredita monto total que debió haber consignado la empresa demandada a la demandante cuando finalizó el contrato de trabajo, no

obstante, ello no sucedió y deben valorarse las razones expuestas por la enjuiciada para justificar el impago.

En este orden, observa la Sala que el representante legal de la demandada al absolver interrogatorio aceptó², a la demandante se le adeuda el pago de la liquidación, el motivo principal es por falta de dinero, la empresa tuvo una quiebra en el 2017, tanto así que de 50 a 40 puestos de trabajo se llegó a tener 3 o 4 personas, eso fue por una decisión de la DIAN ya que el área de cobranzas de dicha entidad embargó la cuenta y por tanto, los recursos de la empresa, adicionalmente, expuso la existencia de un problema jurídico con la entidad financiera Davivienda, siendo del caso solicitar una certificación bancaria, la cual no ha sido posible obtener con el fin de liberar la suma de 120 millones. Ratificó, por eso no ha pagado la liquidación y para poder cumplir con las obligaciones se llegó a un acuerdo con la DIAN.

Informó, durante la relación laboral se hizo una modificación y se le propuso terminar el contrato a la actora para seguir con un contrato de prestación de servicios, eso se hizo de buena fe, incluso, hubo cambio de instalaciones, fue por practicidad y por liberar temas administrativos porque la empresa no podía pagar todo la carga laboral, no se podía tener el costo de un trabajador y por eso se le propuso y hubo un cambio del contrato frente a otros trabajadores, la única que no aceptó fue Deisy, por lo cual ella renunció.

² *Interrogatorio de parte al RL (récord 01:35:31, archivo grabacionaudiencias.mp4): “a la fecha se le debe la liquidación, lo que conozco es que se le debe, el motivo principal es por falta de dinero, ella lo sabe, tuvo una quiebra en el 2017, tanto así que de 50 a 40 puestos de trabajo se llegó a tener 3 o 4, eso por una decisión de la DIAN y cobranzas embargó al cuenta y por tanto los recursos de la empresa, teniendo un problema jurídico con Davivienda, para eso se necesita una certificación bancaria, llevamos todo peleando por 120 millones, por eso no hemos pagado, necesitamos que se nos expida la certificación y no quieren hacerlo, por eso a la fecha pagamos un planta de pagos a la DIAN, teniendo en cuenta que debemos cumplir con todas las obligaciones, desconozco la vinculación ya que no era el representante legal, durante la relación laboral se hizo una modificación y se le propuso terminar el contrato para seguir con un contrato de prestación de servicios, eso lo hicimos así pero de buena fe nos sentamos y les explicamos la situación de la empresa, incluso hubo cambio de instalaciones, eso fue de buena fe, fue por practicidad y por liberar temas administrativos porque la empresa no podía pagar con todo eso, no se podía tener el costos de un trabajador y por eso se les propuso y hubo un cambio del contrato, la única que no aceptó fue Deisy, por lo cual ella renunció, ella comenzó siendo auxiliar contable en una empresa que se llamaba Trade como in house, no tuve ninguna queja de ella, ella pasó a ser parte del servicios de auditoría y terminó haciendo trabajos porque había estudiado eso, ella no estuvo de acuerdo con lo que le propusimos y ella decidió irse de la empresa, ella como profesional no tengo queja, ella fue la que decidió irse, no conozco la carta que presentó, desconozco porque la carta tiene el logo de Borner, si la pregunta va a que la obligamos a renunciar, indicamos que eso no fue así, hay testigos de eso, se les propuso que cambiaran el contrato a prestación de servicios y aceptaron, conozco a Lina Rodríguez, ella aceptó cambiar, ella ya no trabaja acá, no sé qué cuentas tenía que entregar al final, como todo contador dentro del código de ética tenía que entregar las cuentas”.*

Por otra parte, la testigo **LINA MARIA RODRIGUEZ³**, quien trabajó con la demandante informó que finalizó el contrato en enero de 2018, conociendo sobre el estado de liquidación de la empresa, sumado a que se perdieron varios clientes y la DIAN había embargado la empresa en la cuenta de Davivienda.

Como pruebas documentales adicionales, la Sala evidencia copia del contrato de trabajo, carta de renuncia de fecha 30 de noviembre de 2017, acta de compromiso No. CON_002-17-9 y pantallazos extraídos de la aplicación WhatsApp, sobre este último, 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.”.

Por lo anterior, las conversaciones o mensaje de datos se incorporaron a título de pruebas documentales, sin que se atentara el contenido de la Ley 527 de 1999, la cual regula lo atinente al uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y establece las entidades de certificación. Ahora, si bien se aportaron conversaciones sostenidas entre la demandante y el señor Jorge González con posterioridad a la fecha de terminación del contrato de trabajo (páginas 33 a 42, archivo 01 expediente digital.pdf), lo cierto es que los mismos son prueba del impago de los rubros adeudados a la demandante, situación que aceptó

³ **LINA MARIA RODRIGUEZ (Récord 1:56:56):** *“Trabajé en Borner, no recuerdo la fecha, yo era auxiliar contable, finalicé en enero de 2018, yo ingresé y ella estaba ahí, ella estuvo hasta noviembre de 2017, Deisy se encargaba en la parte de revisorías fiscales, yo manejaba nóminas y liquidaciones, ella terminó porque Borner decidió terminar los contratos para comenzar por servicio, ella no aceptó, desconozco si le pagaron a ella porque en diciembre y enero de 2017 trabajé por prestación de servicios, desconozco si a ella le deber aportes, la carta nos fue entregada por la empresa, diciendo que voluntariamente podíamos firmar diciendo que comenzábamos con un contrato de prestación de servicios, fuimos 3 personas citadas y recibimos la carta y la renuncia del contrato, la carta al recibimos por la empresa, firmamos la carta pero no se pagó la liquidación, esperaba que fuera más adelante pero no fue, ella terminó al relación laboral con Borner y ya, si conocí al liquidación de la empresa, la empresa perdió varios clientes y la DIAN había embargado la empresa en la cuenta de Davivienda”.*

el representante legal de la demandada al absolver interrogatorio, como ya se advirtió.

Además, realizado el análisis de los puntos atacados por el recurrente frente a la procedencia de la indemnización moratoria, logra concluir la Sala, el a quo no soportó su decisión para fulminar condena en los pantallazos de WhatsApp, pues en la parte considerativa analizó la conducta de la empresa relacionada con el embargo ordenado por la DIAN y ejecutado por Davivienda, según dicho del deponente, sin mencionar, se itera, los pantallazos como medio probatorio, los cuales, dan fe de la inexistencia del pago, no siendo objeto de análisis ya que la empresa reconoce la deuda.

Sumado a ello, debe señalarse, reconocida la deuda por la demandada, es claro que ésta, no allegó medio probatorio alguno; al menos a título ilustrativo, para que el administrador de justicia pudiera verificar cuándo acaeció la crisis financiera o, por lo menos, el embargo por parte de Davivienda y la cuantía embargada, con el fin de encausar la falta de pago y concluir que desde el 21 de diciembre de 2017 a la fecha (transcurridos 4 años y 2 meses), no se ha efectuado el pago por motivos ajenos a la empresa, sin que sea una conducta calificada como de mala fe, sin que sobre anotar que en todo caso el trabajador no debe soportar o padecer la crisis económica que eventualmente sufra el empleador al tenor del artículo 28 del C.S.T⁴.

También, no es de recibo para la Sala el argumento del recurrente dirigido a la obtención de pruebas de manera oficiosa ya que, la empresa demandada fue notificada en debida forma, conforme se constata en la providencia de fecha 29 de julio de 2021 (página 1 a 3, archivo 06), donde se plasmó que la parte actora remitió el auto admisorio al correo electrónico del 15 de diciembre de 2020 a la sociedad enjuiciada, surtiéndose así la notificación que contemplaba el Decreto 806 de 2020, vía electrónica, sociedad que pudo comparecer al proceso por medio de apoderado y exponer las causas que originaron la inexistencia de capital para cubrir las obligaciones laborales, entre esas, la concerniente a la demandante y ello no sucedió. En este punto, conviene indicar, no es obligación del juez como director del proceso hacer uso del decreto de pruebas de manera oficiosa con el fin de suplir la inactividad de alguna de las partes procesales.

⁴ ARTÍCULO 28. UTILIDADES Y PÉRDIDAS, *El trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su (empleador), pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas.*

Se insiste, la demandada tuvo la oportunidad de comparecer al proceso y exponer los hechos que originaron la conducta, sin que el a quo tenga la obligación de obtener las pruebas, pues si ello fuera así, no sería procedente la carga que impone el artículo 167 del C.G.P.

Finalmente, acertó el juzgador al no tener por soportado la conducta de buena fe de la empresa y fulminar condena por indemnización moratoria, pues no se arrió medio probatorio sobre su dicho, incumpliendo BORNER SERVICES S.A.S. el contenido del artículo 167 ibidem.

En esas circunstancias, procede el pago de la indemnización moratoria, de conformidad con lo previsto en el artículo 65 del C.S.T., liquidando la indemnización a la tasa máxima de créditos de libre asignación, certificados por la Superintendencia Financiera, esto, atendiendo que el contrato finalizó el 21 de septiembre de 2017 y la demanda se interpuso el 3 de agosto de 2020 (página 60, archivo 01), habiendo transcurridos más de 24 meses.

En los términos que anteceden, agotándose de esta manera la competencia de la Sala, por el estudio de los aspectos que la motivaron, habrá confirmarse la sentencia de primer grado en su integridad.

Sin COSTAS en esta instancia.

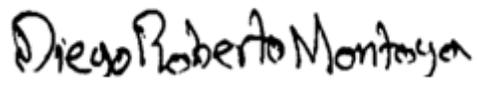
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

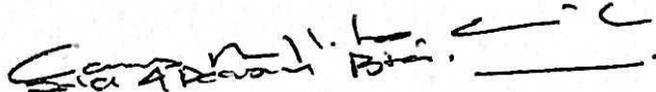
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

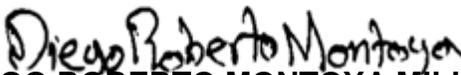
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HEBERT JULIO
MOLINA SALGUERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (RAD.
31 2022 00353 01).**

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 31 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 20 de febrero de 2023 (*Exp. Digital:*

archivo 19GrabacionAudienciaTramitePruebasFallo, récord: 55:49), en la que se resolvió:

*“DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen del demandante **HEBERT JULIO MOLINA SALGUERO** del tratado que realizó el régimen de prima media con prestación definida el régimen de ahorro individual con solidaridad, teniéndolo como válidamente afiliado en el régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**, como si nunca se hubiese trasladado.*

*CONDENAR a la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la totalidad de sumas de dinero que descontó de lo aportado por el demandante por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de pensión mínima y valores utilizados de seguros previsionales debidamente indexados.*

*CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la totalidad de sumas de dinero que recibió el demandante por concepto de aportes de capital ahorrado junto con sus rendimientos financieros, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, comisiones aportes al Fondo de Garantía de pensión mínima, valores utilizados en seguros previsionales.*

*CONDENAR a las demandadas **PORVENIR** y **PROTECCIÓN**, al pago de costas y agencias en derecho en cantidad de 200.000 pesos cada una de ellas, como quiera que la presente sentencia fue adversa a los intereses de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento en que la sentencia no sea apelada”.*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES¹ difiere de las consideraciones de la sentencia recurrida argumentando que no desconoce las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que se afilió el demandante, no obstante, arguye que la afiliación fue de manera libre, consciente y voluntaria, hecho que se ratifica con los años de afiliación en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Adicionó, al actor no le asiste el derecho de reintegrarse al régimen de prima media, en consideración a las prerrogativas de artículo 2º de la Ley 797 de 2003,

¹ *Apoderado de la parte demandada (Colpensiones - 57:36): “Sí señoría, de manera respetuosa, me permitió interponer recurso de apelación frente a la decisión proferida por este despacho en atención a establecer que la aquí mandante no le asiste el derecho de reintegrarse al régimen de prima media, por un lado en consideración a las prerrogativas de artículo 2 de la Ley 797 del año 2003, a encontrarse un margen de error para adquirir la categoría pensionado y asimismo de acuerdo que ha manifestado por la zona de interrogatorio de partes se observa que por un lado no se observan vicios del consentimiento (sic) afiliación al RAIS preste mérito para declarar su nulidad.*

Aunado a lo anterior, ruego al Tribunal Superior de Bogotá tener de presente que el aquí accionante, teniendo en consideración el margen de tiempo y que se ha encontrado plenamente vinculado al RAIS ha dejado una señal clara de su intención de permanecer en la cobertura de ese sistema con todo lo que ello implica y luciendo así todo campo de incertidumbre en cuanto al control y su afiliación inicialmente a PORVENIR y justamente las diferentes administradoras en las cuales ha estado adscrito, esto en atención a lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 413 del año 2018, en estos términos señoría dejo sustentado mi recurso, muchísimas gracias”.

al encontrarse en un margen de error para adquirir la categoría de pensionado y asimismo de acuerdo a lo expresado en el interrogatorio de parte, en el cual no se observan vicios del consentimiento en la afiliación al RAIS para declarar su nulidad.

Aunado a lo anterior, solicitó se tenga en consideración el margen de tiempo en el que ha estado vinculado el demandante al RAIS dejando una señal clara de su intención de permanecer en la cobertura de ese sistema con todo lo que ello implica, así como la afiliación inicialmente a PORVENIR y las diferentes administradoras en las cuales ha estado adscrito, en atención a lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 413 del año 2018.

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 92 del archivo 02Demanda expediente digital*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 90 y 91, ibidem*), aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado y afiliación del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual, administrado por PROTECCION S.A., como consecuencia, se ordene a la demandada PROTECCION S.A. a trasladar a COLPENSIONES todas las semanas cotizadas y rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual del afiliado HEBERT JULIO MOLINA SALGUERO desde el momento en que se produjo el cambio de régimen y hasta actualidad, declaraciones *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante HEBERT JULIO MOLINA SALGUERO teniéndolo como válidamente afiliado en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, como si nunca se hubiese trasladado. En consecuencia, se condenó a las demandadas PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de sumas de dinero que descontó de lo aportado por el demandante por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de pensión mínima y valores utilizados**

de seguros previsionales debidamente indexados, al pago de costas y agencias en derecho.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias que conlleva el cambio de régimen.

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 25 de abril de 1962 (*Página 68, Archivo 02Demanda expediente digital*), por lo que la edad de 62 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 10 de agosto de 2022 (*Páginas 16 y 18, Archivo 02Demanda expediente digital*), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos por parte de COLPENSIONES al momento de allegar la contestación, había cotizado al sistema **295,57** semanas (*Resumen de semanas cotizadas por empleador Páginas 54 a 64, Archivo 09ContestacionProtección*

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”.

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

Imagen semanas cotizadas:

SUBTOTALES											
HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / HORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / HORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
2069	295.57	0	0.00	0	0.00	3112	444.57	0	0.00	30	4.29
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 2069		SEMANAS: 295.57		DIAS: 3082		SEMANAS: 440.29					
El número de semanas se calculó con días calendario											

Empleadores según historia laboral (página 1, archivo expediente administrativo GRP-SCH-HL-66554443332211_2358-20220921025413):

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
1002300082	SIN NOMBRE	23/08/1982	31/07/1988	\$47.370	310,00	6,14	0,00	303,86
1002300082	TEXTILES LA ESMERALD	01/08/1988	31/12/1994	\$222.356	334,86	0,00	0,00	334,86
860013768	TEXTILES LA ESMERALD	01/02/1995	28/02/1995	\$219.000	0,00	0,00	0,00	0,00
860013768	TEXTILES LA ESMERALD	01/03/1995	30/04/1995	\$237.000	8,57	0,00	0,00	8,57
860013768	TEXTILES LA ESMERALD	01/05/1995	31/05/1995	\$235.000	4,29	0,00	0,00	4,29
860013768	TEXTILES LA ESMERALD	01/06/1995	30/06/1995	\$245.000	4,29	0,00	0,00	4,29
860013768	TEXTILES LA ESMERALD	01/07/1995	31/07/1995	\$236.000	4,29	0,00	0,00	4,29
860013768	TEXTILES LA ESMERALD	01/08/1995	31/08/1995	\$269.000	4,29	0,00	0,00	4,29
860013768	TEXTILES LA ESMERALD	01/09/1995	30/09/1995	\$308.000	4,29	0,00	0,00	4,29
89090308	FABRICA DE HILADOS Y	01/09/1995	30/09/1995	\$336.000	4,29	0,00	4,29	0,00
860013768	TEXTILES LA ESMERALD	01/10/1995	31/10/1995	\$304.000	4,29	0,00	0,00	4,29
860013768	TEXTILES LA ESMERALD	01/11/1995	30/11/1995	\$319.000	4,29	0,00	0,00	4,29
860013768	TEXTILES LA ESMERALD	01/12/1995	31/12/1995	\$484.000	4,29	0,00	0,00	4,29
860013768	TEXTILES LA ESMERALD	01/01/1996	31/01/1996	\$283.000	0,86	0,00	0,00	0,86
890311341	LISTOS LTDA	01/09/1996	30/09/1996	\$27.000	0,71	0,00	0,00	0,71
890311341	LISTOS LTDA	01/10/1996	31/10/1996	\$158.000	4,29	0,00	0,00	4,29
890311341	LISTOS LTDA	01/11/1996	30/11/1996	\$5.000	0,14	0,00	0,00	0,14
800205227	COLGESPU S A	01/01/1997	31/01/1997	\$144.000	3,14	0,00	0,00	3,14
800205227	COLGESPU S A	01/02/1997	28/02/1997	\$172.005	0,14	0,00	0,14	0,00
860071748	TEXTILES ROMANOS S A	01/02/1997	28/02/1997	\$110.000	2,00	0,00	0,00	2,00
890916883	MAMPOWER DE COLOMBIA	01/02/1999	28/02/1999	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:								692,71
[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO (INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"):								0,00

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el demandante 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 febrero de 1997** con

fecha de efectividad a partir del **1° de abril de 1997** (pág. 110, *Archivo 09ContestacionProtecciónS.A., expediente digital*), por afiliación que hiciera a Porvenir S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (CSJ SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

Frente a este aspecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

³ Al tema puede consultarse la sentencia CSJ SL2877 de 2020 y CSJ 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 esta litis de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…)”

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

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

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

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

(...)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su

“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.

ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(...).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información al accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en 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 demandante⁵, no acreditan que conociera las implicaciones de su

⁵ **Interrogatorio absuelto por el demandante (récord 11:54):** “Soy empleado de Covinoc, empresa de cobranzas, en el año 1998 en la empresa donde trabajaba cuadraron una reunión como de 490 personas y llegó un asesor del Fondo privado, habló maravillas del fondo y dijeron que el ISS no podía seguir pagando las pensiones, así la mayoría optamos por aceptar el traslado sin ninguna información adicional, nosotros preguntamos al asesor si de verdad era mejor el fondo privado que el oficial y decía que sí, la verdad no hubo mucho tiempo entonces no evacuó preguntas, hubo traslados antiguos con Santander, llegaban a ofrecer el traslado dentro del mismo régimen pero no me acuerdo más detalles, duré muchos años sin recibir extractos hasta hace 3 años en protección comencé a recibir, hace uno años traté de devolverme al ISS pero me había pasado la edad, eso se podía antes de cumplir la edad de pensión, hace como un año nos enviaron un correo que nos iban a llamar de conocería la pensión por parte de Covicon y ahí nos dijeron que para salir con 1 smmlv teníamos que tener como 250 millones de pesos y yo no alcanzaba, me dijeron que el fondo me completa, y ahí dije que si tengo 1800 semanas porque me tienen que ayudar, por eso miré la posibilidad de devolverme a Colpensiones, me trasladé en 1998 hace como 25 años, eso fue con el fondo que no existe Horizonte, algo así, fue una mujer la asesora, la afiliación con Santander hoy Protección en el 2011 fue porque me ofrecían un formulario, un esfero y uno firmaba y ya, el formulario uno lo firmaba y colocaba el nombre y dirección, yo no he actualizado los datos, solo una vez trabajador llegó un formulario de actualización y lo tramité, eso llegó al trabajo, no me ofrecieron alternativa para mirar la pensión, no me han informado o detallarme de cómo sería la pensión, lo que hicieron fue la reunión o actualización de datos, siempre en esos casos lo hacen en el sitio de trabajo porque a uno no le dan mucho tiempo, yo fui a una oficina antes de trasladarme de régimen, uno generalmente llenaba la firma y ya, por tiempo uno no leía, cuando me trasladé no me dijeron que era un bono pensional, lo que me dijeron es que en el ISS las semanas eran mayores, que la mesada en el fondo era mayor y más segura que en el ISS, nada más”.

traslado de régimen pues se limitó a indicar que en la empresa donde trabajaba cuadraron una reunión como de 49 personas y llegó un asesor del Fondo privado, quien habló maravillas del fondo y dijeron que el ISS no podía seguir pagando las pensiones, por ende, optó por aceptar el traslado sin ninguna información adicional, indicó que indagó con el asesor si de verdad era mejor el fondo privado que el oficial y le informaron que sí, no hubo mucho tiempo entonces no evacuó preguntas, llegaban a ofrecer el traslado dentro del mismo régimen, duró muchos años sin recibir extractos, trató de devolverse al ISS pero se había pasado de la edad, miró la posibilidad de devolverse a Colpensiones, la afiliación con Santander hoy Protección en el 2001 fue porque le ofrecían un formulario, un esfero y firmaba y ya, al formulario le colocaba el nombre y dirección, no le ofrecieron alternativa para mirar la pensión, no le informaron cómo sería la pensión, lo que hicieron fue la reunión o actualización de datos, siempre en esos casos lo hacen en el sitio de trabajo porque no le daban mucho tiempo, fue a una oficina antes a trasladarse de régimen, cuando se trasladó no le dijeron que era un bono pensional, lo que le dijeron es que en el ISS las semanas eran mayores, que la mesada en el fondo era mayor y más segura que en el ISS.

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que se refiere a la manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación, 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 las demandadas (Sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

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, mucho más cuando PORVENIR no compareció al proceso y se tuvo por no contestada la demanda.

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

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

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

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

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

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

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

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.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 1997, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (11 de febrero de 1997 con fecha de efectividad a partir del 1º de abril de 1997), el deber de información para con el promotor de este juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio

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

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

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP, en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual según se observa en el historial de vinculación, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR y PROTECCIÓN 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 por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades⁷, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará en su integridad la decisión de primer grado en este aspecto.

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:

“(…)

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

*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.**”*

De otra parte, 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.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁸, a favor de quien se surte la consulta (página 21 A 32, «10ContestacionColpensiones.pdf»), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

⁸ Se estudia la excepción a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 10 de octubre de 2022 («11InadmiteDemandaOrdenaVincular.pdf»).

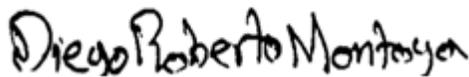
RESUELVE

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

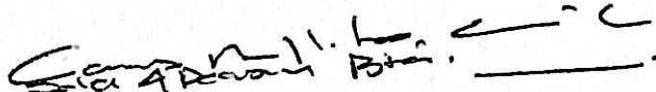
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARLOS JULIO VARGAS
CALLEJAS CONTRA BUZÓN DIGITAL LTDA. (RAD 32 2020 00034 02).**

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

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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta en favor de la parte demandante, de la sentencia proferida por la Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de septiembre de 2022 (Audio Archivo 26 expediente digital, récord: 32:10), en la que se resolvió:

***“PRIMERO. - DECLARAR** probadas las excepciones de inexistencia de los fundamentos de hecho en que se fundan las pretensiones de la demanda e improcedencia al pago de una indemnización al extremo demandante conforme a las consideraciones expuestas.*

***SEGUNDO. - ABSOLVER** a la demandada **BUZÓN DIGITAL LIMITADA** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por el demandante **CARLOS JULIO VARGAS CALLEJAS**.*

***TERCERO. - CONDENAR** en costas al demandante y a favor de la demanda tásese por secretaria incluyendo como agencias en Derecho, una suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente.*

CUARTO. - En caso de no ser apelada la presente decisión y al ser totalmente desfavorable al demandante REMÍTASE al superior en el grado jurisdiccional de CONSULTA.”

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 demandante, 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 en este ordinario, las pretensiones relacionadas en la página 12 del expediente digital (Archivo 01), las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados en las páginas 4 a 7 ibidem, aspirando se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 28 de marzo del 2005, el cual terminó por culpa exclusiva del empleador, en consecuencia solicita se condene a la accionada a pagar la suma de \$28.000.000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa establecida en el artículo 64 del C.S.T., intereses moratorios y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones,** en tanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones en su contra, tras considerar el juez de primer grado que no se encontraban probados los hechos aducidos en la carta de renuncia, esto es, los malos tratos recibidos por su empleador.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 28 de marzo del 2005 y el 4 de junio del 2019, en virtud del cual el actor en calidad de trabajador se desempeñó en el cargo de Jefe de Producción, hechos que se corroboran con las documentales de páginas 48 a 51, 55 y 56 (Archivo 1 expediente digital).

Así pues, el problema jurídico que corresponde a la Sala solventar, se centra en determinar si el contrato de trabajo que ató a las partes finiquitó por causas imputables al empleador y en esa medida, si hay lugar a imponer a cargo de la pasiva el pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T.

En ese orden, conviene memorar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., *“En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (...)*” por manera que, la terminación del contrato de trabajo corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en aquellos

casos en los cuales se incumpla, por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

Tratándose de la figura del **despido indirecto**, a la luz de lo previsto por el artículo 167 del C.G.P., cuando se aduce su ocurrencia, es al ex trabajador demandante, a quien corresponde acreditar la alegación y existencia de la conducta que invoca para dar por terminado el contrato de trabajo, con ocasión de un hecho atribuible a su empleador, para que el fallador valore si es constitutiva de justa causa, de lo contrario se estará en presencia de una renuncia voluntaria al mismo¹.

Igualmente, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador, caso en el cual los hechos o motivos aducidos deben ser alegados al momento de la terminación del vínculo, y estar contemplados como justa causa en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados al empleador *“con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos”*², ello en armonía con el parágrafo del literal b) del artículo 62 del C.S.T., que prescribe que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento*

¹ *Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia, diciembre 11 de 1980: “En el despido directo la contingencia del proceso es mayor para el patrono, que en la incertidumbre del litigio debe resolverse si el hecho imputable al trabajador constituye o no una causa justa y de identidad para la finalización unilateral del contrato, mientras que en el despido indirecto la contingencia procesal es mayor para el trabajador, debiendo decirse inversamente: Si el hecho imputado al patrono constituye o no una justa causa para la terminación del contrato, si tiene la gravedad requerida para ello y si se logró demostrar en el curso del litigio”(Negrilla de la Sala).*

² *Sentencia de Casación Laboral, Radicación No. 26521 del 4 de julio de 2006*

“(…) Sobre el tema del despido indirecto o auto despido resulta oportuno traer a colación la sentencia de esta Sala de 6 de abril de 2001, radicación número 13648, en la cual al resolver una controversia semejante a la que ahora ocupa su atención, dijo textualmente:

“... el auto despido o despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador.”

“En este caso, los hechos o motivos aducidos por el dimitente deben ser alegados al momento del rompimiento del vínculo contractual y estar contemplados como justa causa de terminación, en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados, además, al empleador con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos.”

de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”. (Nota: Declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-594 de 1997).

Bajo tal entendido, en la terminación del contrato por despido indirecto le corresponde al trabajador demostrar que los hechos generadores sí ocurrieron y que estos fueron comunicados al empleador en la carta de dimisión³, pero si este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es indiscutible que a él le corresponde el deber de probarlos⁴.

Así las cosas, procede la Sala a determinar si en autos se encuentra acreditada la alegación y existencia de una conducta que justifique la renuncia motivada del demandante, para ello debemos remitirnos en primer lugar a la misiva por medio de la cual el actor dio terminación al contrato de trabajo (pág. 49 Archivo 01 expediente digital), en la cual expresó:

Bogotá D.C., cuatro (4) de junio de 2019

SEÑORA
LUZ ADRIANA CARDENAS
GERENTE BUZON DIGITAL

REF. RENUNCIA

Por medio del presente escrito me permito presentar a usted, mi RENUNCIA en forma irrevocable al cargo de JEFE DE PRODUCCION para el cual fui contratado y que vengo desempeñando en la actualidad. Esto a partir del 04 de Junio de 2019.

Sobra señalar que me veo en la obligación de renunciar al cargo, debido a los malos tratos a que he sido sometido por parte de la Representante Legal de Buzón Digital Señora LUZ ADRIANA CARDENAS y el señor NELSON AREVALO, situación que me ha llevado a iniciar tratamiento psiquiátrico.

³ Al tema pueden consultarse las sentencias SL4691-2018, SL13681-2016, SL3288-2018, SL, 9 ago. 2011, rad. 41490, reiteradas en la SL417 de 2021.

⁴ SL 417 de 2021: “Antes de adentrarse la Sala en el análisis de los medios de convicción acusados en lo atinente a esta súplica, es pertinente recordar, lo que de antaño ha adocinado esta Corporación, en el sentido de que cuando el empleado termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, le corresponderá demostrar el despido, esto es, los motivos que indicó para imputarle dichas causales a su empleador. Pero sí este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él corresponde el deber de probarlos. Situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados (Sentencia del 22 de abril de 1993 radicado 5272)”

Dicha misiva fue remitida por correo electrónico a la encartada el 4 de junio del 2019 luzadrianacc@buzondigital.com.co (Pág. 48 Archivo 01 expediente digital), quien dio acuse de recibido al día siguiente como se puede ver de la siguiente imagen (pág. 50 ibidem)

22/10/2019

Correo: Carlos Julio Vargas Callejas - Outlook

Re: RENUNCIA

Nelson Arevalo <nelsonare@buzondigital.com.co>

Mie 5/06/2019 12:14 PM

Para: Carlos Julio Vargas Callejas <carlosvc16@hotmail.com>

CC: daj@backbonelaw.com <daj@backbonelaw.com>

1 archivos adjuntos (66 KB)

Acuse de recibo - Renuncia.pdf

Adjuntamos, carta de acuse de recibo a su renuncia.

Para la liquidación de sus acreencias laborales, dirigirse mañana jueves 6 de junio, a la oficina del Dr. Daniel Aristizabal Calle 81 No. 11 - 08 - Piso 6 a las 2:30 de la tarde.

Bogotá D.C, 5 de junio de 2019



Señor
CARLOS JULIO VARGAS CALLEJAS
Ciudad

Acusamos recibo de su comunicación de fecha cuatro (4) de junio de dos mil diecinueve (2019), por medio de la cual renuncia al cargo en el que se venía desempeñando.

Teniendo en cuenta su decisión y respetando la misma procederemos a liquidar las acreencias laborales a que tiene derecho en los términos legales, hasta el día de radicación de su carta de renuncia.

Sea ésta la ocasión para informarle que nos tomó por sorpresa su decisión y más aún los hechos aducidos en su misiva, ya que, por política de la Compañía y particularmente de aquellos que la representan, las relaciones al interior de la organización deben estar basadas en el respeto hacia los demás.

Es de manifestar que llama la atención el tratamiento psiquiátrico al que aduce está siendo sometido, toda vez que la Compañía no ha recibido ninguna información al respecto, así como tampoco ningún tipo de recomendación por parte de su médico general o tratante.

No obstante lo anterior, agradecemos su dedicación y le deseamos los mejores éxitos en su vida personal y profesional de aquí en adelante.

Cordialmente,

LUZ ADRIANA CARDENAS
BUZÓN DIGITAL LIMITADA
Representante Legal

Conforme lo anterior, las manifestaciones expuestas por el actor en la carta de renuncia, como motivantes para la terminación del vínculo en síntesis hacen referencia a que su decisión fue una consecuencia de su estado de salud que lo llevo a iniciar tratamiento psiquiátrico, “*debido a los malos trato a que he sido sometido por parte de la Representante Legal de Buzón Digital Señora LUZ ADRIANA CARDENAS y el señor NELSON AREVALO...*”

No obstante, lo anterior una vez realizado el análisis íntegro del material probatorio recaudado en autos, puede la Sala establecer que las razones en las cuales el demandante fundó su decisión de finalizar el vínculo, no se acreditaron y por el contrario, lo que se advierte de las probanzas es el cabal cumplimiento de las obligaciones a cargo de la empleadora, tal como a continuación se expone.

En primer lugar, de ninguno de los medios de prueba se puede inferir cuales fueron los malos tratos que recibió el promotor de la litis por parte de los señores LUZ ADRIANA CARDENAS y NELSON AREVALO, ni las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ello se generó, como tampoco que las patologías que aquejaban al actor fueron consecuencia de su actividad laboral al servicio de la pasiva, en tanto, el demandante no se ha sometido a una calificación para determinar si la misma tiene origen laboral, sumado a que si bien de las remisiones efectuadas por los médicos que lo trataron se aducen síntomas de estrés agudo claramente se anota “*por posible factor laboral*” (págs. 22 y 23 ibidem), es decir, no está comprobado ese hecho, igual sucede con lo descrito en la historia laboral aportada (págs. 24 a 47 ibidem) en donde se anotan tan solo las afirmaciones del accionante, en cuanto a que su dolores se asocian a una “*alta carga laboral*”, precisándose frente a este aspecto ni un solo medio de convicción se trajo a juicio del que se pudiera entrar analizar el volumen de trabajo que debía asumir diariamente el trabajador, ni el impacto de esta carga en la supuesta exacerbación de sus patologías, de modo que no hay forma de verificar la cantidad de tiempo requerido para la ejecución de sus funciones.

En todo caso, aunque hubiese adquirido la enfermedad que lo conllevó a un tratamiento psiquiátrico como consecuencia de su trabajo, esa sola circunstancia no configura una causal de terminación del vínculo jurídico como quiera que, sabido es, toda actividad laboral comporta un riesgo.

Por otro lado, de la testimonial decretada MIREYA TRUJILLO RODRIGUEZ⁵, LILIANA PATRICIA RINCÓN BELTRAN⁶, OSCAR JAVIER SANCHEZ RAMIREZ⁷ y MARIO GERMAN LÓPEZ PÉREZ⁸ nada se puede extraer frente a los motivos de dimisión del accionante, pues las dos primeras deponentes trabajaron para la accionada solo hasta el mes de febrero del 2019 siendo la renuncia del 4 de junio del 2019, y sus declaraciones se centraron en relatar que percibían al actor muy estresado ya que como Jefe de Producción tenía muchas responsabilidades y siempre se encontraba afanado y nervioso, comentando las citadas testigos que en febrero del 2019 el actor tuvo un desmayo que generó que lo tuvieran que llevar al médico de urgencias, no obstante frente al punto objeto de debate, es decir, los malos tratos alegados por el actor, nada mencionaron.

El señor Oscar Sánchez quien trabaja para la accionada y que se encontraba subordinado al demandante al ser se jefe durante 9 años, manifestó que jamás vio malas relaciones ni malos tratos hacia el actor y siempre notó con un aspecto normal al accionante, desconociendo algún tipo de enfermedad psicológica que pudiera padecer el demandante.

Y finalmente Mario German López, auditor y consultor de la pasiva, refirió haber conocido al demandante por ser el jefe de producción, comentando en su declaración, únicamente sobre un informe de auditoría de mayo del 2019 en la cual encontró un incumplimiento frente al tema de reciclaje de la demandada, respecto del cual era responsable el accionante, desconociendo los temas relacionados con los malos tratos alegados por el actor, indicando incluso que nunca vio que la señora Luz Adriana fuera grosera con aquel.

De este modo para la Sala de Decisión los motivos invocados en la carta de renuncia, esto es, los MALOS TRATOS a los que aduce el señor Carlos Julio Vargas fue expuesto por parte de LUZ ADRIANA CARDENAS y NELLSON AREVALO, no fueron debidamente probados al interior de este juicio, en tanto no existe prueba de los mismos, ni desde cuándo se presentan, ni como o porque se dieron, para así establecer si en efecto ocurrió ello, lo único que existe al respecto son la meras afirmaciones del actor que anota en el libelo (hechos Nos.

⁵ Audio archivo 25 expediente digital, récord: 7:17

⁶ Audio archivo 25 expediente digital, récord: 36:36

⁷ Audio archivo 25 expediente digital, récord: 1:26:16

⁸ Audio archivo 25 expediente digital, récord: 1:52:56

2, 7, 9 y 15 Archivo 1 expediente digital), sin que puedan tenerse en cuenta por esta Sala de decisión pues es claro que nadie puede fabricar su propia prueba.

Razones por las cuales, teniendo en cuenta el análisis del material probatorio relacionado en precedencia, en el que se concluyó la falta de prueba respecto de los malos tratos, puede la Sala establecer que las razones en las cuales el demandante fundó su decisión de finalizar el vínculo, no se acreditaron y por ende se ha de entender que su renuncia fue voluntaria.

Por lo expuesto, a juicio de esta Sala de decisión resulta acertada la decisión de la *a quo*, en cuanto a la absolución de la encartada frente a la pretensión de la indemnización de que trata el art. 64 del CST, pues se itera no se evidencian las causas motivantes de la terminación del vínculo, lo que conlleva a que se entienda que la decisión del demandante de finalizar el vínculo laboral que lo ataba a la encartada, fue libre y voluntaria.

De esta manera, agotada la competencia en esta instancia por el estudio del grado jurisdiccional de Consulta en favor del demandante, conforme las motivaciones precedentemente expuestas, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia.

SIN COSTAS en esta instancia.

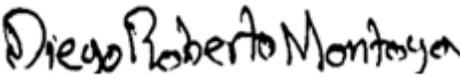
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

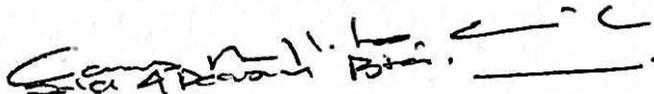
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA 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 MERCEDES SERRANO LOPEZ CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y como tercero ad excludendum RAFAEL ENRIQUE RAMÍREZ NOVOA (RAD. 33 2016 00632 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo 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 primero del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente:

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por la demandante y por el tercero *ad excludendum*, como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de estos, de la sentencia proferida por el Juez 1° Laboral Transitoria del Circuito de Bogotá el pasado 24 de junio del 2022 (Audiencia virtual Archivo 23 récord: 55:54), en la que se resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, propuesta por **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**, y la de inexistencia de los elementos para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes propuesta por **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS, S.A.** y el despacho se declara relevado de los demás medios exceptivos planteados por la parte pasiva.

SEGUNDO. - ABSOLVER a **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**, y a la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas por **MERCEDES SERRANO LÓPEZ** y el interviniente *ad excludendum* **RAFAEL ENRIQUE RAMÍREZ NOVOA**, conforme quedó explicado en la parte, motiva de esta decisión.

TERCERO. - COSTAS serán a cargo de la parte demandante y del interviniente *ad excludendum*, a favor de la parte demandada, fíjense, las agencias en derecho a prorrata en la suma de \$400.000, de conformidad con lo dispuesto en el acuerdo PSAA-1610554 de la Presidencia del Consejo Superior de la judicatura.

CUARTO. - por ser totalmente desfavorable la presente decisión a la parte demandante al interviniente ad excludendum y si esta decisión no es apelada, se dispone, consultarla ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del Código procesal laboral.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la señora MERCEDES SERRANO LÓPEZ apeló la decisión tras considerar que las pruebas aportadas no fueron valoradas en su totalidad pues la actora en su interrogatorio de parte fue muy clara al especificar que su hijo fallecido si bien no convivía con ella, la ayuda que le suministraba no era eventual sino permanente, en tanto los gastos que ella requería para su sobrevivencia eran suministrados por éste, tales como los servicios de salud y gastos de alimentación, lo cual también se ratifica con la prueba testimonial de donde se extrae la ayuda que mensualmente, a más tardar quincenal el hijo fallecido le suministraba.

Indica que, si bien la señora Mercedes Serrano manifestó que ella adelantaba algunas labores para solventar sus gastos, también adujo que la ganancia obtenida era mínima, por lo que se puede establecer que lo que le suministraba su hijo si era de relevancia y preponderante para su diario vivir, solicitando por ende se revoque la decisión (*Audiencia virtual Archivo 23 récord: 58:08'*)

¹ **APODERADA PARTE DEMANDANTE:** Su Señoría, muchas gracias, en efecto, y de conformidad con el artículo 66 del Código Procesal del trabajo y de la Seguridad Social, la parte que represento interpone recurso de apelación, contra la sentencia emitida por su Señoría, la cual dejó sustentada de manera somera de la siguiente manera.

Se aparta esta profesional del análisis hecho por el despacho, en su sentencia, obviamente y respetando tu criterio. No obstante, considera esta profesional que, en las pruebas aportadas al presente proceso, no fueron valoradas en su totalidad. En efecto, se aparta del criterio del despacho. ¿En qué sentido?

La demandante, en su interrogatorio de parte, fue muy clara al especificar que, si bien es cierto que su hijo Arnau (sic) fallecido y que en paz descansen, no convivía con ella en el municipio retirado de la ciudad de Bogotá, pues la ayuda que él suministraba no era de manera eventual como como se cómo se estableció, la demandante fue clara en en precisar que la ayuda que su hijo le suministraba, sí era de manera permanente, lo lo estipuló ella en su interrogatorio cada 8 días a más tardar, 15 su hijo acudía a al pueblo donde donde la señora madre vivía prestándole la ayuda.

Si bien es cierto y como el despacho lo lo lo establece la señora, no pagaba arriendo en su lugar de vivienda, los gastos que ella requería para su sobrevivencia sí eran suministrados por su hijo. Esto de los servicios de salud, esto es, los gastos de alimentación, esto es, la prueba testimonial también ratifica eh dicha situación la ayuda que mensualmente, a más tardar quincenal, su hijo suministraba, sea a sabiendas de la de la situación en que vivía, pues su señora, su señora progenitora.

También y obviamente no no, no hay que alejarnos eh de que previo a su fallecimiento, pues obviamente la señora Mercedes también lo manifestó en su interrogatorio. Ella sí adelantaba algunas eh labores que le pudieran ayudar a solventar sus gastos, pero pues también fue clara ella en en informar al al juzgado que los gastos que la ganancia que ella obtenía por dichas actividades pues era mínima. Así lo explicó y creo que el despacho bien puede establecer en su en las diligencias adelantadas, que las ganancias de 200 pesos a que era lo que le arrojaba la venta de una botella de leche, que las gallinas queda más la cantidad no superaban 10 gallinas, que eso no puede, eh no podemos, no podemos alejarnos de la realidad económica del país, no es mayor la ganancia que la que la señora obtenía, luego entonces podemos establecer que lo lo lo que se suministraba a su hijo, sí era de relevancia y preponderante para que la señora pudiera tener un un un un modo

Por su parte el apoderado del tercero *ad excludendum* RAFAEL ENRIQUE RAMÍREZ apela la decisión señalando que las pruebas documentales concretamente la investigación de Kronos son contundentes para demostrar y probar la convivencia con su hijo fallecido y la colaboración o ayuda mutua y por ende la dependencia económica, precisando con el deceso del hijo se le afectó su vida toda vez que no tenía en su momento un empleo estable y el de cujus le ayudaba a pagar el arriendo y con los gastos de alimentación.

Expresa los testigos Jennifer Rocha y Jonathan Fernando Vargas fueron muy contundentes al expresar lo que sabían y les constaba respecto a los hechos de la demanda ya que éstos iban al apartamento donde habitaban padre e hijo.

Así mismo indica, en el interrogatorio de parte éste manifiesta y es claro al señalar que la ayuda si bien fue mutua pues con el fallecimiento de su hijo se vio afectada su economía, solicitando por lo tanto se revoque el fallo y se concedan las pretensiones (*Audiencia virtual Archivo 23 récord: 1:02:36²*)

de vivir, pues de manera adecuada, por tal razón señora juez y atendiendo pues estos eh elementos que le estoy mencionando respetuosamente en solicito se conceda el recurso de apelación ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior, a fin de que dicho funcionario, pues revise la sentencia y dejando así pues sustentado el recurso interpuesto, señora juez, muchísimas gracias.

² **APODERADO INTERVINIENTE AD EXCLUDENDUM:** Gracias, señora Juez, entonces, pues interpongo el recurso de apelación, contra este fallo. Para que el Honorable Tribunal de Bogotá, Sala laboral revoque él mismo por considerar que no se tuvo en cuenta o no se hizo una valoración probatoria que llegare a darse las condiciones para que mi representado tenga derecho a la pensión de sobrevivientes y manifiesto esto en consideración a que, conforme a las pruebas allegadas al despacho como lo fueron las pruebas documentales, pues son contundentes y más este informe de investigación que hizo Cronos. Que fue un informe de investigación realizado por la demanda COLFONDOS en la que quedó demostrado y probado esta convivencia, de su hijo con su padre, está colaboración o ayuda mutua y está dependencia económica y, ¿por qué no decirlo? Claro, se le afectó su vida ~~al~~ al señor Padre, toda vez que pues este no, no tienen, no tenía en su momento un empleo estable, así lo manifesté y pues, se ayudaba en el sentido de que esté, le colaboraba a pagar el arriendo y a sustentar gastos de alimentación afectándose de esta forma lo que se llama la deficiencia económica, sí. Pues, téngase en cuenta que ya esta es una persona de la tercera edad que requiere de estas ayudas valoraciones que no tuvo en cuenta el despacho para proferir este fallo.

Así mismo, no sé tuvo en cuenta los testimonios o se tuvieron en cuenta, pero no se no se llegó a a esta, al convencimiento, pero sí quiero dejar sentado, que fueron unos testimonios muy contundentes, como el el testimonio de la señora Jennifer Rocha y Jonathan Fernando Vargas, testimonios que manifestaron, lo que sabía y les constaba respecto a los hechos, ya que estos iban a el apartamento donde habitaba, pues el hijo, con su padre, sí.

Asimismo, en el interrogatorio de parte absuelto por mi representado, este manifiesta y claro, lo dice; dice, sí ellos se ayudaba y era una ayuda mutua, no hay duda de eso, pero al dependerse de esa ayuda, el uno se sustenta el otro, pues con el fallecimiento de su hijo se ve afectada su economía, ¿Sí? se ve afectada su economía porque ~~ya~~ ya no puede, no está en condiciones de pagar un apartamento o ~~una~~ para tener una vida más digna ¿Sí? Entonces se le afectó este mínimo vital ¿Sí?, pues, considero señora juez, que no fueron, no tuvo la suficiente apreciación por parte de su Señoría estos testimonios, y reitero el informe de investigación, realizado por la misma demanda COLFONDOS, donde se manifestó que el padre, dependía económicamente de su hijo en algunos aspectos, no en todos, y esto pues considero, que pues nos lleva a concluir que de alguno u otro modo se ve afectada su economía y se vio afectado el mínimo vital de mi poderdante.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la señora MERCEDES SERRANO LÓPEZ, las pretensiones relacionadas en el archivo 01 del expediente digital página 5 del escrito de demanda, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a página 7 del mismo archivo, aspirando se reconozca, liquide y pague la pensión de sobrevivientes en calidad de madre del asegurado ARNOL ERNEY RAMÍREZ SERRANO a partir del 2 de junio del 2013, con los aumentos de ley, las mesadas adicionales de junio y diciembre, los intereses moratorios, la indexación o corrección monetaria sobre la primera mesada pensional y las costas procesales incluidas las agencias en derecho. **El interviniente ad excludendum formuló su demanda (Archivo 4 expediente digital págs. 2 y 3) en la que solicita** se declare es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, y en consecuencia se condene a Colfondos a pagar la pensión de sobrevivientes en su condición de padre del señor Arnol Erney Ramírez Serrano a partir del 2 de junio del 2013 junto con las mesadas de junio y diciembre, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación o corrección monetaria sobre la primera mesada pensional, costas y agencias en derecho. **Obteniendo ambos peticionarios sentencia desfavorable a sus aspiraciones** por cuanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que no se acreditó que los padres del Arnol Erney Ramírez dependieran económicamente de éste, señalando los testigos recaudados no acreditan los supuestos facticos aducidos por los progenitores en sus libelos.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el deceso del causante señor ARNOL ERNEY RAMÍREZ SERRANO, acaeció el 2 de junio del 2013 conforme al registro civil de defunción (página 25 Archivo 1 expediente digital), como tampoco que los señores MERCEDES SERRANO LOPEZ y RAFAEL ENRIQUE RAMÍREZ NOVOA ostentaban la calidad de progenitores del causante, circunstancia que además se constata con su registro civil de

Es por ello, que les pido al Honorable tribunal y cuando llegue este proceso allá, pues revoque el fallo y en su defecto y efecto le conceda las pretensiones, incoadas por el tercero llamado *ad excludendum*, gracias, señora juez. En estos términos dejó sustentado, mi recurso de apelación además si el honorable tribunal lo considera conveniente y pertinente que me notifique para ampliar mis alegatos. Gracias, señora juez.

nacimiento (página 23 ibidem).

Así pues, inicialmente ha de señalarse, por haber fallecido el afilado el 2 de junio del 2013, el asunto debe estudiarse bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003³ y en virtud el principio de consonancia, procede la Sala a resolver los motivos de inconformidad expuestos por los recurrentes.

En ese orden, en relación con la dependencia económica que debían ostentar los padres del de cujus, al tenor de lo consagrado en el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003: *“A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este”*. Sea lo primero precisar, la sentencia C-111 de 2006, declaró inexecutable la expresión “de forma total y absoluta”, aspecto sobre el cual ha tenido oportunidad de pronunciarse la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencia proferida dentro del radicado No. 31873, del 23 de enero de 2008⁴, en la cual se consideró textualmente que “...la

³ “Artículo 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

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

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
- 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 y se acrediten las siguientes condiciones:*

(...)

Artículo 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este; Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-111 de 2006”

⁴ “En este sentido vale anotar que la conclusión final del juzgador de segundo grado fue la atinente a que la ayuda suministrada por el señor José Rincón Zuluaga a su progenitora era determinante y por ello se cumplía el presupuesto de la dependencia económica, según la sentencia de esta Sala de 8 de abril de 2003, pues expuso que **la dependencia económica no es un aspecto absoluto, ya que la ayuda o el apoyo de los hijos hacia los padres puede ser parcial, sin perjuicio de que éstos se procuren algunos ingresos adicionales para su digna subsistencia, siempre que tales ingresos no se conviertan en autosuficientes.**

*Tales apreciaciones se ajustan a la jurisprudencia relacionada con el concepto de la dependencia económica, que no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacia sus progenitores sea parcial y complementaria a la de otros ingresos precarios, insuficientes para procurarse lo necesario para llevar una vida digna; de manera que **la dependencia económica no pugna con la existencia de otros auxilios económicos o de otra naturaleza que reciban los padres por parte de otras personas, que les permitan mejorar sus condiciones de vida, siempre que, como ya se anotó, no los convierta en autosuficientes económicamente.** Sobre el Tema la Corte reitero el criterio reseñado en sentencia de 7 de febrero de 2006, radicada con el número 25069, en la que se dijo, lo siguiente:*

“Quedó dicho que según el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, los padres son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes cuando dependían económicamente de él.

dependencia económica no es un aspecto absoluto, ya que la ayuda o el apoyo de los hijos hacia los padres puede ser parcial, sin perjuicio de que éstos se procuren algunos ingresos adicionales para su digna subsistencia, **siempre que tales ingresos no se conviertan en autosuficientes**". (Negrilla fuera del texto)

De conformidad con lo anterior habrá de determinarse si el causante prestaba apoyo o colaboración económica a sus padres y si estos carecían de ingresos propios que los hicieran económicamente autosuficientes a efecto de resolver la controversia traída a los estrados.

Al respecto, rindieron interrogatorio de parte MERCEDES SERRANO LÓPEZ⁵ y RAFAEL ENRIQUE RAMÍREZ NOVOA⁶, quienes expresaron:

*"La falta de una definición legal de la dependencia económica y la declaratoria de nulidad de la norma reglamentaria que pretendió hacerlo con antelación a la Ley 797 de 2003, determinó la necesidad de fijar su alcance por vía jurisprudencial. En esa labor interpretativa es evidente que mientras la sentencia de casación del 26 de septiembre de 2000 consideró que la dependencia debía ser total, **la del 19 de marzo de 2004 atenuó el rigor de ese concepto y le indicó al juez laboral que podía aceptar como dependencia económica aquellos casos en que el trabajador fallecido hubiere contribuido con otros a la subsistencia de sus padres.***

*"La actual orientación doctrinal de la Sala opta por el segundo de los criterios y por ello se impone acoger aquí lo expuesto entre otras, **en la sentencia del 30 de agosto de 2005, radicación 25919, en la que al reiterar el discernimiento expuesto en la sentencia del 8 de abril de 2003, radicación 19772, que es diferente al que adoptó el Tribunal, se explicó lo que a continuación se transcribe:***

"Le atribuye el recurrente al Tribunal la interpretación errónea del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al sentido que le concede a la dependencia económica como condición que deben reunir los padres, como miembros de grupo familiar del afiliado fallecido, para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

*"Para el Ad quem no se cumple el requisito de dependencia económica cuando el padre depende de dos hijos, aseveración que supone que ésta sea exclusiva, en clara oposición a lo que ha enseñado reiteradamente la Sala en el sentido de que **"la configuración de la dependencia a que alude la disposición legal no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacía sus progenitores sea parcial; es decir, la exigencia legal no supone que la dependencia económica sea absoluta porque bien puede ocurrir que los padres se procuren algunos ingresos adicionales para reunir los requeridos para una digna subsistencia"** (sentencia de 8 de abril de 2003, rad.19772).*

"Según la exégesis de la Sala la configuración de la dependencia a que alude la disposición legal no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacía sus progenitores sea parcial y complementaria a la de otros ingresos precarios, que por sí no basten para proveerse de lo necesario para llevar una vida digna; la dependencia económica del beneficiario, según ha sido concebida por la Corte, no riñe con emolumentos, ayudas o provechos para la subsistencia siempre y cuando éstos no los convierta en autosuficientes económicamente, situación que hace desaparecer la subordinación que predica la norma legal.

"Planteada la controversia jurídica en los anteriores términos, para la Sala es claro que le asiste razón al recurrente por cuanto las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que se denuncian como quebrantadas en modo alguno consagran que la dependencia económica de los padres frente a los hijos, que da lugar a la pensión de sobrevivientes, debe ser absoluta y total". (Resaltos de la Sala).

⁵ Audiencia 17 de febrero del 2022, récord: 1:06:51

⁶ Audiencia 17 de febrero del 2022, récord: 27:06

La señora MERCEDES SERRANO manifestó que su hijo fallecido vivía en Bogotá en el barrio Galán mientras ella en Apulo-Cundinamarca; no obstante, cada 8 o 15 días la visitaba, precisando su hijo le daba mercado y \$50.000, ya que el de cujus tenía muchas deudas, indicó no saber a cuánto ascendían los ingresos del fallecido.

El señor RAFAEL RAMÍREZ aseguró haber trabajado como conductor hasta el 5 de mayo del 2013, manifestando haber vivido con su hijo fallecido en el barrio Galán con quien compartía los gastos mientras tuvo trabajo, precisó que vivían en arriendo, pero desconoce cuáles eran los ingresos y deudas de su hijo, comentó que si bien vivía con el de cujus no era continuo pues afirmó que él -Rafael Ramírez- era muy “*andariego*”, igualmente refirió que cada uno respondía por sus gastos.

De otra parte, se recibieron los siguientes testimonios:

ARMANDO MOLINA DÍAZ⁷ conoce a la señora Mercedes Serrano hace más de 30 años porque son cuñados, razón por la cual conoció a su hijo Arnol Erney Ramírez (q.e.p.d), manifestando que éste vivía en Bogotá, pero iba al municipio de Apulo cada 8 días a visitar a su mamá quien siempre se ha dedicado al hogar y para su sustento vendía huevos y leche, expresa que el fallecido le ayudaba económicamente para la comida y citas médicas, pero no sabe a cuánto ascendía esa ayuda, afirmando ello le consta por cuanto la propia Mercedes Serrano y Arnold Erney Ramírez (q.e.p.d.) se lo comentaban.

ROSALBINA CONTRERAS PARRA⁸ amiga de la demandante Mercedes Serrano hace 40 años aproximadamente en el municipio de Apulo, manifestó que la actora tuvo un hijo llamado Arnol Erney quien falleció en junio del 2013, el cual si bien vivía en Bogotá la visitaba con frecuencia en Apulo, comentando que la propia Mercedes era quien le decía que su hijo fallecido era quien le hacía el mercado, le compraba la medicina y le ayuda con los transportes para las citas médicas, desconociendo ella cuanto devengaba el de cujus y los gastos de la familia, ya que todo lo que sabe fue por comentarios de la propia accionante.

⁷ Archivo 18-Audiencia 31 de marzo del 2022 récord: 11:12

⁸ Archivo 18-Audiencia 31 de marzo del 2022 récord: 35:47

JHONATHAN FERNANDO VARGAS RAMÍREZ⁹ Ingeniero de Telecomunicaciones conoció a Rafael Enrique Ramírez porque fueron vecinos en el barrio la Victoria de Bogotá y entablaron una muy buena amistad, refiriendo para el año 2013 éste vivía con su hijo Arnol Erney (q.e.p.d.) en el barrio Galán, lo cual sabe porque fue 2 o 3 veces a visitarlos y almorzar con ellos, comentando que éstos vivían en un apartamento en arriendo, no sabe cuanto era el salario del fallecido ni los gastos que tenían con su padre, deduce que compartían gastos (arriendo y comida) y desconoce como se los distribuían, ya que no conoce cuales eran los ingresos de cada uno.

JENNIFER ROCHA CHOQUE¹⁰ esposa de uno de los hijos del señor Rafael Enrique Ramírez Novoa (llamado Yonatan Alexander Ramírez Bedoya) conoció al de cujus Arnol Erney Ramírez Serrano en el barrio Caracolí de la ciudad de Bogotá donde vivía con el papá (Rafael Ramírez) indicando que fue 2 veces a visitarlos a la casa del Galán donde habitaban para el año 2013, manifestó conocer que el fallecido trabajaba en una empresa de mensajería y su papá también laboraba, expresa que los gastos eran compartidos pero no sabe cuánto devengaba cada uno.

HELENA PATRICIA TORRES ROSARIO¹¹ vecina de Mercedes Serrano en Apulo señaló que Arnol Erney Ramírez hijo fallecido de su amiga lo visitaba con frecuencia los fines de semana, le ayudaba económicamente, le pagaba el mercado y el seguro médico, igualmente afirmó que la demandante vendió pollos de galpón durante aproximadamente 1 año -2012/2013-, no obstante, no indicó el porqué de tales dichos.

De otro lado obra el INFORME FINAL rendido por la firma KRONOS INVESTIGACIÓN y CONSULTORÍA LTDA. (págs. 415 a 433 Archivo 1 expediente digital de donde se extraen las siguientes conclusiones:

COMENTARIOS

De acuerdo a la investigación adelantada, ponemos en consideración de la compañía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. los anteriores aspectos, en los cuales se puede determinar qué:

- Que según lo manifestado por la señora Mercedes Serrano López (Madre del afiliado fallecido) el afiliado se encontraba residiendo solo en la ciudad de Bogotá: *“Mi hijo Arnol hace 10 años se vino de Apulo a vivir a Bogotá por motivo de buscar trabajo”*; *“Vivía solo pagando un arriendo”*.

⁹ Archivo 18-Audiencia 31 de marzo del 2022 récord: 53:40

¹⁰ Archivo 18-Audiencia 31 de marzo del 2022 récord: 1:10:40

¹¹ Archivo 18-Audiencia 31 de marzo del 2022 récord: 1:10:40

- Que la señora Mercedes Serrano López (Madre del afiliado fallecido), se encuentra residiendo en la Calle 21 N°5-61 Barrio Agronómica, en compañía del señor Carlos Alberto Cruz Rodríguez (Compañero) y Bernardo Díaz (Hermano del afiliado fallecido).
- Que según lo manifestado por el señor Rafael Enrique Ramírez Novoa (Padre del afiliado fallecido) el afiliado se encontraba residiendo con él desde hacía 1 año.
- Que según lo manifestado por la señora Mercedes Serrano López (Madre del afiliado fallecido), la responsabilidad económica de la familia era asumida por el afiliado fallecido en un 5.84% que corresponde a \$50.000 pesos mensuales, por la señora Mercedes Serrano López (Madre del afiliado fallecido) en un 23.41% que corresponde a \$200.000 pesos mensuales y por el señor Carlos Alberto Cruz Rodríguez (Compañero de la reclamante) en un 51.63% que corresponde a \$441.000 pesos mensuales.
- Que según lo manifestado por la señora Mercedes Serrano López (Madre del afiliado fallecido), el afiliado tenía gastos propios en su lugar de residencia por valor de \$1.298.000 pesos correspondientes al pago de arriendo, servicios, vestuario, mercado, tarjetas, préstamo de moto, embargo salario y mamá.
- Que según lo manifestado por el señor Rafael Enrique Ramírez Novoa (Padre del afiliado fallecido), la responsabilidad económica de la familia era asumida por el afiliado fallecido en un 63.16% que corresponde a \$1.083.000 pesos mensuales y por el señor Rafael Enrique Ramírez Novoa (Padre del afiliado fallecido) en un 36.84% que corresponde a \$620.000 pesos mensuales.
- Que según lo manifestado por el señor Rafael Enrique Ramírez Novoa (Padre del afiliado fallecido), el afiliado tenía gastos propios en su lugar de residencia por valor de \$1.063.000 pesos correspondientes al pago de celular, servicios, vestuario, préstamos, transporte, entretenimiento y alimentación.
- Para el momento del fallecimiento el afiliado se encontraba laborando para la Transportadora Comercia Colombiana S.A, desempeñando el cargo de Estibador, devengando un salario de \$1.112.697 pesos.
- Que según lo manifestado por la señora Mercedes Serrano López (Madre del afiliado fallecido), no dependía económicamente de su hijo al momento del fallecimiento y que el aporte que recibía del afiliado era utilizado en: *"Me colaboraba con 50.000 motivo por sus deudas no alcanzaba para más gastos"*.
- Que según lo manifestado por el señor Rafael Enrique Ramírez Novoa (Padre del afiliado fallecido), no dependía económicamente de su hijo al momento del y que el aporte que recibía del afiliado era utilizado en: *"El me colaboraba para los Gastos del hogar"*.
- Que el afiliado reportaba como beneficiaria en salud a la señora Mercedes Serrano López, madre, desde el 19 de mayo de 2011

Así las cosas, de lo hasta aquí expuesto, sin que sea necesario acudir a otros medios de prueba, se advierte una vez valoradas las mismas bajo las reglas de la sana 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, la primera conclusión a la que puede llegar esta Sala de decisión es que con lo dicho por los señores MERCEDES SERRANO LÓPEZ y RAFAEL RAMÍREZ NOVOA en el interrogatorio de parte rendido, tan solo se puede acreditar que la ayuda que el de cujus les daba, correspondía a la regular y simple colaboración de un buen hijo hacia sus padres y no era determinante para el sostenimiento de éstos, y en todo caso no quedó demostrado a cuanto ascendía por ejemplo el mercado y/o servicios públicos de cada uno de sus padres que fuera el necesario y suficiente para solventar las necesidades básicas y mínimas del hogar, nótese que incluso el señor RAFAEL RAMÍREZ expresó que si bien vivían juntos esa convivencia no era continua y que en todo caso los gastos eran asumidos por cada uno de manera independiente, del mismo modo la señora MERCEDES SERRANO adujo que su hijo fallecido tan solo le podía ayudar con \$50.000 cada vez que la iba a visitar, dado que el de cujus tenía muchas deudas.

Por otro lado, téngase en cuenta que los testigos traídos a juicio, no acreditan en manera alguna la ayuda económica del de cujus hacia sus padres, pues todos son testigos de oídas, a ninguno les consta dicha dependencia económica, además lo expresado en sus declaraciones deriva de los comentarios de los propios accionantes, sumado a que no narraron las circunstancias de tiempo, modo y lugar de sus dichos, sin que pueda acreditarse el citado requisito con tan solo 2 visitas que efectuaron, por ejemplo los testigos Jonathan Vargas y Jennifer Rocha al lugar de vivienda del señor Rafael Ramírez y de su hijo fallecido, pues como bien refieren solo fueron almorzar y deducen que compartían gastos pero no lo saben a ciencia cierta, por lo que ninguna credibilidad se les puede otorgar dado que no percibieron de manera directa si el señor ARNOL ERNEY RAMÍREZ SERRANO (q.e.p.d.) ayudaba o no a sus padres económicamente.

En este orden de ideas, la prueba tendiente a demostrar la dependencia económica fue precaria y en todo caso **solo en gracia de la discusión** de atender las manifestaciones de las deponentes en relación con la ayuda económica del causante hacia sus progenitores, tan solo se lograría establecer que la misma correspondía a la regular y simple colaboración de un buen hijo hacia sus padres,

sin que se pueda entender que tal ayuda era determinante para su sostenimiento, pues como ya se dijo no quedó demostrado cuál era la cantidad de dinero necesaria y suficiente para solventar las necesidades básicas y mínimas de éstos.

Razones por las cuales contrario a lo considerado por ambos recurrentes en su alzada no puede afirmarse que los demandantes dependieran económicamente de su hijo fallecido, pues si bien puede que en el caso de la señora MERCEDES SERRANO estuviera afiliada al sistema de salud como beneficiaria del de *de cuius* (ver pág. 476 archivo 1 expediente digital), ello apenas genera un indicio de la dependencia económica que no puede ser la prueba definitiva de tal requisito, por lo que puede concluirse, no se cumple el requisito de dependencia económica exigido por la normativa citada al inicio de éste proveído para acceder al derecho deprecado, iterándose la colaboración brindada por el afiliado fallecido no era de tal talante que tuviera una connotación relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de sus progenitores, y por ende que le adjudicara la virtualidad de configurar la subordinación económica respecto del causante.

Téngase en cuenta que ni tan siquiera se acreditó que los ingresos que obtenían los padres de otras fuentes, fueran esporádicos, aleatorios o accidentales y que por ende dependieran del mercado que hiciera su hijo y que éste fuera el único que solventara el pago de los servicios públicos y/o canon de arrendamiento, precisando ésta Corporación es claro que no cualquier contribución hecha por un hijo a sus padres, tiene la virtud de hacerlos beneficiarios de la prestación pensional, en tanto se debe acreditar que el dinero que perciben no les alcanza a cubrir los gastos de su propia vida.

Así las cosas, esta Sala de decisión concluye conforme al debate jurídico llevado a cabo en estas diligencias, la ayuda económica del *de cuius* hacia sus padres no tuvo la virtud de ser un verdadero sustento económico con el cual se solventarán en gran parte las necesidades de la familia.

Sobre este punto, tiene sentado la Corte Suprema de Justicia, que la dependencia económica debe determinarse de acuerdo a las circunstancias presentadas en cada caso en particular, como así lo señaló la H. Corte Suprema de Justicia Sala

Laboral en sentencia SL8406 del 1º de julio de 2015¹², e igualmente en proveído SL3173 del 2021 expresó:

“...la Corte ha indicado los presupuestos que deben darse, para que se pueda predicar la dependencia económica de los padres respecto del hijo fallecido, y en tal virtud ser beneficiarios de la prestación pensional de sobrevivencia. Así en sentencia CSJ SL 2490-2019 que reitero la SL14923-2014, se dijo:

*En tales términos, aunque no debe ser total y absoluta, en todo caso, **debe existir un grado cierto de dependencia**, que la Corte ha identificado a partir de dos condiciones: i) una falta de autosuficiencia económica, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; ii) y una relación de subordinación económica, respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y ve afectado su mínimo vital en un grado significativo.”*

En los anteriores términos, es claro para esta Sala de Decisión que la ayuda brindada por el señor ELMER HAIR AVELLANEDA CELY (q.e.p.d) a sus progenitores, correspondía a la regular y simple colaboración de un buen hijo hacia sus padres, la cual no implicaba la dependencia económica, ni siquiera parcial.

Por todo lo anterior, se concluye la orfandad probatoria por parte de los señores MERCEDES SERRANO y RAFAEL RAMIREZ dirigida acreditar la dependencia económica, no encontrándose demostrado por tanto el supuesto de hecho sobre el cual se fundan sus pretensiones, destacando en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tenía interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones era los mismos progenitores del causante, los cuales quedaron expuestos a lo que Carnelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*".

¹² *“... la dependencia económica es una situación que debe ser definida en cada caso particular y concreto, en tanto que si los ingresos que perciben los progenitores de otras fuentes, son suficientes para satisfacer las necesidades relativas a su sostenimiento, no se configura el presupuesto que exige la norma para poder acceder a la prestación económica objeto de debate. De ahí que sí resulte necesario establecer, no solo en qué consistía y sino a cuánto ascendía la ayuda o el aporte que hacía el causante en vida, para en perspectiva de esa situación poder determinar si era significativa e importante, ya que no es suficiente la regular y simple colaboración de un buen hijo a sus padres para poder predicar la dependencia económica exigida.*

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

Así las cosas, al no acreditarse el requisito de dependencia económica, no se cumplen los presupuestos para la procedencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes anhelado, y en ese orden se debe confirmar la sentencia de primera instancia, en cuanto absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, agotándose de esta manera antes esta instancia el estudio de los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta respecto de MERCEDES SERRANO LÓPEZ y RAFAEL RAMÍREZ NOVOA.

COSTAS en esta instancia a cargo del MERCEDES SERRANO LÓPEZ y RAFAEL RAMÍREZ NOVOA.

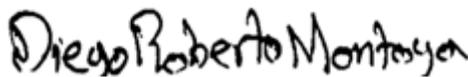
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

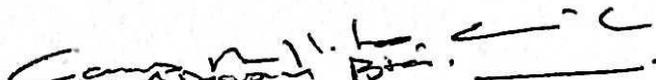
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado de primera instancia, de conformidad con lo considerado.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de MERCEDES SERRANO LÓPEZ y RAFAEL RAMÍREZ NOVOA.

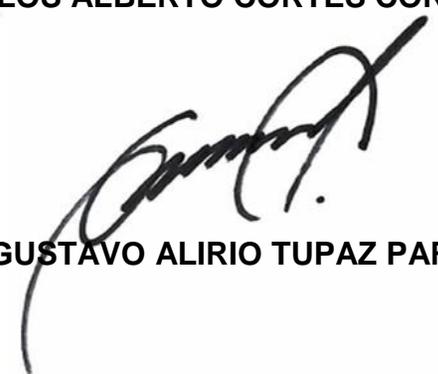
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

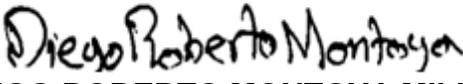


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000 a cargo de cada uno, 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**

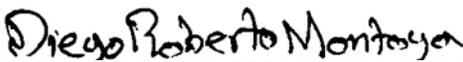
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LILIANA ARDILA LÓPEZ
CONTRA COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. (33 2018 00547
01).**

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado HENRY DARIO MACHADO como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el 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 SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 21 de septiembre de 2022 (Exp. Digital: «15. Audiencia», récord: 1:15:10), en la que se resolvió:

«PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y con esto la afiliación realizada a **LILIANA ARDILA LÓPEZ** identificada con cédula de ciudadanía 5.1640.402 efectuada el 25 agosto 1998 por la **AFP PROTECCIÓN**.

SEGUNDO. - DECLARAR que **LILIANA ARDILA LÓPEZ**, se encuentra actualmente afiliada de manera efectiva al régimen de ahorro individual con solidaridad, perdón, al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**.

TERCERO. - ORDENAR a **OLD MUTUAL SKANDIA**, fondo de pensiones en la que se encuentra actualmente afiliada la demandante a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de Leonardo Iván López a **COLPENSIONES**, junto con interés de rendimientos, bonos pensionales a que haya lugar.

CUARTO. - ORDENAR a **COLPENSIONES** a recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de **LILIANA ARDILA LÓPEZ** al régimen de prima media con prestación definida e integrar en su totalidad la historia de la laboral de la demandante.

QUINTO. - ORDENAR a **OLD MUTUAL SKANDIA** a trasladar los dineros recibidos por cuotas de administración al régimen de prima media con prestación definida administrada por **COLPENSIONES**, durante el tiempo en el que estuvo afiliada la demandante de manera proporcional a cada una de ellas

SEXTO. - DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandas conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SÉPTIMO. - COSTAS de esta instancia quedan a cargo de **OLD MUTUAL SKANDIA** y **PROTECCIÓN** como agencias en derecho se fijan cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes dos salarios mínimos a cargo de cada una en favor de la demandante sin costas para **COLPENSIONES**.».

Inconforme con la decisión el apoderado de COLPENSIONES la apeló¹ manifestando, al momento de declararse la ineficacia del traslado, la misma se

¹ **APODERADO DEMANDADA (COLPENSIONES) (1:22:37):** “Muchas gracias señor juez, estando dentro de la oportunidad legal, me permito interponer recurso parcial de apelación en contra de los numerales primero, segundo y cuarto ante el honorable Tribunal de Bogotá en su sala laboral en contra de esta decisión que se acaba de proferir manifestando pues a los honorables magistrados mi reproche en cuanto a que al momento pues de la decisión de declararse esa ineficacia del traslado pues es la misma se fundamentó en esa falta del deber de información que pues según tenía la AFP PROTECCIÓN, al momento esa suscripción del formulario de afiliación, pues pasándose por alto que pues para ese año 1998 la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993 en la cual pues esa aceptación espontánea libre, expresa e informada del afiliado para trasladarse de régimen se ha manifestado a través de la firma de ese formulario de afiliación en el cual el presente asunto se dio a plenitud, también vemos en cuanto al tema de la carga de la prueba en el sentido de que recae única y exclusivamente en encabeza de la AFP y al transpolar pues lo señalado por la Corte en esas sentencias referidas pues tenemos que ese tipo de decisiones hasta el año 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con ese consentimiento de tener el formulario de afiliación para probar ese conocimiento y de sentimiento del afiliado respecto a su traslado, por cuanto pues esas leyes que surgieron entre el año 94 y 2016 no exigía nada diferente a ese documento de afiliación donde costaba esa plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual.

Es por esto que, imponerles cargas adicionales a las previstas en esas leyes de la época constituye una situación de carácter imposible de igual forma pues, se evidencia una interpretación errónea del artículo 1604 del Código Civil pues la Corte Suprema dentro de esa jurisprudencia objeto de análisis invierte de manera racional y no ponderada la carga de la prueba suscitando que esa responsabilidad en cabeza de los fondos pues se convierta en objetiva, toda vez que no exige pues a la demandante portal soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en la AFP demanda, sin que exista ese menor esfuerzo procesal en cabeza del aquí demandante.

fundamentó en la falta del deber de información que tenía la **AFP PROTECCIÓN**, al momento la suscripción del formulario de afiliación, pasándose por alto que para el año 1998 la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993 en la cual esa aceptación espontánea libre, expresa e informada del afiliado para trasladarse de régimen se ha manifestado a través de la firma del formulario de afiliación, dándose en el presente asunto a plenitud. Agregó, la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza de la AFP y al aplicar lo señalado por la Corte ese tipo de decisiones hasta el año 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con ese consentimiento de tener el formulario de afiliación para probar el conocimiento

En este punto, pues vemos que el señor juez en sus consideraciones, nos dice que en su interrogatorio de parte pues la demandante no hace ninguna confesión en cuanto a en torno a de haber recibido esa información necesaria, que no se refirió a esa asesoría pues que se le brindó en ese oportunidad, sin embargo pues en los hechos de la demanda pues claramente se puede observar que manifiestan haber recibido esa información necesaria hechos que fueron plasmados 20 años después eh, lo que si observamos también es un formulario de afiliación donde pues con su firma acredita haber recibido esa información necesaria para su traslado de régimen, documento que pues no fue tachado de falso en ningún momento al contrario pues la demandante ratificó haberlo firmado en su oportunidad eh y que pues tampoco se observa alguna ausencia de los requisitos legales para darle plena validez a ese documento que pues acredita ese acto de afiliación al RAIS, en este punto pues debe resaltarse que pues para ese año 1998 solo se exigía ese formulario de afiliación para acreditar que se brindó la información a la demandante, no sé exigía documento distinto pues para acreditar que se recibió esa información pues aquí entonces nos preguntamos cuál es ese documento para el año 1998 que se necesitaba para demostrar que se brindó la información a la demandante en que norma está consignado a parte de ese formulario de afiliación y es que pues ese era el documento, el formulario en el documento idóneo para pues acreditar que la demandante recibió información necesaria para el traslado de régimen por lo cual pues entonces podría decirse que pues la AFP PROTECCIÓN cumplió con esa carga de la prueba al aportar dicho formulario debidamente firmado y con los requisitos de ley para acreditar pues la misma. Entonces, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento de ese traslado régimen pues esta exigencia desvirtúa ese principio de confianza legítima y además pues el principio de legalidad y el debido proceso que no consiste solamente en esa posibilidad de defensa o en oportunidad para interponer algún recurso, sino que si además como lo expresa el art 29 de la Constitución ese ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga y sí que tenemos que exactos pues de 1998 pues debe haberse jugado con las leyes de esa época eh, pues entonces ese juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas en no existentes no tiene justificación jurídica y viola gravemente el debido proceso de COLPENSIONES quien sin haber participado en ese trámite de traslado es quien debe afrontar una posible carga de la prestación a favor de la demandante en base a que no se tuvo en cuenta al momento de proferir la sentencia esa tal importancia del principio de la relatividad jurídica, en torno a que COLPENSIONES, pues en este asunto es un tercero y es de recordar que los actos jurídicos en principio solo deben tener efectos inter partes y esas consecuencias que se deriven de la celebración de los mismos solo debe repercutir sobre la las partes involucradas por lo cual pues la entidad que represento de ninguna manera podría ser favorecida pero mucho menos perjudicada por ese contrato que se celebró entre la demandante y AFP PROTECCIÓN en el año 1998.

Por otra parte, pues debe precisarse que esas características, condiciones y modalidades pensionales propias de este régimen están consignadas en los artículos 59 y siguientes de la ley 100 de 1993 norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por lo tanto pues no es dable alegar pues esa ignorancia de la ley donde están consignadas esas modalidades características eh y condiciones de esos regímenes pensionales a voces pues de atribuir la responsabilidad solamente a la AFP, dicho pues todo lo anterior pongo en consideración de los Honorables Magistrados, que en este asunto pues el accionante ha permanecido en RAIS por más de 23 años por lo cual pues la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES resulta lesionada con esa decisión adoptada en cuanto a la afectación equilibrio y sostenibilidad del sistema financiero pues que administra consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política adicionada además por el artículo 01 del acto legislativo 01 de 2005, donde se reitera pues que esa prohibición del artículo segundo de la ley 797 del 2003 pues, tiene una razón de ser y pues lo que quiso el legislador es proteger al fondo pues que administra mi representada en torno a que pues permitir que personas como la aquí demandante, que llevan por fuera del sistema tanto tiempo pues retornen y pues quieren pensionarse con este régimen pues obviamente genera un desequilibrio en la sostenibilidad pues financiera del sistema y que pueden llegar un momento a colapsarlo, teniendo en cuenta que incluso en estos momentos pues el régimen que administra mi representada y esas digamos cotizaciones que recibe ni siquiera son suficiente después para pagar las cuotas de pensiones que tienen en estos momentos a su cargo.

del afiliado respecto a su traslado, por cuanto esas leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigía nada diferente a ese documento de afiliación donde constaba esa plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual.

Añadió, es por esto que, imponerles cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época constituye una situación de carácter imposible, evidenciándose una interpretación errónea del artículo 1604 del Código Civil pues la Corte Suprema dentro de esa jurisprudencia, objeto de análisis, invierte de manera racional y no ponderada la carga de la prueba suscitando que esa responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige a la demandante soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, recayendo la carga probatoria exclusivamente en la AFP demandada, sin que exista ese menor esfuerzo procesal en cabeza de la aquí demandante.

En este punto aclaró, la demandante no hace ninguna confesión en cuanto a haber recibido esa información necesaria, no se refirió a la asesoría que se le brindó en esa oportunidad, sin embargo, en los hechos de la demanda claramente se puede observar que manifestó no recibir esa información necesaria, fundamentos que fueron plasmados 20 años después, sumado a ello, trajo a colación, en el formulario de afiliación con la firma acredita haber recibido esa información necesaria para su traslado de régimen, documento que no fue tachado de falso en ningún momento, al contrario, la demandante ratificó haberlo firmado en su oportunidad, no observándose ausencia de los requisitos legales para darle plena validez, acreditando ese acto de afiliación al RAIS. Resaltó, para el año 1998 solo se exigía un formulario de afiliación para acreditar que se brindó la información necesaria para el traslado de régimen por lo cual podría decirse que la AFP PROTECCIÓN cumplió con esa carga de la prueba.

Concluyó, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues esa exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima y además el principio de legalidad y debido proceso que no consiste solamente en esa posibilidad de defensa u oportunidad para interponer algún recurso, sino que, como lo expresa el art 29 de la Constitución se ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga, entonces ese juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas no existentes no tiene justificación jurídica y viola gravemente el debido proceso de COLPENSIONES quien, sin haber participado en ese trámite de traslado debe afrontar una posible carga de la prestación a favor de la demandante.

Argumentó, no se tuvo en cuenta al momento de proferir la sentencia el principio de la relatividad jurídica, en torno a que COLPENSIONES en este asunto es un tercero y es de recordar que los actos jurídicos en principio solo deben tener efectos inter partes y esas consecuencias que se deriven de la celebración de los mismos solo debe repercutir sobre la las partes involucradas por lo cual la entidad de ninguna manera podría ser favorecida pero mucho menos perjudicada por el contrato celebrado entre la demandante y AFP PROTECCIÓN en el año 1998.

Por último indicó, esas características, condiciones y modalidades pensionales propias de este régimen están consignadas en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por lo tanto, no es dable alegar esa ignorancia de la ley donde están consignadas las modalidades, características y condiciones de los regímenes pensionales a voces de atribuir la responsabilidad solamente a la AFP. Puso en consideración que la accionante ha permanecido en el RAIS por más de 23 años, por lo cual, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** resulta lesionada con la decisión adoptada en cuanto a la afectación equilibrio y sostenibilidad del sistema financiero que administra, consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionada por el Acto Legislativo 01 de 2005, donde se reitera la prohibición de la Ley 797 del 2003.

Por su parte, la enjuiciada **SKANDIA S.A.** presentó recurso² atacando, lo relacionado con los gastos de administración. Al respecto señaló, desde la creación

² **APODERADO DEMANDADA (SKANDIA) (1:17:46):** “... estando dentro de la oportunidad procesal pertinente invocando el artículo 66 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, me permito presentar recurso de apelación respecto a la sentencia previamente preferida de manera muy respetuosa, lo anterior, en lo relacionado únicamente con los gastos de administración. Al respecto cabe señalar que, desde la misma creación de la Ley 100 de 1993 en el artículo 20, la pensión que inicialmente era el 8% para el 94 el 3.5% estaría dirigido al cubrimiento de las contingencias de invalidez y muerte entendidas como pensión de invalidez y sobrevivientes así como los gastos de administración en ambos regímenes, disposición normativa que no varió de manera sustancial con la expedición de la Ley 797 de 2003 pues en ese momento se determinó modificar ese porcentaje a un 3% dirigido a las mismas contingencias así como a los gastos de administración, disposición aplicable al régimen de prima media con prestación definida y al régimen de ahorro individual con solidaridad, en ese sentido es claro que la totalidad de la cotización realizada por parte de los afiliados no se dirige directamente para la financiación de su mesada pensional sino que la misma legalmente se encuentra dividida porcentualmente con el fin de dirigir los aportes realizados a fondos provisionales así como los gastos en que incurren las administradoras con el fin de gestionar en debida forma los aportes de sus afiliados.

Por lo anterior, es claro que, no haber operado el traslado en efecto por su ineficacia la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, también hubiera descontado el 3% a fin de cubrir como se explicó los gastos de administración correspondientes por lo que, de manera evidente, el afiliado no contaría con dicho monto en su en su cuenta de ahorro individual, por lo que no deben ordenarse la restitución del gasto máxime cuando se recibieron de buena fe.

Por otro lado, Honorable Tribunal, solicito tenga en cuenta que el artículo séptimo del Decreto número 3195 del 2008 señala que frente a traslados de recursos entre regímenes del sistema general de pensiones, cuando se trata de una administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad, deberá trasladar el saldo en

de la Ley 100 de 1993 en el porcentaje de la pensión inicialmente era el 8% para 1994 el 3.5% y estaba dirigido al cubrimiento de las contingencias de invalidez y muerte entendidas como pensión de invalidez y sobrevivientes así como los gastos de administración en ambos regímenes, disposición normativa que no varió de manera sustancial con la expedición de la Ley 797 de 2003, ya que, en ese momento se determinó modificar ese porcentaje a un 3% dirigido a las mismas contingencias así como a los gastos de administración, disposición aplicable al régimen de prima media con prestación definida y al régimen de ahorro individual con solidaridad, en ese sentido es claro, que la totalidad de la cotización realizada por parte de los afiliados no se dirige directamente para la financiación de su mesada pensional sino que la misma legalmente se encuentra dividida porcentualmente con el fin de dirigir los aportes realizados a fondos provisionales así como los gastos en que incurren las administradoras con el fin de gestionar en debida forma los aportes de sus afiliados.

Por lo anterior, aclaró, al no haber operado el traslado por ineficacia COLPENSIONES, también hubiera descontado el 3% a fin de cubrir los gastos de administración correspondientes siendo evidente, el afiliado no contaría con dicho monto en su cuenta de ahorro individual, siendo improcedente ordenar la restitución del gasto máxime cuando se recibieron de buena fe.

Por otro lado solicitó, se tenga en cuenta que el artículo 7º del Decreto 3195 de 2008, señala que frente a traslados de recursos entre regímenes del sistema general de pensiones, cuando se trata de una administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad, deberá trasladarse el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador destinados a la respectiva cuenta individual y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del régimen individual con solidaridad, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado.

unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador destinados a la respectiva cuenta individual y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del régimen individual con solidaridad, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado.

De igual manera para todos los efectos del traslado, a las cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima en ese sentido dicha norma hace referencia a lo indicado omitiendo o efectivamente los gastos de administración pues reconocen la gestión realizada por el fondo dentro del tiempo que estuvo afiliada la persona demandante.

Por otro lado su señoría, en solicitud del concepto indicado establecido por la Superintendencia Financiera bajo el radicado No. 2019 152 169 00 30 00 de fecha 15 de enero del 2020 en el que se indicó este despacho considera que al decretarse la nulidad ineficacia a la afiliación, procede el traslado de los saldos de la cuenta ahorro individual del afiliado, incluye lo correspondiente a rendimientos generados como consecuencia de la administración de los recursos efectuados, por la administradora así como los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima y sus respectivos rendimientos en que se hiciera nuevamente relación en lo relacionado con los gastos de administración.”

De igual manera exteriorizó, para todos los efectos del traslado, a las cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, en ese sentido, dicha norma hace referencia a lo indicado omitiendo los gastos de administración pues reconocen la gestión realizada por el fondo dentro del tiempo que estuvo afiliada la demandante.

Finalmente, relacionó el concepto proferido por la Superintendencia Financiera bajo el radicado No. 2019 152 169 00 30 00 de fecha 15 de enero del 2020 en el que se indicó que, al decretarse la nulidad o ineficacia de la afiliación, procede el traslado de los saldos de la cuenta ahorro individual del afiliado, incluyendo lo correspondiente a los rendimientos generados como consecuencia de la administración de los recursos, así como los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 6 a 7, «01. Expediente.pdf») las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 3 a 6 ibídem), aspirando principalmente se declare que la AFP PROTECCIÓN incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las características y consecuencias, del traslado de régimen, consecuente con ello, se declare la nula e ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual efectuada inicialmente a la AFP PROTECCIÓN y posteriormente a OLD MUTUAL por la falta de información, declarándose que la actora se encuentra válidamente afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES, solicitó se condene a PROTECCIÓN y OLD MUTUAL a registrar en el sistema de información que al afiliación es nula e ineficaz, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, a activar la afiliación, a recibir la totalidad de aportes a pensión de la demandante, se condene al pago de las costas del proceso, más lo *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro**

individual con solidaridad y la afiliación realizada a LILIANA ARDILA LÓPEZ, efectuada el 25 agosto 1998 por la AFP PROTECCIÓN, declarándose que se encuentra actualmente afiliada de manera efectiva al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. En consecuencia, ordenó a la AFP OLD MUTUAL SKANDIA, fondo de pensiones en la que se encuentra actualmente afiliada la demandante, a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, bonos pensionales a que haya lugar. A COLPENSIONES a recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de LILIANA ARDILA LÓPEZ al régimen de prima media con prestación definida e integrar en su totalidad la historia de la laboral, ordenó a OLD MUTUAL SKANDIA a trasladar los dineros recibidos por cuotas de administración al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES, durante el tiempo en el que estuvo afiliada la demandante de manera proporcional a cada una de ellas.

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

Así las cosas, en el expediente se encuentra acreditado que la fecha de nacimiento de la actora fue el 22 de abril de 1962 (pág. 15, archivo 01Expediente), por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 19 de julio de 2018 (págs. 56 y 57, ibidem) y ante OLD MUTUAL – SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A. el día 16 de julio de 2018 (págs. 55 y 58, ibidem), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 56 años-; de otra parte, se tiene, la actora no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos,

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

no tenía cotizaciones al sistema, afiliándose al REGIMEN DE PRIMA MEDIA administrado en su entonces por el ISS el **18 de abril de 1994 y con fecha de efectividad el 1º de mayo de 1994** (ver página 136 y 255), 01Expediente.pdf), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Vinculaciones para : CC 51640402							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación inicial	1994-04-18	2007/07/20	COLPENSIONES			1994-05-01	1998-09-30
Traslado regimen	1998-08-25	2004/04/16	PROTECCION	COLPENSIONES		1998-10-01	2004-06-30
Traslado de AFP	2004-05-10	2004/06/16	OLD MUTUAL	PROTECCION		2004-07-01	

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **25 de agosto de 1998 con fecha de efectividad 1º de octubre de 1998**, específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación con Protección y el registro SIAFP (págs. 136 y 185 archivo 1 expediente digital).

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*⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

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

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

«I. 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 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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

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

(...).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información 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 la demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las

⁶ **Interrogatorio de Parte a la Demandante (récord 16:00):** “El tiempo fue en el 2004 que me afilie en OLD MUTUAL en la oficina del Banco de la Republica, la forma fue, un pensionado del Banco nos reunió al grupo, él subido al piso, éramos como 10 personas nos habló de SKANDIA, nos dijo que estaba mucho mejor que otros fondos privados, nos solicitó que nos paramos con él, que firmara la solicitud y él hacia todo lo demás dijo que de todos los fondos era el que más estaba dando, yo era Secretaria de Dirección de la Auditoria General, tenía 2 áreas una de análisis y otra de informática y como funciones toda al parte de manejar expedientes, cerrar auditorias, esa es la función de la Secretaria, no me dijeron que los aportes los podía heredar los beneficiarios, no sabía sobre aportes voluntarios, lo que me motivó a trasladarme de Protección a

implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 1998, cuando se afilió a PROTECCIÓN S.A. en una charla de 10 minutos aproximadamente, el asesor “-pensionado” la reunió junto con 9 compañeros más en la sede del Banco de la República y les informó que el Seguro Social se iba a terminar, que su mesada iba a ser mucho mejor que la del Seguro Social y que eso iba a mejorar sus condiciones de vida y, que en cualquier momento se podía pensionar, de modo que por la forma en que le mencionaron esos beneficios, decidió firmar sin coacción alguna el formulario de afiliación.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PROTECCIÓN, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

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

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.

Skandia fue porque nos dijeron que SKANDIA estaba dando mayores rendimientos, eso fue lo que me motivó, la reunión tardó 10 minutos, que fue lo que él habló y el resto fue al firma de nosotros y pasarle el formulario, éramos 10 personas más o menos, yo firme el formulario de manera voluntaria, todos los meses llegaba el extracto, desde que me pasé a Skandia en el 2004, no he presentado queja frente a los aportes, no he recibido asesoría de Skandia, lo único fue en el 2012 que me hablaron de ahorro voluntario que no tenía nada que ver con la pensión, yo hice ahorro 2 años, yo no volví a ver a ningún asesor, en el año 1998 llegaron al Banco a contarnos sobre Protección, fue la primera vez que escuche hablar de fondos privados, estuvimos varias personas y no comentaron en ese momento que el ISS no estaba pasando por un buen momento, por eso decidí pasarme en 1998, únicamente hablaron del ISS que estaba en un mal momento y que no se sabía qué podía pasar, sobre aportes voluntarios no hablaron ni nada”.

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 **1998**, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (25 de agosto de 1998, efectivo el 1º de octubre de 1998) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la demandante hubiese efectuado traslado 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 un traslado, el mismo fue dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (página 136, ibidem).

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

«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias».

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

*«De otra parte, hay que resaltar que **los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS.** De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión».*

En este sentido, se indicó que «los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad» (Negrillas y subrayas de la Sala).

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

Ahora, en relación con el principio de la relatividad jurídica alegado en la alzada por Colpensiones, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, debe indicarse aunque Colpensiones no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliada.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de SKANDIA S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, 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.

Sin embargo, debe precisarse en este punto, ésta Sala de Decisión adicionará el ordinal **tercero** y **quinto** del fallo de primer grado, en cuanto a que **PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.** además de lo ordenado por la Juez *a quo* deberá retornar gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁷ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, **debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades⁸, en los términos atrás expuestos.

Todo lo anterior, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, pues así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

⁷ Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

⁸ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

«(...)

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

Precisando, frente a la orden de la devolución de los gastos de administración, objeto de apelación de SKANDIA S.A., así como los seguros previsionales, 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 del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración y seguros previsionales. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

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

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

A la par, con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado de los anteriores conceptos, incluidos los gastos de administración, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, 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 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 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 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).

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

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

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

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por SKANDIA S.A. que el concepto emitido por la Superintendencia Financiera no resulta vinculante, y en todo caso, se aclara al apelante que justamente con la decisión que aquí se está tomando se está ordenando la devolución de los rendimientos y todos los rubros implícitos al declararse la ineficacia del traslado.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES – entidad a favor de quien se surte la consulta – pág. 247 a 248 «01. Expediente.pdf»⁹ 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, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2611-2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

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

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

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución

⁹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 23 de septiembre de 2019 (páginas 273 y 274, archivo 01. Expediente.pdf»).

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

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

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará la sentencia en los puntos anteriormente expuestos y, se confirmará la decisión de primer grado en lo demás, advirtiéndose, la Sala modificará el numeral 3º de la sentencia de primer grado para establecer que OLD MUTUAL SKANDIA deberá realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de LILIANA ARDILA LÓPEZ y no, Leonardo Iván López, como erradamente se señaló.

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 **TERCERO y QUINTO** del fallo de primer grado, para ordenar a PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., retornar a COLPENSIONES, además de lo ordenado por la Juez *a quo*, los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima de **manera indexada** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

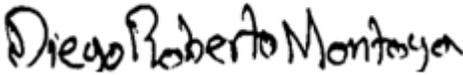
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás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

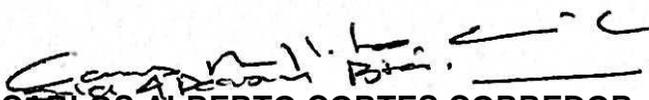
TERCERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** del fallo del Juez *a quo*, para establecer que **OLD MUTUAL SKANDIA** deberá realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de LILIANA ARDILA LÓPEZ y no, Leonardo Iván López, conforme lo aquí señalado.

CUARTO: 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.

QUINTO: 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 FLOR STELLA LOPEZ
HERNANDEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (RAD.
33 2021 00298 01)**

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado HENRY DARIO MACHADO como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 33 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 1° de febrero del 2023 (*Audio archivo 15, récord: 1:21:12*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto, la afiliación realizada a la señora **FLOR STELLA LÓPEZ HERNÁNDEZ** identificada con la ciudadanía 51.828.017, afiliada al 1 de julio de 1994 a **PROTECCIÓN**.

SEGUNDO: DECLARAR que, **FLOR STELLA LÓPEZ HERNÁNDEZ** actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por **COLPENSIONES**.

TERCERO: ORDENAR a **PORVENIR**, fondo actual de la demandante, a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de **FLOR STELLA LÓPEZ HERNÁNDEZ** a **COLPENSIONES** junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar.

CUARTO: ORDENAR a **COLPENSIONES** a recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de la señora **FLOR STELLA LÓPEZ HERNÁNDEZ** al Régimen de Prima Media con Prestación Definida e integrar en su totalidad la historia laboral.

QUINTO: CONDENAR a **PORVENIR** y a **PROTECCIÓN** a transferir a **COLPENSIONES**, las cuotas de administración de dinero descontadas por los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargos en sus propios recursos, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deben aparecer discriminados y con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEXTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros los generados como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior.

SEPTIMO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Costas, quedan a cargo de **PORVENIR, PROTECCIÓN** y **COLPENSIONES**. Agencias en derecho, dos salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada demandada y en favor de la parte demandante.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandada PORVENIR la apeló en punto a la condena de la indexación señalando su improcedencia conforme lo menciona la sentencia C-00161 del 13 de mayo del 2010, precisando la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía. Aduce, se debe tener en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP se encuentran las de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de Ahorro Individual de cada uno de sus afiliados, por tanto, resulta incompatible ordenar la indexación, pues los recursos de las cuentas de Ahorro Individual de la demandante no se vieron afectados por la inflación, por el contrario, han generado rendimientos incluso superiores a los establecidos por la Ley y en esa medida resultan excluyentes con la indexación tal

como lo indicó el Tribunal Superior de Cundinamarca y el Tribunal Superior de Cali. (Audio archivo 15, récord: 1:24:32¹)

COLPENSIONES por su parte indica que aun cuando la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza de las AFP, lo cierto es que ello solo fue hasta el año 2016, ya que entre el año 1994 y 2016 no se exigía nada diferente a ese documento de afiliación donde constaba esa plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual, y es por esto que, imponer cargas adicionales a las proyectadas en esas leyes de la época constituyen una situación de carácter imposible, reiterando para esa data no se exigía por la normatividad vigente, documento diferente a ese formulario de afiliación debidamente firmado para acreditar los usuarios recibieron esa información necesaria para sus traslados de régimen y por lo tanto como se observó en el interrogatorio de parte, la actora manifestó haber firmado ese documento de manera voluntaria.

Manifiesta que las conductas de los fondos con base en normas inexistentes, no tienen justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de

¹ Sí señor juez, estando dentro de la oportunidad procesal de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de ~~(la sentencia)~~ de las sentencias proferidas dentro de los procesos 2021-298 y 2021-286 con el fin de que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá resuelva sobre el asunto de la precedencia, bajo las siguientes argumentaciones.

Honorables magistrados, en cuanto a la indexación, me permito resaltar que es improcedente de acuerdo con lo mencionado en la sentencia C- 00161 del 13 de mayo del 2010 Magistrado Ponente Edgardo Villamil Portilla, en donde señala que la indexación, consiste en “*la actualización monetaria cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial que se envilece periódicamente en la economía caracterizada por la inflación, todo bajo la idea de que el pago sea cual fuere el origen de la prestación, debe ser íntegro conforme a cantada jurisprudencia en materia obligaciones indemnizatorias que a la apostrofe, fue recogida por el artículo 16 (de la cuatro) de la Ley 446 del 98*”, adicionalmente a través de la SL- 9316 fechada 29 de junio del 2016, se precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma, por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía.

En este orden de ideas, Honorables Magistrados y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de Ahorro Individual de cada uno de sus afiliados, pues por tanto resulta incompatible ordenar la indexación, pues los recursos ~~(de las)~~ de las cuentas de Ahorro Individuales de los demandantes pues no se vieron afectados por la inflación, por el contrario, pues han generado rendimientos incluso superiores a los establecidos por la Ley.

De igual manera y teniendo en cuenta que, se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro de este, concluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP, como consecuencia de la afiliación de los demandantes pues debe tenerse en cuenta Honorables Magistrados, que tal rubro sería excluyente con la indexación ordenada como lo indicó el Tribunal Superior de Cundinamarca en Sentencia de fecha 21 de junio del 2022, 25 de julio y 31 de octubre del mismo año y sentencia del 20 de enero del 2023 proferidas por el Tribunal Superior de Cali, entendiéndose así que, con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado en los emolumentos a retornar, se fundamenta en lo previamente mencionado, en las restituciones mutuas producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica el artículo 1746 pues al no existir norma que regule, pues sí la temática de ineficacia tanto en la Ley 100 del 93, como materia comercial, pues haciendo uso de la analogía del citado artículo; posición está que asume tanto la ~~(la)~~ jurisprudencia Civil como lo Laboral en especial la Sentencia SL-2946 del 2012 pues todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que pudiese ocasionarse por el traslado de los demandantes al fondo común. Bajo estos argumentos, dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias.

COLPENSIONES quien sin haber participado en esos trámites de traslado es quien a futuro, debe afrontar unas cargas prestacionales a favor de la demandante; lo anterior por cuanto no se tuvo en cuenta al momento de proferir la sentencia el principio de la relatividad jurídica en torno a que COLPENSIONES es un tercero, recordando que esos actos jurídicos deben solo tener efectos inter partes y esas consecuencias que se deriven de la celebración de esos actos jurídicos solo deben repercutir sobre las partes involucradas.

Finalmente, pone en consideración que la demandante ha permanecido en el RAIS por más de 23 años con lo cual Colpensiones ha resultado lesionada con esas decisiones que se acaban de proferir en cuanto a esa afectación del equilibrio de sostenibilidad financiera, consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, donde reitera el artículo 2 de la ley 797 del 2013 en el cual se hace esa prohibición expresa de que el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para el cumplimiento de la mínima para tener derecho a la pensión y desde esa perspectiva el régimen de prima media se sostiene sobre esas cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplido esos requisitos de edad y semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de esas sumas efectivamente cotizadas y permitir que personas con un interés particular como la aquí demandante que ya están próximas a la edad de pensionarse y que estuvieron realizando sus aportes durante mucho tiempo a otras entidades diferentes, se beneficien y resulten subsidiadas de esas cotizaciones. (*Audio archivo 15, récord: 1:27:45²*)

² Gracias señor Juez. Estando en la oportunidad legal, me permito interponer recurso de apelación, ante el Honorable Tribunal de Bogotá en su Sala Laboral, en contra de las decisiones tanto en los procesos 2021-286 como 2021-00298 pues manifestando a los Honorables Magistrados, mi reproche en cuanto que al momento de esas decisiones, de declarar pues la ineficacia del traslado pues las mismas se fundamentaron en esa falta del deber de información, pues que según tenía la AFP PROTECCIÓN y (...) al momento de la suscripción del formulario afiliación, pasando por alto que pues para esos años 1996 y 1994 la realidad de ese momento y la normativa aplicable para esa época era la Ley 100 de 1993, según la cual pues hace excepciones espontánea, libre expresa e informada de cada afiliado para trasladarse de régimen se manifestaba a través de esa firma el formulario de afiliación, lo cual en este asunto se debe a plenitud.

Ahora bien, pues en cuanto a que pues la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza de las AFP y respecto lo señalado por la corte pues en esas sentencias referidas tenemos que ese tipo de decisiones, hasta el año 2016 los fondos privados contraen exclusivamente con ese consentimiento vertido en ese formulario de afiliación para probar ese conocimiento de sentimiento del afiliado respecto de su traslado por cuanto pues las leyes de la (...) se sufrieron entre el año 1994 y 2016 no exigía nada diferente a ese documento de afiliación donde constaba esa plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual, y es por esto que, imponer cargas adicionales a las proyectadas en esas leyes de la época constituyen una situación de carácter imposible.

De igual forma, pues podemos evidenciar una interpretación errónea del artículo 1604 del Código Civil pues la Corte Suprema dentro de esa jurisprudencia objeto de análisis invierte de manera irracional no ponderada la carga de la prueba, suscitando que esa responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva toda

vez que pues no exige a los aquí demandantes aportar, soporte alguno que muestre pues esa existencia de vicios fuerza, dolo al momento de sus afiliaciones al RAIS y obliga a que toda la carga de la probatoria recaiga especialmente en las AFP demandadas que exista el menor esfuerzo procesal, en cabeza de los demandantes.

En este punto, pues debe resaltarse que según pues lo manifestado por el señor juez en la parte considerativa, esas ineficacias pues se dan de acuerdo pues a esa falta de información pues al momento de esos traslados al régimen de ahorro individual para los años 1996 y 1994, sin tener en cuenta que pues para esos años solo se exigía el formulario de afiliación para acreditar que se brindó esa información a los demandantes, no se exigía documento distinto como se pretende determinar al decir que no se aportó documento o soporte que demuestre que pues los demandantes recibieron esa información y que ese formulario de afiliación no es suficiente para demostrar que ese suministro la misma.

Es aquí entonces, donde nos preguntamos cuál es pues o cuál es ese documento soporte para el año 1994 y 1996 que eran necesarios para demostrar que se brindó esa información a los aquí demandantes y en que norma está consignada y es que pues Honorables Magistrados, para esa data no se exigía por la normatividad vigente, documento diferente a ese formulario de afiliación debidamente firmado para acreditar que pues los demandantes recibieron esa información necesaria para sus traslados de régimen y por lo tanto pues como se observó pues en los interrogatorios de parte, ellos pues manifestaron haber firmado esos documentos de manera voluntaria por lo cual pues obviamente esa es la prueba necesaria para acreditar que se brindó esa información necesaria entonces no es razonable ni jurídicamente válido imponer a esas administradoras obligaciones soportes de información pues no previstos en este ordenamiento jurídico vigente hasta el momento del traslado de régimen, pues esa exigencia desvirtúa ese principio de confianza legítima y debemos tener en cuenta que pues el principio de legalidad y el debido proceso no consisten solamente en una posibilidad para para una defensa o una oportunidad para interponer algún recurso sino que exige además como lo expresa ese artículo 29 de la Constitución.

El ajuste a las normas preexistentes a cada acto que se juzga entonces ese juzgamiento de las conductas de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de **COLPENSIONES** quien sin haber participado en esos trámites de traslado es quien a futuro, debe afrontar unas cargas prestacionales a favor de los aquí demandantes; lo anterior en base a que no se tuvo en cuenta pues al momento de proferir estas sentencias eso es tan importante el principio de la relatividad jurídica en torno a que **COLPENSIONES** pues es un tercero y debe recordarse que esos actos jurídicos deben solo tener efectos inter partes y esas consecuencias que se deriven de la celebración de esos actos jurídicos solo deben repercutir sobre las partes involucradas, por lo cual pues obviamente la entidad que represento no podía de ninguna manera ser favorecida pero mucho menos perjudicada por esos contratos que se celebraron entre los demandantes Uriel Castro y pues (..) y **FLOR STELLA** con **PROTECCIÓN** en los años 1996 y 1994 respectivamente.

Finalmente, pongo en consideración pues de los Honorables Magistrados, que pues de los dos asuntos, los demandantes han permanecido en RAIS por más de 25 y 23 años respectivamente el señor Uriel 25 años y la señora Flor 23 años, por lo cual pues la administradora colombiana ha resultado lesionada con esas decisiones que se acaban de proferir en cuanto a esa afectación del equilibrio de sostenibilidad financiera, consagrados pues en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionada por el artículo 1ro del acto legislativo 01 de 2005, donde pues se reitera que ese artículo 2 de la ley 797 del 2013 en el cual se hace esa prohibición expresa de que el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para el cumplimiento de la mínima para tener derecho a la pensión, no es un artículo caprichoso y tiene una razón de ser y pues debemos entender qué pues ese propósito que estableció esa prohibición, es proteger al fondo común por medio de la cual, **COLPENSIONES** pues usa para pagar, esas pensiones a las personas que cumplen esos requisitos estipulados en la normatividad.

Es de recordar que, pues incluso al día de hoy esos conceptos de cotizaciones de los afiliados al sistema que pues, ni siquiera son suficientes para pagar esas pensiones que actualmente tiene a su cargo **COLPENSIONES**. Esta tesis, se sustenta en jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, como las series 24 de 2004 y la 0062 de 2010 en las cuales pues en algunos apartes se resalta lo siguiente dice que, desde esa perspectiva si dicho régimen de prima media se sostiene sobre esas cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplido esos requisitos de edad y semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de esas sumas efectivamente cotizadas, permitir que personas por interés particular como los aquí demandantes que ya están próximas a la edad de pensionarse y que estuvieron realizando sus aportes durante mucho tiempo otras entidades diferentes, se benefician y resultan subsidiados esas cotizaciones de los demás afiliados al sistema y que se han permanecido en el mismo resulta contrario no solo ese concepto constitucional de equidad consagrado en el artículo 95 sino también ese principio de eficacia pensional.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Páginas 1 y 2, del archivo 2 del expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 2 a 4 ibidem), aspirando de manera principal se declare la ineficacia del traslado efectuado a PROTECCIÓN, en consecuencia, se ordene a PORVENIR (actual administradora donde se encuentra afiliada) a restituir a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses y los rendimientos, así mismo se ordene a Colpensiones a recibirla sin solución de continuidad, corrija y actualice la historia laboral, costas y gastos del proceso, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a PROTECCIÓN, en consecuencia, ordenó a dicha AFP y a PORVENIR como actual fondo donde se encuentra afiliada la actora, a trasladar a COLPENSIONES, las cuotas de administración de dinero descontadas por los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargos en sus propios recursos, indicando que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deben aparecer discriminados y con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.**

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

Con lo anterior, pues dejó sentado mi recurso reiterándoles una vez magistrados mi solicitud de revocar todas las condenas impuestas a mi representada, muchas gracias.

la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 7 de septiembre de 1965 (*Página 84 Archivo 1 expediente digital*), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES el 31 de mayo del 2021 (págs. 105 a 137 *ibidem*), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 405,14 semanas cotizadas al sistema (*Página 124 Historia Laboral válida para bono pensional, archivo 5 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **30 de junio de 1994** con fecha de efectividad a partir del **1° de julio el 1994** (*Página 27 Archivo 8 expediente digital*) por afiliación que hiciera a PROTECCION, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, precisándose, aun cuando no obra el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN donde realizó el traslado, 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

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

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 PROTECCIÓN, 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 tunc⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

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

Frente a este 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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante (*Audiencia del 1° de febrero del 2023 Archivo 9 expediente digital, Récord: 25:54*), no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar, que un asesor de PROTECCIÓN llegó al lugar de su trabajo y le preguntó que a donde se

encontraba afiliada a lo que ella respondió que al ISS, manifestándole que esa entidad estaba pasando por una crisis muy grave y para que no perdiera sus semanas lo mejor era trasladarse a esa AFP y de esa forma asegurara su derecho pensional, razón por la cual decidió firmar el formulario.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PROTECCIÓN, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado 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.

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 1994, 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 (30 de junio de 1994 efectivo el 01 de julio de ese año), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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.

Ahora, en relación con el principio de la relatividad jurídica alegado en la alzada por Colpensiones, consistente en que los terceros no pueden interferir en

convenios de los que no son parte, debe indicarse aunque Colpensiones 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.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN y de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (*certificación página 129 archivo 5 expediente digital*) del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, los dineros descontados por seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, 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.

Debe precisarse en este punto, en cuanto a que además de lo anterior, las citadas accionadas (Protección y Porvenir), también deben devolver a COLPENSIONES, las **comisiones**, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

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

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

También es importante señalar en punto a la apelación de PORVENIR 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 adoctrino 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)

Aquí resulta pertinente acotar a PORVENIR, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de otras Corporaciones como las señaladas en su apelación 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 la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

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

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES –entidad a favor de quien se surte la consulta (págs. 31 y 32 Archivo 6 expediente digital)⁶ 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, 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,

RESUELVE

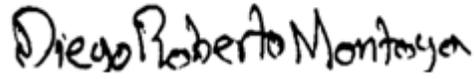
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **QUINTO** del fallo de primer grado, para ordenar tanto a PROTECCIÓN como a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES, además de los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, las **COMISIONES** debidamente **indexadas** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, conforme lo considerado.

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

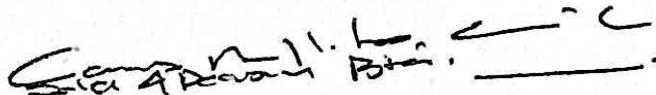
⁶ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 4 de octubre del 2022 (Archivo 10 expediente digital).

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**

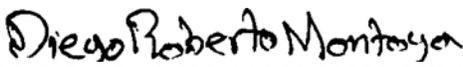
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA YOLANDA
SÁNCHEZ GUASCA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 36 2019 00830 01).**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado GIOVANNI ALEXIS GREGO CARDONA como apoderado sustituto de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MIGUEL ANGEL RAMIREZ GAITAN en su calidad de representante legal de la firma WORLD LEGAL CORPORATION S.A.S.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 6 de febrero del 2023 (*Exp. Digital: audio archivo 18, récord: 42:57*) en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora MARTHA YOLANDA SÁNCHEZ GUASCA al régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad

a partir del 1° de noviembre del 95 (sic), a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN a normalizar la afiliación de la actora en el sistema de información de los afiliados en el fondo de pensiones SIAFP y a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al Fondo de Garantía de pensión mínima debidamente indexados, lo anterior con la precisión de que dicha medida cobija tanto el periodo de permanencia con la AFP COLMENA como el que directamente estuvo vinculada con PROTECCIÓN.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir e imputar una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a PROTECCIÓN y a COLPENSIONES, liquidándose como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de las mismas.

SÉPTIMO: *Consúltese la presente decisión con el superior a favor de COLPENSIONES según las reglas del artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social.”*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apela en cuanto a la condena en Costas refiriendo que la demandante se encontraba imposibilitada para trasladarse en virtud de lo señalado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se pudiese probar algún tipo de engaño o información errada, aunado a que mostro un ánimo de permanencia y estaba en el régimen de ahorro individual con solidaridad y en el fondo privado específico por más de 20 años (*Exp. Digital: audio archivo 18, récord: 44:55*)

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 9 a 11, del archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 3 a 9, ibidem), aspirando de manera principal se declare la ineficacia del traslado de régimen que realizó a Protección o en subsidio la nulidad del mismo, en consecuencia se ordene su traslado junto con el saldo de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos al RPM, así mismo se ordene a Colpensiones a recibirla y mantenerla como afiliada desde el 29 de mayo de 1984, 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 la demandante al RAIS, en consecuencia, ordenó a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias que conlleva el cambio de régimen.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 19 de agosto de 1960 (*Página 29, Archivo 1 expediente digital*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 31 de enero del 2018 (*Páginas 58 a 61 y 63 Archivo 1 expediente digital*) y ante PROTECCIÓN el 2 de febrero del 2018 (*Páginas 50 a 55 Archivo 1 expediente digital*), esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no

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”.*

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 había cotizado al sistema 341,43 semanas (*Historia Laboral válida para bono pensional Página 72 Archivo 2 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la demandante a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **23 de septiembre de 1999** con fecha de efectividad a partir del **1° de noviembre de 1999** (págs. 42 y 73 Archivo 2 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, advirtiéndose la Sala modificará el numeral primero de la sentencia de primer grado para establecer que la fecha de efectividad del traslado lo fue el 1° de noviembre de **1999** y no en 1995 como erradamente se señaló.

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*², en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (CSJ SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

² Al tema puede consultarse la sentencia CSJ SL2877 de 2020 y CSJ SL4875 de 2020

consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

Frente a este aspecto, además, esa alta Corporación en sentencia 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, discurre

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

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

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

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

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

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

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

instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

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

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

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011³, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

³ «Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…)”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...).

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

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

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

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.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁴, no acreditan que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en 1999 cuando trabajaba en la Orquesta Filarmónica y había muchos asesores de las AFP, incluida COLMENA quien le dijo que el ISS se iba acabar y por ende debía efectuar su traslado.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN haya cumplido con su obligación de buen consejo.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que se refiere a la manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Colmena hoy Protección (página 42, Archivo 2 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 tal demandada (Sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y en todo caso, dicho documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo ese acto jurídico es susceptible de ser

⁴ **Interrogatorio absuelto por el demandante (10:08 a 15:02):** “Tengo 65 años y soy tecnólogo en Sistemas y Desarrollo, trabajo en desarrollo de páginas web, páginas de datos en la empresa; yo trabajaba en C y M Consultores Asociados y realizábamos unas capacitaciones para Colpatria en la 106 con 15 para las empresas que estaban afiliadas en salud ocupacional, en ese momento se les practicaba el entrenamiento, ese entrenamiento era para las empresas afiliadas con Salud Ocupacional, la administradora de la empresa para al cual trabajaba me dio un formulario para que lo llenara y yo por lealtad lo llené porque trabajaba para la empresa y esa empresa tenía contrato directo con Colpatria; el único contacto que tuve fue con la administradora de la empresa, no tuve contacto con nadie de Colpatria, yo no he tenido respuesta no comunicación con ningún asesor”.

A instancia de Colpensiones (15:05 a 18:49): “la afiliación en 1998 no fue libre, consciente no voluntaria porque lo hice con lealtad con la empresa para la cual trabajaba, lo hice fue porque había un convenio entre Colpatria y la empresa entrenando a las empresas que pertenecen a Salud Ocupacional; yo no me acerque a Colpatria porque en ese momento no me acompañó ningún funcionario; yo solo diligencé el formulario; yo no me acerque a una oficina del ISS; no quiero seguir afiliado a Porvenir porque es una empresa que tiene una modalidad de pensiones y es una empresa estatal que tiene funciones de nivel de pensión, por eso estoy solicitando el retorno a Colpensiones y por la falta de información y soporte por parte de la entidad Porvenir; dejé pasar mucho tiempo porque cuando fui hacer la solicitud Colpensiones me negó esa posibilidad”.

A instancia de Porvenir (18:51 a 20:20): “yo trabajé durante un tiempo y estuve afiliado al ISS, después trabajé como independiente en soporte de capacitaciones de Microsoft, no tuve ninguna petición no solicitud para hacer el cambio de entidad pensional; no recibí comunicación alguna para asesoría ni acompañamiento ni instrucción de parte de Porvenir”.

verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS

y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.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	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 1999, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN antes COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen (23 de septiembre de 1999 con fecha de efectividad a partir del 1º de noviembre de

1999), el deber de información para con la promotora de este juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Con relación al hecho de permanecer la demandante en el RAIS por mucho tiempo (20 años), a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar al impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar a la demandante al momento de su traslado no fue acreditada por la AFP PROTECCIÓN antes COLMENA, 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 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 sobrevivencia⁵ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades⁶, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará en su integridad la decisión de primer grado en este aspecto, pero se adicionará en cuanto a que se debe disponer que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer

⁵ Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

⁶ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Lo anterior, teniendo en cuenta que así lo ha considerado el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…)

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

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

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

«Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.»

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real» (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia CSJ SL3207-2020, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁷, a favor de quien se surte la consulta (páginas 20 y 21 Archivo 7 expediente digital), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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

⁷ 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 23 de marzo de 2022 (Archivo 9 expediente digital).

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** del fallo de la Juez *a quo*, para establecer que la fecha de efectividad del traslado de la accionante lo fue el 1° de noviembre de **1999** y no en 1995, conforme lo aquí señalado.

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

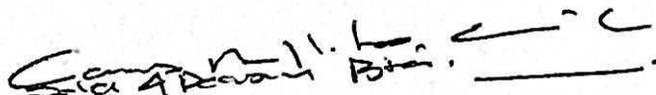
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BERNARDO AREVALO ORTIZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. (RAD. 36 2019 00786 01).

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

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 31 de enero de 2023 (*Exp. Digital: audio archivo 16Audiencia31012023, récord: 55:46*), en la que se resolvió:

PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia del traslado, efectuado por el señor **BERNARDO ARÉVALO ORTIZ** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad con efectividad del 01 de septiembre de 1994 a través de **COLFONDOS**.

SEGUNDO. - ORDENAR a **COLFONDOS** a normalizar la afiliación del actor en el sistema de información de los afiliados a los fondos de pensiones y trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores de la cuenta ahorro individual del demandante, incluido rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al Fondo de Garantía de pensión mínima debidamente indexados.

TERCERO. - ORDENAR a **COLPENSIONES** a recibir e imputar una vez recibidos los aportes a la historia laboral del demandante.

CUARTO. - DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO. - CONDENAR en costas a **COLFONDOS** y **COLPENSIONES**, liquidándose como agencias en derecho, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO. - CONSÚLTESE la presente decisión al superior, a favor de **COLPENSIONES**, según las reglas del artículo 69 del código de procedimiento del trabajo y la Seguridad Social”.

Inconforme con la decisión COLPENSIONES¹ difiere de las consideraciones de la sentencia recurrida argumentando que no desconoce las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que se afilió el demandante a Colfondos S.A, no obstante, arguye que la afiliación fue de manera libre, consciente y voluntaria, hecho que se ratifica con los años de afiliación en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Adicionó que la entidad funge en esta litis como tercero de buena fe y no tuvo injerencia alguna en la falta de información o la existencia de vicios del consentimiento que ameriten dejar sin efecto el traslado del régimen pensional de 1994 con COLFONDOS S.A., añadió, del interrogatorio de parte y de las pruebas documentales que obran dentro del proceso se da cuenta que el traslado se efectuó de manera libre, consciente y voluntaria, cumpliendo la sociedad condenada con el deber de información que se exigía para la época del traslado, pues, si bien es cierto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia indica que los afiliados al sistema pensional deben recibir información adecuada y precisa sobre las características de cada régimen pensional a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, también es importante recordar que el deber de asesoría y brindar buen consejo ha venido evolucionando con el paso de tiempo.

Asimismo, solicitó se revoque la condena en costas, bajo el entendido que la entidad se opuso a las pretensiones haciendo uso del derecho de defensa y de

¹ **Apoderada Colpensiones (récord 57:18):** “Gracias su señoría, respetuosamente me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de emitir para que la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se sirva revocarla en su totalidad como quiera que mi representada aquí en este litigio funge como tercero de buena fe difiere de las consideraciones del despacho, al no acreditarse la falta de información o la existencia de vicios del consentimiento que ameriten dejar sin efecto el traslado del régimen pensional de 1994, con COLFONDOS S.A., como quiera que el interrogatorio de parte y de las pruebas documentales que obran dentro del proceso se dio cuenta que este, se efectuó de manera libre y consciente y voluntaria y la condenada, cumplió con el deber de información que se exigía para la época del traslado por lo tanto solicitó al Honorable Tribunal, tener en cuenta que si bien es cierto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia atraída por la acción por el despacho indica que los afiliados al sistema pensional deben recibir información adecuada y precisa sobre las características de cada régimen pensional, a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, también es importante recordar que el deber de asesoría y brindar buen consejo ha venido evolucionando con el paso de tiempo, adicionalmente también es importante indicar que en el evento que, efectivamente se pruebe que el demandante pues no recibió una asesoría adecuada sobre las características de cada régimen pensional y se confirma en la sentencia; solicitó tener en cuenta que mi representada pues ha actuado de buena fe, conforme al derecho y a la ley y pues solicito también, revocar la condena en costas en contra de mi representada, en el entendido de que pues se opuso a las pretensiones de la demanda haciendo uso del derecho de defensa y de contradicción al ser pues mi representada la única entidad quien sería llamada a resolver la solicitud a reconocer y pagar a futuro una prestación pensional en favor del aquí demandante, muchas gracias

contradicción al ser la única entidad llamada a resolver la solicitud al reconocer y pagar a futuro una prestación pensional en favor del aquí demandante.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Páginas 8 a 9, del archivo 10Demanda expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 6 a 8, ibidem), aspirando de manera principal se declare que el demandante fue mal asesorado e informado por parte de Colfondos S.A. en el año 1994 con la finalidad de lograr el traslado de régimen pensional, no existiendo una real asesoría que incluyera una información veraz en cuanto a la manera, tiempo y monto de la mesada pensional, que el actor al recibir información no veraz tomó una mala decisión de traslado generando afectación a la vida digna, vulnerando los principios de la Ley 100 de 1993, se declare la nulidad e ineficacia del traslado en la afiliación en pensiones ordenándose el traslado a Colpensiones de todos los aportes junto con sus rendimientos, frutos e intereses, consecuente con lo anterior, se condene a la activación de la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, se condene a Colpensiones a recibir el traslado de aportes con el fin de solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez una vez acredite los requisitos para ello, declaraciones *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia del traslado, efectuado por el señor BERNARDO ARÉVALO ORTIZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad con efectividad del 1º de septiembre de 1994 a través de COLFONDOS, ordenando a la AFP a normalizar la afiliación del actor en el sistema de información de los afiliados a los fondos de pensiones y trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta ahorro individual del demandante, incluidos rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al Fondo de Garantía de pensión mínima debidamente indexados. Asimismo, se ordenó a COLPENSIONES a

recibir los aportes e imputarlos a la historia laboral del demandante y declarar no probada la excepción de prescripción.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias que conlleva el cambio de régimen.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 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 08 de noviembre de 1961 (*Página 19, Archivo 01Demanda expediente digital*), por lo que la edad de 62 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 08 de julio de 2019 (*Páginas 59 y 60, Archivo 01Demanda expediente digital*), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos por parte de COLPENSIONES al momento de allegar la contestación, había cotizado al sistema **510,67** semanas entre el 23 de julio de 1980 y el 1° de abril de 1994 (*Resumen de semanas cotizadas por empleador*

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”.*

Página 24, Archivo 07ContestacionColpensiones expediente digital), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Imagen semanas cotizadas:

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1008211696	MEDICAL INTERNAL DE	23/07/1980	11/09/1981	\$7.470	59,43	0,00	0,00	59,43
1008205256	ASOCIACION CR/ANA DE	22/12/1983	18/05/1986	\$39.310	125,57	0,00	0,00	125,57
1008205256	ASOCIACION CR/ANA DE	18/12/1987	10/10/1988	\$47.370	42,57	0,00	0,00	42,57
1006200323	CAFAM	01/11/1988	31/12/1994	\$578.646	321,71	0,00	0,00	321,71
806001716	CONSER LTDA	01/07/2004	31/07/2004	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:								549,29
[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 18 "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"):								0,00

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el demandante 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 **23 de agosto de 1994** con fecha de efectividad a partir del **1° de septiembre de 1994** (págs. 97 y 100, Archivo 06ContestacionColfondosS.A., expediente digital), por afiliación que hiciera a Colfondos, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (CSJ SL2877 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

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

existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

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

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

Frente a este aspecto, además, esa alta Corporación en sentencia 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 esta litis de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…)”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...).

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

“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.

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 demandante⁵, no acreditan que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que un viernes se acercaron a la dependencia de la empresa varias personas que se presentaron como asesores, de Colfondos, por lo que, suspendió el trabajo y junto con otros compañeros les hicieron una introducción para tramitar el cambio de fondo de pensiones, resaltó, de inmediato comenzaron a trabajar los asesores y en los escritorios respondieron las preguntas, enfatizando en que le informaron la necesidad de trasladarse de fondo.

Añadió, se trataba de una expectativa, no obstante, no había cómo generar comparativos en este momento, la reunión o conversación con el asesor pudo tardar 10 o 15 minutos, el asesor hacía preguntas y él escribía lo que contestaba, eso fue en horario laboral y nunca le dieron información en oficinas. En ese orden para la Sala los argumentos del accionante solo reafirman el incumplimiento de la

⁵ **Interrogatorio absuelto por el demandante (récord 09:47):** “El tiempo, modo y lugar fue en 1994, en ese momento yo laboraba como hoy día con la CCF CAFAM y me desempeñaba en el departamento de recreación, un día, si no estoy a un viernes llegaron a nuestra dependencia, estábamos varios compañeros, personas que se presentaron como asesores, suspendimos el trabajo y nos hicieron una introducción que consiste en que ellos venían tramitar el cambio de fondo de pensiones, de inmediato comenzaron a trabajar con nosotros y en nuestros escritorios nos generaron unas preguntas y nos decían la necesidad de pasarnos de fondo, era la necesidad en que estábamos, un poco la emoción era que Colfondos se iba acabar todo fue una sensibilización que hicieron y comenzamos a generar esta comunicación con los asesores en ese momento, nos dieron datos que tenían que ver con Colfondos que con la entidad en la que yo estaba en ese momento, por tanto, no había cómo generar comparativos, la sentada como el asesor pudo tardar 10 o 15 minutos por mucho, el asesor hacía preguntas y él escribía lo que contestaba, el beneficiario se hizo alusión que como las mismas funciones del herederos del fondo donde estaba y que ellos en el fondo entraría a heredar, eso fue en horario laboral y no hubo preguntas o espacios de preguntas, no me dieron información en oficinas, formulario de manera libre y voluntaria pero no consciente, no sé los requisitos, yo me enteré cuando había pasado el tiempo, cuando uno esta joven y siempre que tiene años de trabajo el tema de las personas no es una prioridad, cuando se acerca el tiempo y compañeros de trabajo comienzan a tocar el tema uno siente que ya es el momento de pensionarse y surgen las dudas, esa fue la alerta personal para hacer esta gestión, a medida que pasa el tiempo uno le para bolas al tema, por esa razón transcurrió el tiempo sin que yo hubiese ejercido alguna consulta, no me entregaron ningún folleto no información alguna, no habían visitas a la empresa, después de eso, no volvieron a ver qué preguntas había, como ya nos pasamos y lograron lo que querían no volvieron a pasar, el correo que tengo es el de mi esposa, aparece porque yo lo utilizo para temas de salud y papeleos, bancarios, porque ella trabaja desde la casa y tiene un poquito más de tiempo y yo prefiero que le lleguen a ella, mi correo es corporativo, sin llega un correo ahí corro el riesgo que se confunda, por eso le pedí el favor a mi esposa que pusiéramos el de ella de común acuerdo, me llegaban extractos peor no recuerdo los periodos, sinceramente no le puse mucha atención, yo revisaba pero es que traen una información que si uno no tiene una capacitación no entiende, no son términos amigables o claros, yo los archivaba, firmé el formulario de manera voluntaria”.

AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad al demandante para efectuar el traslado de régimen pues, aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP COLFONDOS, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que se refiere a la manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a Colfondos (página 100, archivo 06), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (Sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

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.

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

características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

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

«I. 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 a dar 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 estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (23 de agosto de 1994 con fecha de efectividad a partir del 1º de septiembre de 1994), el deber de información para con el promotor de este juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS 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 por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades⁷, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará en su integridad la decisión de primer grado en este aspecto.

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.**”*

De otra parte, 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.

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 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a Colpensiones, 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.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁸, a favor de quien se surte la consulta (página 21, «07ContestacionColpensiones.pdf»), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

R E S U E L V E

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

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

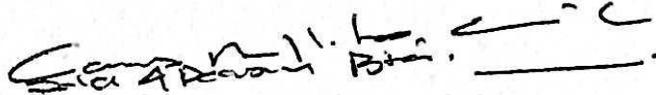
⁸ Se estudia la excepción a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 07 de marzo de 2022 («09TieneporContestada.pdf»).

TERCERO: 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 HUMBERTO BERNAL PULIDO CONTRA GLADYS MARY FLOREZ ZÁRATE (RAD. 37 2019 00040 01).

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

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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta en favor de la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 23 de septiembre del 2022 (*audio archivo 14, expediente digital*), en la que se resolvió (*Récord 20:23*):

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del vínculo de la relación laboral y en consecuencia ABSOLVER a la señora GLADYS MARY FLOREZ ZARATE de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra por el demandante señor HUMBERTO BERNAL PULIDO.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el presente proceso.”

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 demandante, 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, señor HUMBERTO BERNAL PULIDO, las pretensiones relacionadas en las páginas 9 y 10, del archivo 01 del expediente digital, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en las páginas 8 y 9 del mismo archivo, encaminadas a que se declare la existencia de una relación laboral de carácter verbal como celador en forma continua e ininterrumpida desde el 21 de mayo del 2009 hasta el 24 de septiembre del 2017, en consecuencia, solicita el pago de cesantías, intereses a las cesantías, indemnización por no consignación de las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización por terminación unilateral del contrato, indemnización moratoria, sanción por no pago de intereses, costas del proceso incluyendo las agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto, se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, luego de considerar que no se logró demostrar la existencia un contrato de trabajo entre las partes, particularmente dada la ausencia de prueba de la prestación personal del servicio a favor de la persona natural accionada.

El juez de primer grado concluyó, que no se acreditó que la labor de cuidar los carros se realizara con la autorización de la propietaria del establecimiento de comercio, además, no se probaron las directrices u órdenes impuestas por la aquí demandada al actor, no lográndose probar la presunción legal, aseguró, no existe certeza de circunstancias, tiempo modo y lugar en que se pactó la relación laboral, todos los testigos fueron enfáticos en advertir que el demandante siempre vendió lotería en la zona, no corroborándose una prestación personal del servicio.

Pues bien, para resolver el presente asunto ha de indicarse en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar si entre **HUMBERTO BERNAL PULIDO** y **GLADYS MARY FLOREZ ZÁRATE**, existió contrato de trabajo entre el 21 de mayo de 2009 al 24 de

septiembre de 2017, advirtiéndose, el juez de primera instancia no halló demostrada la existencia del vínculo laboral entre las partes.

Razón por la cual precisa la Sala, no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Inicialmente debe precisarse por no haber sido aceptados los hechos de la demanda, entre ellos el referido a la prestación personal del servicio en los términos aducidos por el actor, corresponde en primer lugar a la Sala definir si en autos reposa prueba de la misma y, de ser ello así, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y Gladys Mary Flórez Zárate, correspondiendo por tanto a ésta última desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701¹.

Así las cosas, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos evidenciando como prueba documental el certificado de existencia y representación legal del establecimiento de comercio **EL GRAN SABOR SANTANDEREANO**, donde funge como propietaria la aquí demandada (Archivo 01 expediente digital, páginas 23 a 24).

Por otra parte, se recibió el interrogatorio de parte que absolvió la demandada (*Audiencia del 23 de septiembre del 2022, archivo 13 expediente digital - Récord:*

¹ “El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).”

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral.”

27:42) en el cual expuso², no era propietaria del establecimiento de comercio El Gran Sabor Santandereano, sino después del 2018, antes, el propietario fue el hijo, luego sobrino y esposo, desconoce la fecha en que fueron propietarios, no conoce las fechas exactas entre el 2009 al 2018, no era la que hacía pagos, solo trabaja la familia en el establecimiento, los pagos se hacían entre la familia, vio al demandante entre la calle 42 y la 13 con 41, él vendía lotería, no prestó servicios para el restaurante, no ha tenido contacto con el demandante, no supo quien tuvo contacto con él, el actor nunca estaba en el restaurante, siempre estaba afuera, nadie le decía nada al actor ni se le dio un parqueadero adicional ni nada, insistió nunca darle órdenes.

De igual forma, se recaudó como prueba testimonial el del señor **JOSÉ FRANCISCO SÁNCHEZ**³, quien advirtió no conocer al demandante ni a la demandada, compareció ya que es cliente del restaurante, frecuenta el restaurante porque es Boyacense y le gusta esa comida, va cada 8 días hace muchos años, conoció el restaurante porque tenía un contrato por ahí cerca, se hizo cliente del restaurante, al demandante lo veía cuando estaba al frente del restaurante ya que le prestaba el servicio de cuidar el carro por lo que le daba propina, las veces que lo vio, estaba en la calle, el restaurante no tenía parqueadero ni nada, el restaurante está sobre la vía, se parquea afuera, desconoce qué hacía él, indicó ver siempre al actor cuidando carros, a veces el actor le ofrecía lotería, lo veía siempre afuera del restaurante, el deponente se quedaba entre hora u hora y media almorzando, a veces iba con amigos y veía al

² **Interrogatorio demandado récord 27:42:** “Del 2007 al 2019 yo no era propietaria del establecimiento de comercio El Gran Sabor Santandereano, desde el 2018 soy la propietaria, desde enero de 2018, antes el propietario era un sobrino, primero mi hijo y sobrino y esposo, no sé desde qué fecha ellos fueron propietarios, no sé las fechas exactas, entre el 2009 al 2019 yo no era la que hacía pagos, solo estábamos la familia, los pagos los hacíamos a mis hijos y mi esposo, no estábamos nadie más, yo no conozco al demandante, yo no le pagué nunca, lo he visto entre la calle 42 y la 13 con 41, lo he visto de vista, él vende lotería, el no prestó servicios, no he tenido contacto con el demandante, no sé quien tuvo contacto con él, sé que en el CAN mi sobrino, Israel Flórez, luego mi esposo y mi hijo, quien le impartía órdenes era Miguel Ángel, él nunca estaba acá en el restaurante, siempre estaba afuera, nadie le decía nada a él no se le dio un parqueadero adicional ni nada”.

³ **José Francisco Sánchez, récord 01:08:00:** “No conozco al demandante, conozco de vista a los señores, soy cliente del restaurante, yo frecuento el restaurante porque soy Boyacense, voy en la 13 con 41, yo voy cada 8 días hace muchos años, soy contratista y retiro material y conocí el restaurante porque tenía un contrato por ahí, me hice cliente del restaurante, al demandante si lo veía cuando estaba al frente del restaurante, él me prestaba el servicio de cuidar el carro y yo salía y le daba propina, las veces que yo lo vi, estaba en la calle, el restaurante no tenía parqueadero ni nada, el restaurante esta sobre la vía, uno parquea afuera, desconozco que hacía él, él siempre cuidaba el carro, siempre afuera, a veces me ofreció lotería y ya, lo vi siempre afuera, yo estaba como hora u hora y media, a veces fui con amigos y él siempre estaba ahí, el señor se ofrecía a cuidar siempre el carro”.

actor siempre ahí, el demandante se ofrecía a cuidar siempre el carro y ayudaba a parquear, por lo que recibía propinas.

El deponente **JOSÉ MIGUEL ACHURY**⁴, quien es el esposo de la demandada, veía al demandante con los amigos por ahí charlando entre la calle 42 y 47, afirmó que la demandada es la propietaria del restaurante, en un momento era otra persona que es hijo de la pareja, eso fue como en el 2014, la demandada es la cocinera, ella coordina a los que están ahí, en el restaurante trabaja la familia, ahí 2 hijas y 2 yernos, no hay nadie más, antes del 2014 no hacían esta labor, no tenían conversaciones ni contacto con el demandante, no veía que la familia tuviera trato con el actor, el restaurante no tiene parqueadero, todo el mundo llega a pie, normalmente dejan sobre la calle el carro, el deponente era quien invitaba a los clientes, por la cuadra solo esta el restaurante, otro hijo es el parrillero, el actor estaba por la calle, no volvió a ver al demandante después de pandemia, la demandada es propietaria desde el 2014, ella primero era cocinera del restaurante, toda la familia recibía el pago del servicio, el restaurante lo abren todos los días, menos festivos si es lunes, no vio nunca que el ofrecieran almuerzo al demandante, la demandada nunca le pagó nada a Humberto Bernal, lo sabe porque le informan sobre los pagos, el restaurante está abierto de 11:30 am a 4:00 p.m., este testigo está en el restaurante desde el 2014, no vio que le dieran órdenes al actor ya que se la pasaba afuera cuidando carros, nunca entró al restaurante y no trabajaba en el mismo.

⁴ **José Miguel Achury**, *récord 01:36*: “Conozco a Gladys porque es mi esposa, yo veía al demandante con los amigos por ahí charlando entre la 42 a al 47, si hay un restaurante en al 41 con 13 a, ella es la propietaria del restaurante, en un momento era otra persona, era un hijo de nosotros, eso fue como en el 2014 que opera el restaurante, mi esposa es cocinera, ella coordina a los que estaba allí, trabaja la familia, ahí 2 hijas y mi persona, 2 yernos, no hay nadie más, antes del 2014 no hacíamos esta labor, yo no tenía conversaciones con él, no tenía contacto con él, no veía que mi familia tuviera trato con él, el restaurante no tiene parqueadero, todo el mundo llega a pie, normalmente lo dejan sobre la calle, yo soy mesero, estaba pendiente de afuera y adentro, yo invitaba a los clientes, por la cuadra solo esta esté restaurante, había otro hijo que es el parrillero, los pagos fue solo a nosotros que somos la familia, en el 2021 ya se había ido él, él estaba por la calle, hace como un año se fue donde él pasaba, no lo volvimos a ver, mi esposa es propietaria como desde el 2014, ella primero era cocinera del restaurante, toda mi familia recibía el pago del servicio, el salario lo pagaba mi esposa, la familia tomaba la decisión de quien trabajaba, mi esposa es la que decide, el restaurante lo abren todos los días, menos festivos si es lunes, no vi que el ofrecerán almuerzo al demandante, mi esposa nunca le pagó nada a Humberto, lo sé porque ella me informa a mí, el restaurante está abierto de 11:30 am a 4:00 pm. estoy en el restaurante desde el 2014, yo no fui dueño del restaurante, sobrino si era dueño, eso fue en el 2014 y fue el que dio la plata, no estaba en otro lugar el restaurante, yo recibía salario, me lo pagaba mi esposa, yo estaba atento para la gente, atendida a la gente, mi esposa daba órdenes, yo no daba órdenes desde la cocina, yo solo atendía y estaba a fuera para que la gente siguiera”.

El señor **HENRY TAVERA FLÓREZ**⁵, es hijo de la demandada, conoció de vista al demandante, lo veía cuidando carros en la calle y vendiendo lotería, lo vio en la calle 41 a la 42, estaba afuera, el restaurante funciona desde mucho atrás, eso fue como desde el 2008, antes estaba un familiar, Israel Flórez a cargo, hubo un cambio porque se vendió una parte, en el 2018 la demandada tuvo el dinero para comprarlo, por eso es la propietaria, hay un salario normal, el demandante estaba incluso como 15 años antes ahí cuidando carros y vendiendo lotería como desde el año 1996 o 1997, era una labor que hacía siempre, él caminaba y vendía, nunca le dieron instrucciones al actor, vio al demandante hasta antes de la pandemia.

El testigo, **JORGE ELIÉCER GALÁN DIAZ** refirió⁶, distinguir al demandante como vendedor al trabajar en el sector, el actor le compraba camisetas, por eso lo conoce, el actor cuidaba los carros, eso fue desde el 2010 o 2011, hay un negocio familiar, pasaba todos los días por ahí, al restaurante no entraba y solo conversaba con el actor, el demandante llevaba clientes y todo, veía que llevaba clientes en varias ocasiones, no veía o supo si le daban órdenes, no se dio cuenta de eso, el actor vendía lotería también, estaba en la puerta y entrando gente para el restaurante, lo veía cuando pasaba por ahí, el actor estuvo hasta el 2017, no lo

⁵ **Henry Tavera Flórez, récord 01:02:00:** “Soy hijo de la demandada, conozco d vista a Humberto, lo he visto cuidando carros en la calle y vende lotería, lo vi de la calle 41 a la 42, estaba afuera, mi madre lo tiene a partir de 29 de enero de 2018, el restaurante esta desde mucho atrás, eso fue como desde el 2008, ante estaba un familiar, Israel Flórez, al año hubo un cambio porque se vendió una parte, en el 2018 mi mamá tuvo el dinero para comprarlo, de ahí para acá ella era la propietaria, trabajamos la familia, mi papa, mi mama y mis cuñados, somos familiares, todos ganamos algo, el negocio no da para distribuciones, hay un salario normal, lo que se necesite se saca la plata, a Humberto lo veía en la calle, él estaba incluso como 15 años antes ahí, yo estaba en otro restaurante y él estaba ahí cuidando los carros y vendiendo lotería, él nunca e ayudó a nada, él vendía lotería desde cuando yo tenía 18 años, como en 1996 o 1997, era una labor que hacía en la mano, el caminaba y vendía, yo no le di nunca instrucciones a él, nunca, yo vi al demandante antes de la pandemia, por eso es que se fue, yo estuve en el restaurante desde que se abrió en el 2008 porque éramos familia, el pago era mensual, no recibo dinero periódico, es para toda la familia, después del 2018 a la fecha es de mi mamá, todos sabemos qué hacemos y cada uno lo hace, mi mamá es la que decide porque es la dueña, mi mamá me da la dinero, mi mamá cocina con mi hermana, mi mama esta desde las 4 am cuadrando todo, el correo aparece registrado ahí porque mi mama no tiene estudio y puso el mío”.}

⁶ **Jorge Eliecer Galán Diaz, récord 02:44:** “Yo distingo al demandante como vendedor, él trabaja en el sector, me compraba camisetas, ñor eso lo conozco, él cuidaba los carros eso fue en el 2010 u 11, algo así, estaba en el restaurante de la 41 debajo de la 13, ahí está a mano izquierda el restaurante hay varios restaurantes, la sueña es una señora que yo veía ahí, uno entra y ofrece los productos y la señora me decía que me retirara, que me saliera, hay un negocio familiar, no sé bien, yo pasé todos los días por ahí, en el restaurante no entraba y solo conversaba con Bernal, el señor que trabajaba en ese pedazo, Bernal era el señor que distinguí del restaurante, llevaba clientes y todo, yo vi que llevaba clientes en varias ocasiones, lo veía en el restaurante, no veía si le daba órdenes, no me di cuenta de eso, él vendía lotería también, él estaba en la puerta y entrando gente para el restaurante, lo veía cuando pasaba por ahí, no sé qué había ahí, no vi nada más, yo le decía que me ayudara con la mercancía y ya, yo lo vi desde que estoy ahí, más o menos en el 2010, él estuvo hasta el 2017, no lo volví a ver mas yo pasaba a las 11 y estaba ahí, no pasaba nadie más, que sepa estaba él, estaba de lunes a viernes, yo lo veía ahí, no en otro restaurante, él estaba halando gente para el restaurante, sacaba unas canecas, lo que yo veía era que sacaba canecas y halaba clientes”.

volvió a ver más, el actor estaba de lunes a viernes, él estaba entrando gente para el restaurante y sacaba unas canecas de basura.

Por último, el señor **MELQUISEDEC** expresó⁷ que veía al actor en la calle vendiendo lotería, lo distingue desde el 2016, solo lo veía con la lotería, el restaurante es un negocio familiar, no hay zona de parqueo, cuando se inició el negocio hubo meseros pero no más, veía al demandante en la calle ya que es un espacio público, en esa zona siempre hay dos o tres personas que cuidan los carros, en esa época estaba el actor ahí, eso fue antes de 2016, las basuras pasan después de las 10 p.m., se abren los sábados y, los domingos no se abre el restaurante.

Así las cosas, del análisis de los medios de convicción recaudados valorados 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, advierte esta Sala de decisión, las mismas resultan precarias para acreditar la prestación del servicio del accionante en favor de la persona natural demandada ni en los extremos aducidos en la demanda ni en época diferente, pues no se aportó ningún medio de convicción diferente que apoye la versión dada por el accionante en su libelo, pues ni siquiera se logró probar la prestación personal del servicio a favor de **GLADYS MARY FLOREZ ZÁRATE**, a efectos de aplicar la presunción legal que operaría en su favor, recordándole al demandante conforme a las normas laborales únicamente le correspondía probar la actividad personal en favor de la pasiva, lo cual no se dio en autos.

De la prueba testimonial recaudada solo se logró comprobar que el demandante ejercía ciertas actividades pero no a favor de la demandada ni a cargo del

⁷ *Tacha- Melquisedec, récord 03:09:02:* " lo he visto en la calle, a la demandada al conozco porque es mi suegra, a él lo he visto vendiendo lotería, la lleva en la mano, desde el 2016 lo he visto, solo lo veía con la lotería, ella es propietaria desde el 2018 que estamos, yo trabajo aquí, es negocio familiar, es ella y los yernos, soy mesero, estoy desde septiembre de 2016, conozco porque soy casado con la hija, aquí inició en el 2008, ante de eso ellos trabajaban pero no había nada más, yo no vivía en el país, no hay zona de parqueo, este negocio es familiar. cuando se inició el negocio hubo meseros peor no más, yo veía a Humberto y estaba en la calle, era un espacio público, el demandante en esa zona siempre hay dos o tres que cuidan los carros, en esa época estaba ahí, antes de 2016, ella estaba a qui porque era cocinera, ella estaba ahí, antes era un sobrino de ella, no sé los detalles, no sé qué pasó, las basuras pasan después de las 10 pm, la demandada es mi tía también, yo recibo salarios, yo no cumplo horario completo, yo hago cosas, se abre a las 12 y se cierra a las 4 pm, desde el 2016 a la fecha he estado y es presencial, hago esto en el interior, no hay exterior, mi suegro hace mesas, llama gente, depende como esté la venta, el sobrino es Israel Flórez, que estaba antes, el cambio no sé cómo se hizo, hay 42 mesas en el restaurante, se abren los sábados, domingos no se abren".

restaurante, pues los testigos coincidieron en afirmar, el señor Humberto Bernal vendía lotería y cuidaba los carros de los clientes que parqueaban por fuera de la calle, acertando en que el restaurante no tiene parqueadero propio.

Así las cosas, no se puede extraer la prestación personal alegada pues la información recaudada no da fe de que las partes pactaron un contrato de trabajo, pues si el demandante ejercía actividades consistentes en cuidar carros lo hacía a mutuo propio y sin que recibiera órdenes de la propietaria del establecimiento del comercio o de los demás integrantes de la familia, bajo el entendido que el restaurante es un negocio familiar.

En esta misma dirección, se tiene que las afirmaciones expuestas en el interrogatorio de parte rendido por el demandante⁸, en lo atinente a la existencia de la relación laboral, los extremos y la remuneración, no pueden ser atendidas a su favor, por cuanto ello sería fabricar su propia prueba, aunado a que ninguno de sus dichos se corrobora con las declaraciones recepcionadas. Además, nótese que la parte actora no hizo el mayor esfuerzo en acreditar en esta litis la existencia de los elementos esenciales de un contrato de trabajo, quedándose los fundamentos fácticos en solo afirmaciones,

Precisando esta Corporación, la afirmación del demandante frente a la existencia de un contrato trabajo con el accionado, como ya se explicó no fue respaldada por ninguna herramienta de acreditación, ni tan siquiera indiciaria, advirtiéndose, tal aseveración, por sí sola, no resulta suficiente para fulminar condena en su contractual y como desde antaño lo ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la C.S.J.

⁸ **Interrogatorio demandante récord 42:26:** " desde el 2004 le pedí trabajo al hijo de él, él me dijo que fuera a al rusa, y empecé desde el CAN, duré 3 años allá, el pago de él era un almuerzo con todas las de la ley, el restaurante lo vendieron, en el 2007 ellos se fueron y ahí yo me quede no me contrató el hijo sino el papá de él, luego se fueron y yo ayude a que coparan el lote, luego me mandaban a entregar la comida al celador, comencé en el 2009 a sacar basuras, jalar gente, de lunes a domingo, sino iba me descontaban 20 mil pesos, entre el 2009 al 2017 yo tenía que abrir la reja, tenía que halar gente, sacar paraguas para los clientes, yo sacaba basura, ayuda a bajar la loza, barría, me daban almuerzo, la gente llevaba carro y yo cuidaba los carros, a mí me regalaban los clientes plata cuando cuidaba los carros, yo tenía que ir a Ecopetrol y otros sitios a llevar almuerzos, terminando en esos tiempos yo vendía lotería y la devolvía en la 49 con 13, a mí las ordenes me las daba de vez en cuando era el marido de ella, yo comencé en el 2009, el hijo José Miguel Tavera lo conocí en el CAN y me dio trabajo y ordenes, él me decía todo, la demandada no me impartió órdenes, los que me decían era José Miguel y el papa, llego a ver hasta 4 trabajadores, el hombre era mesero y la otra ayudaba adentro, estaba un señor Hugo y era un sobrino, yo vendía lotería, luego le llevaba allá en la 49 con 13, yo hacía mis labores de 11:30 hasta que cerraban yo salía a la javeriana a vender a ver que salía, yo estaba de domingo a domingo, ella me decía que no me daban más porque recibía propinas".

en sentencia del 31 de mayo de 1955, criterio que aún hoy sigue conservando pleno vigor, en la que asentó:

“No se crea que quien se presente a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata el artículo 24 del Código sustantivo del trabajo. Esta presunción como las demás de su estirpe, parte de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado. Este hecho es la relación de trabajo personal de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido en la prestación o ejecución de un servicio personal, material o inmaterial continuado, dependiente y remunerado...”

Igualmente, la máxima Corporación en sentencia SL728 de 2021 adujo que *“la Sala sobre dicho punto ha sostenido, que la presunción prevista en el artículo 24 del C.S.T., no exonera al trabajador que persigue su aplicación de que «además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (...) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama»”*.

En ese orden de ideas, esta Sala de decisión concluye, como se ha venido indicando que no se acreditó la prestación del servicio del accionante a favor de la demandada, generando la inaplicabilidad de la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes mencionada.

Así las cosas, se itera el promotor de la Litis debía **por lo menos acreditar la prestación del servicio a efectos de dar aplicación a la presunción legal establecida en el art. 24 del C.S.T.**, siendo oportuno precisar, que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso bajo estudio, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba"*.

En consecuencia, iterando la ausencia de material probatorio a efectos probar la existencia de una prestación personal del servicio en favor del accionado, necesariamente debe colegirse, en autos no se dieron los elementos propios de una relación de carácter laboral, pues no sólo hubo ausencia de pruebas que permitieran acreditar una continuada subordinación o dependencia del actor frente

a la encartada, sino que ni siquiera pudo corroborarse una prestación personal del servicio en los términos expuestos desde el libelo demandatorio, lo cual conlleva de manera obligada a confirmar la sentencia consultada, por las razones aquí expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia.

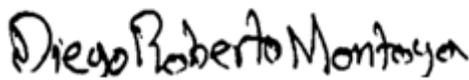
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

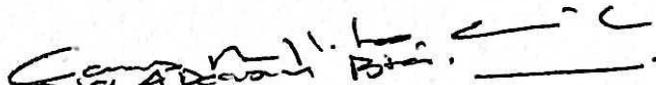
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

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 DANIELA ISABEL
CANTILLO BECERRA CONTRA PORVENIR S.A. Y GENI CONSTANZA
SÁNCHEZ GARCÍA (RAD. 37 2019 00444 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo 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, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de octubre de 2022 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Life Size, archivo 26Acta, récord 25:00), en la que se resolvió:

*“**PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, propuestas por PORVENIR S.A, en consecuencia, se dispondrá ABSOLVER a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR. S.A de todas y cada una de las pretensiones invocadas por la demandante señora DANIELA ISABEL CANTILLO BECERRA, absolució que también se extenderá frente a la convocada a juicio, señora GENI CONSTANZA GARCIA SANCHEZ, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la parte demandante en costas a favor de la demandada PORVENIR S.A., para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma equivalente de un salario mínimo mensual legal vigente.”}*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, manifestando¹, el A quo vulneró el derecho al debido proceso bajo el

¹ **Recurso parte actora, Récord 26:45:** “Su señoría me permito presentar recurso de apelación contra esta providencia, conforme a lo previsto en el artículo 62 y 66 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, en concordancia con la Ley 2213 del 2022, artículo 13, para lo cual procedo a sustentar ante los magistrados del Tribunal el presente recurso así:

Primero dentro del fallo y la motivación se está violando de manera directa una norma jurídica sustancial, primero el debido proceso en el entendido en que el juez de primera instancia el a quo no tuvo en cuenta la determinación de la fijación del litigio según audios, en la cual en la audiencia preliminar se señaló no solamente la fijación del litigio se daba en cuanto al reconocimiento o no del derecho a obtener la devolución de saldos por parte del demandante que jamás se pidió dentro de las pretensiones declarativas y mucho menos dentro de las condenatorias como se advirtió por parte del a quo, sino que también se agregó por parte del a quo que dentro de la fijación litigio se iba a entrar a que, a examinar el cumplimiento de las obligaciones de Porvenir respecto a la reclamación debidamente soportada y sustentada por la señora. Daniela Isabel Cantillo, el día 15 de noviembre del 2017.

Asimismo, por parte del a quo no se tuvo en cuenta la violación directa y probada de la omisión al deber de información, que es un derecho fundamental, si bien es cierto el derecho a la Seguridad Social es fundamental, este también es un derecho fundamental el deber de información y la obligación de información, no solamente por parte de Porvenir, sino por parte de la llamada en garantía que claramente se probó en las grabaciones entregadas por parte de Porvenir y por eso también hay una violación indirecta de la ley sustancial como consecuencia de un error de hecho derivado del desconocimiento de una norma probatoria, porque no se hizo mención dentro del fallo a las pruebas testimoniales debidamente aportadas al proceso, al interrogatorio de parte debidamente aportado al proceso, a las documentales, pruebas de los regimientos ejecutados por el Juzgado quinto de familia, pruebas a la respuesta debidamente aportadas por parte Porvenir al Juzgado quinto de familia y aquí demandadas, por ende hay un error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda y adicionalmente, la sentencia no está en consonancia con los hechos ni las pretensiones de la demanda, se advierte y se aclara que nunca se pidió que se honrará la conciliación, no se cuestiona la validez de un acto procesal de conciliación, también se aclara y se advierte que acá no es discusión la calidad de beneficiaria ni la renuncia de un derecho irrenunciable a la calidad de beneficiaria de la señora. Geni Constanza García, por el contrario, se está solicitando es el reconocimiento al pago de una indemnización derivada como bien lo advirtió el a quo en su motivación en que, una responsabilidad extra contractual, extracontractual por la omisión de un deber de información, por la omisión de unas cargas previas que fueron cercenadas, fueron desconocidas a favor de quién, a favor del demandante, por ende, esto tendrá que ser objeto de revisión por parte del ad quem.

Asimismo, me permito indicar que se ha evidenciado por parte del estrado del despacho un error de valoración probatoria, en el sentido de que ha sido plenamente probado repito que Porvenir incumplió el deber de información previsto en la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes del Sistema General de Seguridad Social integral y del Estatuto de protección al consumidor y de los usuarios del sistema, en la omisión clara del deber de información, entre otras del Decreto 663 del 93 artículo 24, artículo entre otras, de la Ley 795 del 2003.

Adicionalmente, mi prohijada en el acto procesal del 5 de abril concilio sin conocer la realidad del estado de las solicitudes, prueba de ello es que el despacho lo afirmo y lo corrobora en la motivación del fallo y también esto está probado en la omisión del deber de información en todas las comunicaciones cruzadas entre Daniela Cantillo y Porvenir, donde se evidencia que esta última actuó en contravía Porvenir de su deber de diligencia, prudencia, lealtad, corrección, obligaciones de resultado claramente reconocidas por parte de la jurisdicción laboral y por parte de la Honorable Corte Constitucional y vulneró el deber de notificación, ya que tan sólo hasta el 24 de abril del 2018, fecha en la cual ya se había consumado este acuerdo patrimonial de cesión de créditos o derechos, no de la calidad de beneficio, como no lo pudo justificar ni advertir el juez que incurre en error violatorio de una norma de derecho sustancial y en error violatorio de unas normas procesales mínimas de apreciación probatoria que se tenían que haber expuesto acá al poder exhibir y poder desmenuzar y poder justificar cada una de las piezas procesales probatorias que aquí le dan claridad y le dan certeza a la prosperidad de las pretensiones declarativas y condenatoria, tan es así que la señora Geni Constanza inclusive advierte que desde el mes de enero del 2018 recibe los recursos. Así las cosas es plenamente responsable Porvenir de que Daniela Cantillo no hubiese tenido la oportunidad de ejercer su derecho de oposición y su derecho de defensa dentro de ese cuestionamiento de la declaración de la unión marital, porque cabe anotar que si bien es cierto en el mes de julio del 2017 fue reconocida por AL Positiva, dentro de esas actividades de reconocimiento no se ejerció la oposición por parte de la aquí

demandante, ni se pudo hacer la oposición por parte de la aquí demandante, ya que se cercenó su derecho de oposición en ese proceso de unión marital de hecho, ese proceso de unión marital de hecho tenía que haberse retirado por parte de la señora Geni Constanza, pero por el contrario persistió en que, en adelantar ese proceso de declaración de unión marital de hecho y de una manera libre y voluntaria, porque se advierte que hubo denuncias penales, que hubo temeridad, no me consta y adicionalmente la validez y legalidad ese acto procesal el a quo no la cuestiona, ya que tanto en primera como en segunda instancia se perdieron los incidentes de nulidad propuestos por la apoderada de la señora Geni Constanza, así que no es objeto de cuestionamiento la validez o invalidez de ese acuerdo transaccional o de esa sesión de créditos o derechos dados en ese acto de conciliación como mal es valorado y aportado por el a quo dentro de la sentencia de este proceso.

Adicionalmente, las decisiones tomadas respecto del acuerdo patrimonial evidentemente serían otras sí se tenía la certeza que la señora Geni Constanza había recibido los recursos o los dineros provenientes del ejercicio de su derecho como beneficiaria de la devolución de saldos, repito que no está siendo pretendido acá y no es la base de esta litis.

El ordenamiento jurídico colombiano claramente consagra que la Seguridad Social goza de especial protección, como lo ha dicho el a quo, pero es que el derecho a la Seguridad Social también tiene unas obligaciones de información por parte de los operadores jurídicos, el a quo no determina el deber de información como un operador jurídico que es una sociedad símil a una entidad usuaria, maneja unos recursos ajenos y tiene unas obligaciones de resultado, lo cual tiene que ser cuestionado y valorado por parte del ad quem para poder otorgar la génesis del derecho de esta litis que desde el comienzo se le advierte al a quo no está centrado en el derecho a obtener o no el reconocimiento a la devolución de saldos, por el contrario está sentado en una omisión al deber de información que causó una lesión al patrimonio económico de la demandante respecto a la renuncia de su derecho de oposición y contradicción en un proceso de declaración de unión marital de hecho.

Asimismo, debemos entender que este derecho fundamental a la información claramente es reconocido en cientos de jurisprudencias expuestas por parte de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, en la cual se advierte y se advertido que la información es considerada como el derecho de todo ciudadano a enterarse sobre aquello que se desconoce en ese sentido y que es determinante como la génesis del derecho aquí a reclamar, las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados información completa, comprensible, a la medida de la simetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado usuario en esta materia de alta complejidad y por ende es necesario expresarle al a quo que de ninguna manera se repite, se está cuestionando quién tiene o no tiene el derecho de recibir la devolución de saldos, sino la negligencia, la imprudencia, la impericia y la falta del deber de cuidado de información y la culpa de Porvenir al no notificar de manera oportuna, clara, verás la suerte de la reclamación perpetrada por mi prohijada el día 15 de noviembre de 2017, situación que no se tiene en cuenta dentro de la motivación del fallo tampoco y por ende la omisión a este deber de información desencadena en que las personas, especialmente mi prohijada, tome decisiones basadas en una información errónea y no informada de manera maliciosa por parte de la señora Geni Constanza, informada de manera culposa por parte de Porvenir.

Para que no existan dudas señores ad quem tal y como seguiré a sustentar, porque estos son los reparos ante el ad quem en segunda instancia sobre los aspectos legales que tenía y debía tener conocimiento mi prohijada en ejercicio de un derecho fundamental consagrado en el artículo 15 de la Constitución, es necesario expresar también. que aquí no estamos hablando de un derecho irrenunciable, no, no se entiende cómo la motivación del a quo se basa en esta pretensión no perpetrada dentro declarativas, ni mucho menos perpetrada en las condenatorias, donde claramente se dice o lo que corresponda la suma de dinero perdida en detrimento de los intereses patrimoniales de mi prohijada, equivalente a los 326 millones de pesos, no estaba alegando el derecho al reconocimiento de la devolución de saldos ni al reconocimiento de la calidad de heredera, ni de la calidad de beneficiaria de la señora Geni Constanza como lo advierte el a quo en la motivación de esta sentencia, por el contrario se desconoce incomprensiblemente que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y con las pretensiones de la demanda, entonces no hay una elaboración, no hay una argumentación, no hay una motivación para poder cercenar y negar el derecho a obtener una indemnización, una reparación.

Ustedes conocen claramente las pretensiones, entonces acá estamos no frente a la renuncia de un derecho irrenunciable como es el derecho a la calidad de beneficiaria por parte de la señora Geni Constanza, repito, sino a la cesión de un crédito, a la cesión de un derecho, no estamos hablando de la renunciabilidad repito de la beneficiaria, es más, es un hecho superado tanto que el Juzgado Quinto Civil de Familia, tanto en primera como en segunda instancia el tribunal confirma que el acuerdo era legal, razón por la cual no prosperan las nulidades interpuestas por la señora Geni Constanza cuestionando la validez ni los motivos

entendido que no tuvo en cuenta la determinación de la fijación del litigio según audios, en la cual en la respectiva audiencia se señaló que giraría en torno a establecer el reconocimiento o no a obtener la devolución de saldos por parte de la demandante así como a examinar el cumplimiento de las obligaciones de Porvenir respecto a la reclamación efectuada por la señora Daniela Isabel Cantillo el día 15 de noviembre del 2017.

Agregó, no se tuvo en cuenta la violación directa y probada de la omisión al deber de información, que es un derecho fundamental, no solamente por parte de Porvenir, sino por parte de la litis consorte, en su sentir, no se hizo mención dentro del fallo a las pruebas documentales, testimoniales e interrogatorio de parte aportado al proceso, por ende, hay un error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda.

Consideró este extremo, la sentencia no está en consonancia con los hechos ni las pretensiones de la demanda, pues nunca se pidió que se honrará la conciliación, no se cuestiona la validez de un acto procesal de conciliación, así como no es discusión la calidad de beneficiaria, se está solicitando el reconocimiento al **pago de una indemnización derivada de una responsabilidad extracontractual por la omisión de un deber de información**, por la omisión de unas cargas previas que fueron cercenadas a la demandante.

Argumentó, existe un error de valoración probatoria, en el sentido de que ha sido plenamente probado que Porvenir incumplió el deber de información previsto en la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes del Sistema General de

que la conllevaron a que, a negar que había recibido la devolución de saldos al ceder su derecho de crédito o al ceder su derecho a que, a la suma a la cual fue beneficiaria por esa devolución de saldos, debidamente consignada desde la fecha 31 de agosto del 2018.

Los argumentos expuestos se reducen a una litis totalmente diferente a la entendida y a la interpretada por parte del a quo, una lista totalmente distinta que acá no se estaba cuestionando el derecho a obtener devolución de saldos, ni el derecho a obtener la calidad de beneficiario, repito por séptima vez, acá lo que se estaba cuestionando es la omisión del deber de información de Porvenir, pues cerceno el derecho de oposición y el derecho de contradicción del aquí demandante víctima que no pudo conciliar en ese acto procesal un derecho ya, un derecho económico que, ya adjudicado a la llamada aquí a título de litisconsorte. Asimismo, no se advierte una justificación jurídica de que, de la omisión al deber de información por parte de Porvenir por el a quo, ni mucho menos se hace referencia a esa omisión ni a la argumentación contentiva en ese nexo causal que se le prueba debidamente al a quo, con que, con las pruebas testimoniales, con las pruebas documentales, con el interrogatorio de parte elaborado en contra de la representante legal y con la declaración de parte y con el cuestionamiento o interrogatorio contra la litisconsorte, lo que conlleva a que mi prohijada suscribe un acuerdo patrimonial el 5 de abril con unos hechos que le son desconocidos por culpa imputable a quien, a Porvenir, por ello sustento este recurso de apelación en debida forma con los reparos respectivos reservándome la posibilidad de sustentarlo en segunda instancia, agradezco su señoría.”.

Seguridad Social integral, Estatuto de Protección al Consumidor y de los usuarios del sistema, en la omisión clara del deber de información contemplado en el Decreto 663 de 1993, artículo 24 y Ley 795 del 2003.

Adicionalmente, la demandante el 5 de abril de 2018 concilió sin conocer la realidad del estado de las solicitudes, prueba de ello es que el despacho lo afirmó y lo corroboró en la motivación del fallo y también está probado en la omisión del deber de información en todas las comunicaciones cruzadas entre Daniela Cantillo y Porvenir, donde se evidencia que esta última actuó en contravía de su deber de diligencia, prudencia, lealtad, corrección, obligaciones de resultado claramente reconocidas por parte de la jurisdicción laboral y por parte de la Honorable Corte Constitucional.

El recurrente afirmó, Porvenir es plenamente responsable de que Daniela Cantillo no hubiese tenido la oportunidad de ejercer su derecho de oposición y defensa dentro del proceso de unión marital, por lo que, las decisiones tomadas respecto del acuerdo patrimonial evidentemente serían otras sí se tuviera certeza de los dineros que había recibido la señora Geni Constanza cuando se suscribió el acuerdo en la jurisdicción de familia.

Añadió, el ordenamiento jurídico colombiano consagra que la Seguridad Social goza de especial protección, pero ese derecho tiene unas obligaciones de información por parte de los operadores jurídicos, pues esta litis desde el comienzo no está centrado en el derecho a obtener o no el reconocimiento a la devolución de saldos, por el contrario está dirigido a la omisión al deber de información que causó una lesión al patrimonio económico de la demandante respecto a la renuncia de su derecho de oposición y contradicción en un proceso de declaración de unión marital de hecho.

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 DANIELA ISABEL CANTILLO BECERRA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (páginas 1 y 2, archivo 03Subsanación.pdf) las cuales

encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 2 a 5, archivo 03Subsanación.pdf), aspirando se declare que Porvenir ha incumplido el deber de información previsto en la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes del Sistema de Seguridad Social Integral por no notificar el rechazo de la solicitud denominada “reclamación pensión por sobrevivencia afiliado con herederos” a tiempo (31 de enero de 2018), lo que conllevó a que no se permitiera la adopción de decisiones informadas, ni oportunidad de objetar, oponerse o recurrir, así mismo, se declare el incumplimiento en la validación y verificación de los requisitos consagrados en los artículos 76 y 78 de la Ley 100 de 1993, que la demandada al omitir sus deberes y cargas generó la aceptación de un acuerdo extra patrimonial de fecha 5 de abril de 2018 motivada en el desconocimiento del giro de la devolución de saldos a favor de Genni Constanza García Sánchez, consecuente con esto, se condene a la demandada al pago de \$326.692.000 por concepto de devolución de saldos, rendimientos previstos en el artículo 78 de la Ley 100 de 1993, a partir del 5 de Abril de 2018, fecha del nacimiento del derecho y hasta la respectiva fecha de pago efectivo, facultades extra y ultra petita y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones**, por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar, no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la devolución de saldos, luego de analizado el contenido de los requisitos previstos en los artículos 47, 74 y 78 de la Ley 100 de 1993, concretamente advirtió, la actora no acreditó la condición de beneficiaria pese a ser la hija del causante ya que a la fecha del deceso tenía 24 años y estaba laborando encontrándose activa, en el Sistema y ser una trabajadora dependiente, además había culminados los estudios en esta época.

Destacó, la litis consorte Genni Costanza fue compañera del cujus conforme a la investigación realizada por la ARL POSITIVA, conviviendo desde noviembre de 2007 por un periodo de 9 años, aunado a los testigos que dieron fe de la convivencia de manera ininterrumpida, acreditándose la condición de beneficiaria de la litis, esto, debido a la oposición de la parte actora en el cumplimiento de Porvenir frente al deber de información. Concluyó el A quo, Porvenir actuó dentro del marco objetivo de la devolución y no puede reprochársele la entrega de los dineros por concepto de devolución de saldos cuando la litis consorte Geni Constanza tiene una condición de ley, que da lugar a restringir lo pactado en el acuerdo celebrado en la jurisdicción de familia, aún más cuando le había sido

reconocida una pensión por parte de la ARL POSITIVA. Adicionalmente expuso el juzgador de primer grado, no se puede renunciar a la naturaleza de los derechos de la Seguridad Social Integral.

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, en virtud del principio de consonancia, se circunscribe en determinar, a quién le asistía el derecho a obtener la devolución de saldos causada por el señor JAIME CRISTOBAL CANTILLO APONTE (q.e.p.d.), así como a examinar el cumplimiento de las obligaciones de Porvenir S.A. frente a la solicitud de “devolución de saldos” incoada por Daniela Isabel Cantillo el día 15 de noviembre del 2017, y como consecuencia, establecer la procedencia del pago de una indemnización derivada de una responsabilidad extracontractual por la omisión de un deber de información de PORVENIR S.A.

En primer lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley 100 de 1993, la devolución de saldos procede cuando el afiliado: *«fallezca sin cumplir con los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes, se le entregará a sus beneficiarios la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos y el valor del bono pensional si a este hubiere lugar»* (Subraya fuera de texto).

Del anterior recuento, lo primero que ha de sostener la Sala es que no se equivocó el A quo cuando afirmó que la devolución de saldos en el régimen de ahorro individual será entregada no solo a quien tiene la calidad de beneficiario pensional sino también a los herederos del afiliado, en tanto de la lectura de los artículos 76 y 78 de la Ley 100 de 1993 se extrae que será otorgada: *i)* cuando se acredita la calidad de beneficiario y, *ii)* a falta de aquellos, ingresa a la masa sucesoral.

En este orden, es procedente verificar si la demandante Daniela Cantillo cumple los lineamientos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, literal c), dirigido a reconocer como beneficiarios a los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes.

En aplicación de lo anterior, verificando las pruebas recaudadas en el expediente, se extrae que a la fecha del deceso del señor JAIME CRISTOBAL CANTILLO APONTE (q.e.p.d), la actora DANIELA CANTILLO contaba con 24 años y a su vez laboraba, es decir, percibía ingresos y evidentemente no dependía económicamente de su señor padre², incumpléndose la calidad de beneficiaria para acceder al reconocimiento y pago de la devolución de saldos, situación que de todas maneras, como lo advirtió el recurrente no ha sido desconocida por la demandante, sin embargo, analizadas las pretensiones de la demanda y verificada la litación del litigio (*récord 16:00, audiencia art 77 CPTSS*) se hace necesario analizar este punto.

Retomando, la actora corroboró en el interrogatorio de parte que³ no reúne los requisitos previstos en la normatividad y que no ostenta la calidad de beneficiaria, pero sí de heredera. En su lugar, Genni Constanza adujo ser beneficiaria del señor Jaime Cristóbal Cantillo Aponte, entonces, con el fin de analizar si el a quo cometió los yerros que se le atribuyen, se procede al examen de las pruebas.

² Se prueba la calidad de hija con el registro civil – página 39, 01EscritoDemanda.pdf.

³ **Demandante Daniela Cantillo – De oficio (récord 01:06:19 a 01:12:30):** “Yo empecé hacer la petición en Porvenir desde marzo de 2017 en las prueba hay una llamada donde digo que ya tengo los documentos y que quería una cita, la cita me la dan para marzo, voy y radico papeles, no sé de plazos no procesos y luego me di cuenta que Genni me demandó y tengo que conseguir Abogado y ellos me dicen que tenía que hacer todo el proceso, yo volví a llamar en octubre de 2017 para hacer le proceso de devolución de saldos y me acuerdo en la 94 con 15 a radicar papeles y no se me informa que otra persona está solicitando al devolución, yo fui al Juzgado de Familia en conciliación, yo concilio para sanear la muerte de mi papá y no tener pleitos con nadie, ella me dijo que no había recibido saldos, quedó estipulado que iba a coadyuvar para que me entregaran los saldos, es evidente que no habían entregado nada, luego Porvenir dijo que el 31 de enero de 2018 había entregado los saldos, fecha anterior a la audiencia, se ocultó información y se obro de mala fe, el acuerdo de beneficiaria fue antes y aporté documentos en Porvenir probado mi calidad, para el día del fallecimiento, diciembre de 2016 no recuerdo si estudiaba.

A instancia de el apoderado de la demandante (récord 01:12:37a 01:16:27): ” Yo suscribí el acuerdo pero que alega, estaba el Juez y el Curador, no hubo amenazas y nunca amedrente a la señora Genni, ahí se hizo el acuerdo de entregar, me los saldos de Porvenir bajo el argumento que no se habían entregado todavía, yo solicité los saldos como heredera, la señora Genni no cumplió con absolutamente nada, el acuerdo consistía en que ella me iba a ceder la devolución de Porvenir y además me iba a dar los seguros del avión de mi papa y yo le entregaba los carros, ella tenía un maletín del día del accidente y no me lo entregó, Porvenir no me notificó sobre le pago de los dineros Genni Constanza hasta que hice la llamada, si no la hago no me entero”.

A instancia de la Litis Genni Constanza (récord 1:16:29 a 01:20:17): No cumplí el acuerdo porque no estoy obligada a lo imposible porque ella no entregó nada y me dijo que no iba hacer nada, los abogados notificaron que los carros estaban al día para hacer el traspaso antes, yo no le podía pasar el acarro antes, no entregamos los carros, pero mostramos que teníamos la intención buscando a la Abogada, yo tenía 24 años al fallecimiento de mi padre, yo era profesional, no tengo discapacidad, trabajo desde hace 6 años o 7 años, yo trabajaba cuando mi padre falleció, la sucesión se abrió en 2017, no recuerdo fecha, hice edictos y todo el proceso eso fue en Notaria”.

Al respecto, se aportó la reclamación de prestaciones económicas de fecha 15 de noviembre de 2017, radicada por la aquí demandante en Porvenir bajo el No. 019012502869800, acuerdo del 5 de abril de 2018 suscrito en el Juzgado 5º de Familia de Oralidad de esta ciudad, por medio del cual la aquí demandante y la litis consorte Genni Constanza García pactaron la entrega de la devolución de saldos a favor de la primera, entre otras obligaciones (páginas 69 a 73).

Obra respuesta de Porvenir de fecha 24 de abril de 2018 (pág. 74 y s.s. ibidem), en la que se informa a Daniela Cantillo la existencia de un beneficiario con mejor derecho reclamar las prestaciones causadas con ocasión del fallecimiento del afiliado, por cuanto, la Administradora tuvo conocimiento de la existencia de Genni Constanza García Sánchez en calidad de compañera permanente del causante, solicitud de reconsideración, derecho de petición de Daniela Cantillo radicado en Porvenir el 24 y 27 de abril de 2018 y respuesta de Porvenir del 3 de mayo de 2018 informando la no devolución de saldos a la actora.

El 11 de mayo de 2018 Porvenir comunicó a la actora, que se realizó la devolución de saldos a la señora Geni Constanza, así mismo obra comunicación de la ARL POSITIVA S.A. en la que informa el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en favor de la señora Geni Constanza al haberse acreditado la calidad de compañera permanente.

Igualmente, reposa en este asunto las piezas del proceso que cursó (a) en el Juzgado 5º de Familia radicado bajo el No. 2017-00184.

Frente a la prueba testimonial, la deponente Daniela Amaya León⁴ realizó una síntesis de todas las actuaciones surtidas en PORVENIR S.A. al fungir como

⁴ **Daniela Amaya León (récord 01:26:38 a 01:57:30):** “Soy Abogada, especialista en Seguros, Conocí a Daniela como consecuencia del fallecimiento de su padre, la conocí con un grupo de Abogados para colaborarle en todo el proceso frente a la aseguradora, posteriormente he sido apoderada de ella en otros procesos en contra de Genni Constanza, el año pasado me otorgó poder para la continuidad del proceso ejecutivo y un incidente de responsabilidad y ante el Consejo Superior de la Judicatura que esta en curso, en contra de la segunda Abogada y luego Marta Lucia, frente a este proceso le colabore para que iniciara la reclamación en Porvenir de manera formal, entonces por falta de tiempo ella, estábamos al tanto de las actuaciones, se radicaron los documentos, ella como heredera de su padre, ella nunca reconoció a Genni como compañera, siempre estábamos juntas e íbamos a Porvenir y contestaban que los documentos estaban en validación y se demoraban entre 4 a 6 meses, a pesar de eso, le dijimos a la asesora de Porvenir, Adriana Castrillón que había una sucesión y que luego se entregaba el dinero, Daniela aportó los documentos que solicitaron, luego dijeron que había una reclamación, luego seguimos con la llamada y ante de la audiencia que tenía decían que seguía en trámite, en la audiencia ella ingresó con su apoderado y dijo que quería llegar a un acuerdo, en la audiencia estaba el juez, testigos, partes y apoderados, llegaron a un acuerdo y se

apoderada en ciertas etapas, exponiendo que se presentó reclamación ante Porvenir para solicitar la devolución de saldos, pero se llegó a un acuerdo con Genni Constanza en el Juzgado 5º de Familia de Bogotá, consistente en que la actora se quedaría con el valor total del dinero que fuera liquidado por la AFP, a lo que Genni Constanza accedió, entre otras obligaciones. Igualmente, ilustró al a quo en cuanto a las gestiones que se han realizado para obtener el cumplimiento de la obligación contraída.

Por su parte, Leonardo Alfonso Valdez Velasco⁵ actuó como apoderado de Daniela Cantillo en un proceso que adelantó la litis consorte para la declaración de

tocó el tema de los seguros, ese día le entregaron a Daniela un dinero, quedó en entregar el dinero, Genni dijo que no le habían entregado nada, Daniela debía reclamar en Porvenir el dinero, la unión marital no se declaró, a los 2 días supimos que Genni ya había recibido la plata, el 9 de abril nos dijeron en Porvenir que se demoraba 6 meses, los de Porvenir seguían ocultando los tramites y la abogada renunció al proceso, esperé como 2 o 3 horas nos dijeron por escrito que la solicitud ha sido rechazada y que Genni tenía el dinero, Porvenir le contestó al Juzgado 5 que había consignado en enero de 2018, luego iniciamos el ejecutivo y nulidad, esa es la historia, a pesar que Genni interpuso un incidente de nulidad eso no prosperó, en ese momento yo no fungía como Abogada porque no tenía el título, si estuve ahí, como heredera aportó la sucesión ante Notaria, se entregaron todos los documentos que son como 24, ellos piden absolutamente todo, ella Daniela ya trabajaba entonces Porvenir decía que como no dependía de su padre tenía derecho a la devolución de saldos como heredera, cuando fue la conciliación Genni dijo que Positiva la reconoció como compañera pero Daniela por no pelear dijo que no iba a debatir eso al ser el acuerdo, Daniela nunca reconoció a Genni como compañera permanente lo que se hizo fue no discutir, era para no tener más litigios, eso es lo que sé, se instauró el proceso ejecutivo y en primera instancia nos dijeron que si y en segunda instancia dicen que no de la manera como quedó el acuerdo, el Tribunal dijo que Genni debió decir que tenía el dinero, Daniela inició conversaciones para cumplimiento y luego Genni allega un cheque en copia y luego lo revoca e inician denuncias, Porvenir tuvo un autor gravísimo al no notificar a Daniela la decisión, nunca comunicó nada”.

⁵**Leonardo Alfonso Valdez Velasco (récord 01:59:01 a 02:37:00):** “Conozco a Daniela y Genni, yo actué como apoderado de Daniela Cantillo, es un proceso que adelantó Genni para la declaración de la unión marital de hecho, todo inició a través de esa demanda en contra de la heredera, solicitó el embargo de ellos bienes y entre esos un seguro que estaba el tema de la devolución de saldos y unas acreencias de tipo laboral y bienes unos vehículos, todo eso fue embargado, contestamos la demanda y fuimos citados, en esa audiencia la Juez intermedio para conciliar, en el proceso dijeron que Genni ya tenía al pensión y que no quería perderla porque si la demanda no prosperaba le quitaban la pensión, dijimos que no se le iba a quitar eso y por eso se llegó al acuerdo a favor de Daniela Cantillo, estaban las dos reclamaciones en Porvenir y Genni dijo que no había recibido nada, ella dijo que cedía los derechos económicos de la devolución de saldos, finalmente no se cumplió el acuerdo y se hizo la solicitud ante Porvenir, hay comienzas las denuncias y nos dimos cuenta que Genni no dijo que ya tenía el dinero, nunca se cumplió el acuerdo, se interpusieron unas demandas y denuncias por las actuaciones de las Abogadas aún más sabiendo del embargo y todo lo que existía, yo fui el apoderado de Daniela pero me revocaron el poder por los inconvenientes, porque nos dejamos engañar, a Daniela se le explicaron todas las circunstancias y la Juez también, se le informaron cuáles eran todos los derechos y sobre la devolución de saldos, también estaba el malefín que nunca devolvió Genni, las reclamaciones son las hice yo directamente pero si fue antes de la demanda de unión marital de hecho, Porvenir luego indico que el dinero se habían entregado, la señora Genni tuvo a una Abogada y se inició una nulidad y se compulsaron copias al Consejo Superior, nunca le prosperaron las nulidades, no sé en qué resultó, había un acervo probatorio para desvirtuar la declaración de unión marital de hecho pero por el acuerdo no se hizo nada, nunca intimide a la señora Genni, la Juez planteó el acuerdo y Genni estaba representada por su Abogada, que después hubo acciones sí, pero fue por el incumplimiento, Genni nunca fue sometida y habían profesionales del Estado, Daniela se enteró del dinero porque además Porvenir contestó al juzgado y llamaba a Porvenir, en enero se recibió el dinero y ella nunca dijo nada, el acuerdo fue abril, yo hable con la Doctora Yobani y dijo que el dinero lo había recibido pero faltaba el embargo de los carros, pero lo que hicieron fue presentar un cheque de Gerencia que nunca apareció y lo cambiaron, cuando nos enteramos que había recibido, el cheque lo revocaron y la plata no sabemos dónde se

la unión marital de hecho, expuso, fueron citados a una audiencia por la Juez para conciliar, en el proceso informaron que Genni ya tenía la pensión y que no quería perderla porque si la demanda no prosperaba le quitaban la pensión, entonces, accedieron y se llegó al acuerdo a favor de Daniela Cantillo, consistente en la devolución de saldos. Finalmente, no se cumplió el acuerdo y se hizo la solicitud ante Porvenir, en este momento comenzaron las denuncias y se dieron cuenta que Genni no dijo que ya tenía el dinero el 5 de abril de 2018 cuando le había sido reconocido en enero de 2018.

Valorados en conjunto los anteriores medios, se establece, Porvenir no erró en indicar que la prestación ya fue definida, reconocida y pagada en un 100% a la señora Geni Constanza García Sánchez en calidad de compañera, quien se presentó y acreditó el derecho que le asistía sobre la prestación del señor Cantillo Aponte, de acuerdo a lo establecido en los artículos 74 y 76 de la Ley 100 de 1993, acertando con ello el a quo al reconocer esta calidad e indicar que le asistía el reconocimiento y pago de la devolución de saldos a la litis consorte, desplazando a la aquí demandante como heredera.

Además, debe tenerse en cuenta que la señora Genni Constanza ya había sido reconocida como compañera permanente por parte de la ARL POSITIVA S.A. al serle reconocida la pensión de sobrevivientes, situación que fue acreditada ante Porvenir, generando una seguridad jurídica frente a la legitimación para reclamar.

Así las cosas, a quien le asistía derecho para reclamar el pago de la devolución de saldos, conforme lo prevé el artículo 15 de la Ley 776 de 2002⁶, por así acreditarlo, era a la señora Genni Constanza, actuando Porvenir S.A. dentro del marco de la ley al entregar la suma de \$326.692.000.

fue, Genni no quería perder la pensión, esa fue la razón de no continuar porque la Juez dijo que en caso de perderse el proceso de unión marital no había lugar a la pensión, Genni no quería perder la pensión”.

⁶ **ARTÍCULO 15. DEVOLUCIÓN DE SALDOS E INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA.** Cuando un afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, además de la pensión de invalidez o de sobrevivientes que deberá, reconocerse de conformidad con la presente ley, se entregará al afiliado o a los beneficiarios:

- a) Si se encuentra afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la totalidad del saldo de su cuenta individual de ahorro pensional;
- b) Si se encuentra afiliado el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida la indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

PARÁGRAFO. Para efectos del saldo de la cuenta de ahorro individual, los bonos pensionales, en desarrollo del artículo 139 numeral 5, de la Ley 100 de 1993, se redimirán anticipadamente a la fecha de la declaratoria de la invalidez o de la muerte de origen profesional.

Sumado a ello, es importante aclarar que el derecho a la seguridad social, que comprende no solo la pensión sino la devolución de saldos, tiene el carácter de irrenunciable, en virtud de lo dispuesto en el Art. 48 de la Constitución Política de Colombia, por lo que no se podía dejar de reconocer este derecho pese al contenido del acuerdo conciliatorio celebrado ante el Juzgado 5º de Familia de Bogotá.

Por lo expuesto, la señora Genni Constanza tenía mejor derecho que la demandante frente al pago de la devolución de saldos, no encontrándose error en este proceder por parte de Porvenir S.A., misma conclusión del juez de primer grado.

En otro giro, se encuentra demostrado que la señora Genni Constanza en calidad de beneficiaria recibió el dinero por concepto de devolución de saldos en el mes de enero de 2018, conforme lo aceptó en el interrogatorio de parte (*récord 01:00:39, archivo 24, audiencia 08 de agosto de 2022*) y, posteriormente, suscribió el 5 de abril de 2018 el acta de conciliación ante el Juzgado 5º de Familia de Bogotá, escenario en el cual se acordaron; entre otros aspectos, lo relativo a la devolución de saldos, en los siguientes términos⁷:

3) Igualmente la demandante reconoce a favor de la demandada el depósito judicial # 400100005973236 por valor de \$3,307,641.00 que se encuentra a órdenes del Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá. Así mismo la demandante reconoce y acepta que el 100% de los dineros correspondientes a la devolución de los saldos por concepto de pensión que se encuentran en el Fondo de Pensiones Porvenir sean entregados a favor de DANIELA CANTILLO BECERRA, para lo cual, en caso de ser necesario coadyuvará con la solicitud ante Porvenir o, si llegado el caso, éstos llegan a ser entregados o reconocidos a favor de GENI CONSTANZA GARCÍA, ella dará orden al Fondo para que éstos sean consignados a favor de la aquí demandada o en su defecto consignados a la cuenta de ahorros del Banco Citibank #1009507589 a nombre de DANIELA ISABEL CANTILLO BECERRA.

¶

⁷ En el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá cursó el proceso verbal de unión marital de hecho, adelantado por Geni Constanza García Sánchez contra Daniela Cantillo Becerra y herederos indeterminados, en su lugar dentro de este proceso ordinario laboral funge como demandante Daniela Cantillo Becerra y demandada Geni Constanza García Sánchez.

Si bien, el anterior acuerdo fue incumplido, lo cierto es que esta Sala no puede fulminar condena en contra de Porvenir, pese a ser una entidad que integra el Sistema de Seguridad Social derivada de una eventual omisión en el deber de información ya que, el deber de entregar los saldos existentes en la cuenta del cujus Jaime Cristóbal Cantillo Aponte ya fue satisfecho, y de **manera legal** como se explicó en precedencia, y de trascendencia para examinar este punto, de manera que si la AFP incurrió en mora, o no notificó oportunamente a la señora Daniela Cantillo que no tenía derecho a la devolución de saldos, ello no genera - *per se*- un nexo causal con lo ocurrido al interior del acta de conciliación, en relación con lo aquí plasmado o que de haberlo conocido con antelación, la redacción del acuerdo ante el Juzgado de Familia, hubiese sido distinto, y que de contera emanen perjuicios a cargo de la AFP Porvenir, entidad que, se repite, otorgó el derecho a quien correspondía.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la decisión de primer grado por las razones expuestas por esta Sala de decisión.

.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Carlos Alberto Cortes

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Gustavo Alirio Tupaz Parra

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 JAVIER EDELY SOTO
VARELA CONTRA COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (37 2020 00140 01).**

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

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 18 de enero de 2023 (16ActaAudiencia, *récord* 21:45), en la que se resolvió:

*“PRIMERO: Declarar la ineficacia del acto jurídico del traslado entre regímenes que efectuó el demandante el señor **JAVIER EDELY SOTO VARELA**, el régimen de prima media con prestación, administrado en su momento por el instituto de seguros sociales al régimen de ahorro individual solidaridad administrado por la administradora de pensiones, invertir que tuvo como fecha de suscripción el 31 de Agosto de 1994, en consecuencia se declara valida la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, administrada por **COLPENSIONES**, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.*

*SEGUNDO: (22:23) Condenar a la demanda administradora de fondo de pensiones **PORVENIR S.A.** transferir con destino a la administradora de pensiones colombiana **COLPENSIONES** todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales que se hubiere causado Lo recaudado por gastos de administración y comisiones, Así como los valores usados en seguros previsionales y en su momento destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.*

TERCERO: (22:58) Declarar no probadas las excepciones propuestas.

CUARTO: (23:00) Sin costas en esta instancia.

QUINTO: (23:04) Se ordena remitir el presente proceso ante la honorable sala laboral Tribunal superior de distrito judicial de Bogotá, para que se surta el estudio de la decisión en grado jurisdiccional de Consulta, en favor de COLPENSIONES de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.”.

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES la apeló expresando¹ respecto al deber de información que está en cabeza de las

¹ **Recurso Colpensiones (27:04):** “Muchas gracias señor Juez de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en la oportunidad procesal para hacerlo contra la sentencia proferida por su honorable despacho, en el sentido que decidió declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante y ordenó el traslado de los aportes a mi representante lo anterior con fundamento en las siguientes precisiones. En primer lugar, respeto al deber de información que en cabeza a las administradoras de pensiones es preciso recordar que las hoy demandadas no desconocen su existencia desde el año 1993 con la expedición de la Ley 100 del 1993 – Decreto 663 de 1993, no obstante, es de resaltar que dicho deber se intensifica la expedición de la Ley 1328 de 2009 en donde el deber de información se convierte en un deber de asesoría y buen consejo. En consecuencia, no es darle las mismas formalidades de la asesoría previa al traslado al momento mismo la creación de régimen de ahorro individual con solidaridad y darle el mismo alcance que el legislador y la jurisprudencia le han dado con el tiempo, máxime con la afiliación del demandante se dio atendiendo a los requisitos legales de la época eh este también se dio de forma libre y voluntaria, atendiendo al libre derecho de libre escogencia del régimen pensional y cuando la construcción jurisprudencial en torno a este tema se ha estado tejiendo desde el año 2008, es decir, con posterioridad a la afiliación del demandante la cual se afectó al año 1994 a la AFP Invertir hoy PORVENIR S.A.

En segundo lugar, se observa también que manifiesta la parte actora que la falta de información se le explicaron ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales al respecto debe precisarse que las características y modalidades pensionales propias de ambos regímenes se encuentran en la Ley 100 del 1993, norma que al ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su conjugación en los términos del Artículo 11 del Código Civil.

En consecuencia, alegar la ignorancia como excusa u otras para atribuir a las AFP la responsabilidad exclusiva de haber omitido información al respecto Ya que este señalamiento lo hay en la ley, dado lo anterior los supuestos facticos asegura la parte actora que el fondo privado a través de sus funcionarios omitieron información suficiente y oportuna, Así como de ello podría derivarse la suspensión del contrato, omisiones que no fueron probados en el transcurso del proceso, aunque no se debe echar de menos que el demandante en calidad de afiliado también tenía deberes como lo es: el de informarse respecto al contrato que en su momento estaba suscribiendo de forma voluntaria, toda vez que la legislación nacional debe ser de obligatorio conocimiento y cumplimiento, le ha otorgado herramientas para hacerlo a través del Artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, que le brinda la posibilidad de retracto dentro de los cinco (5) días siguientes a la suscripción al formulario de afiliación para trasladar los aporte del régimen de prima medial al régimen de ahorro individual con solidaridad, Derecho que el actor ejerció por el contrario permaneció afiliado al régimen de ahorro individual sin manifestar su inconformidad excusándose del desconocimiento de la ley, como lo manifiesta ratificando su decisión de estar en régimen por más de veinte años realizando aportes de invalidez, vejez y muerte.

Vale la pena resaltar también que la inconformidad del demandante es su permanencia en el RAIS gira solo en torno al valor de lo que era el monto de su mesada pensional, situación que se encuentra claramente definida en la Ley 100 de 1993 en sus decretos reglamentarios, donde entonces la mesada pensional no es la que traían las administradoras de pensiones, situación que desde todo punto de vista no da lugar a la ineficacia o nulidad a un traslado de régimen pensional, realmente debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera contemplado en el Artículo 48 de la Constitución de 1991 adicionado por el Artículo 1 del Acto Legislativo 01 2005 que impacta en la reserva del sistema patronal. Conforme a lo anterior es evidente que el eventual traslado de régimen pensional del demandante afecta significativamente el régimen financiero del régimen de prima media teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación del aporte de ahorros pensionales, la cual falta contribución del demandante al fondo común que financia las pensiones en el régimen de prima media y la carga que generaría en los demás afiliados soportar un eventual reconocimiento pensional a favor de por quien no ha construido un derecho pensional en el régimen de prima media derivando así un menos cabo a la entidad.

De esta forma señores Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá de la sala Laboral solicito revocar el fallo proferido de lo pertinente de manera subsidiaria y en caso de que se confirme la sentencia

administradoras de pensiones es preciso recordar que las hoy demandadas no desconocen su existencia desde el año 1993 con la expedición de la Ley 100 del 1993 – Decreto 663 de 1993, no obstante, es de resaltar que dicho deber se intensifica con la expedición de la Ley 1328 de 2009 en donde el deber de información se convierte en un deber de asesoría y buen consejo. En consecuencia, no es darle las mismas formalidades de la asesoría previa al traslado al momento mismo de la creación de régimen de ahorro individual con solidaridad y darle el mismo alcance que el legislador y la jurisprudencia le han dado con el tiempo, máxime cuando la afiliación del demandante se dio atendiendo los requisitos legales de la época de forma libre y voluntaria, atendiendo al libre derecho de libre escogencia del régimen pensional y cuando la construcción jurisprudencial en torno a este tema se ha estado tejiendo desde el año 2008, es decir, con posterioridad a la afiliación del demandante la cual se afectó al año 1994 a la AFP Invertir hoy PORVENIR S.A.

En segundo lugar, expuso, la parte actora manifiesta la falta de información al no explicársele las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales en cuanto a las características y modalidades pensionales propias de ambos regímenes, las cuales se encuentran en la Ley 100 del 1993, norma que al ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su conjugación en los términos del Artículo 11 del Código Civil.

Advirtió, alegar la ignorancia como excusa u otros argumentos para atribuir a las AFP la responsabilidad exclusiva de haber omitido información al respecto no es viable, al existir este señalamiento en la ley, dado esto, los supuestos fácticos que asegura la parte actora, consistente en que, el fondo privado a través de sus funcionarios omitió información suficiente y oportuna, así como de ello podría derivarse la suspensión del contrato, no fueron probados en el transcurso del proceso, aunque no se debe echar de menos que el demandante en calidad de afiliado también tenía deberes como lo es, el de informarse respecto al contrato que en su momento estaba suscribiendo de forma voluntaria, toda vez que la legislación nacional debe ser de obligatorio conocimiento y cumplimiento, otorgando herramientas para hacerlo a través del artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, que brinda la posibilidad de retracto dentro de los cinco (5) días siguientes a

solicito se confirme la absolución de costas toda vez que mi representante no tuvo injerencia en el acto jurídico, se declare ineficaz y que se confirme la devolución de aporte con los correspondientes rendimientos y se acceda a la devolución de los gastos administración previsionales y que esta suma sea indexada conforme a lo expuesto la jurisprudencia en el tema que nos ocupa, Muchas gracias señor Juez. ”.

la suscripción al formulario de afiliación para trasladar los aportes del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, derecho que el actor no ejerció, por el contrario permaneció afiliado al régimen de ahorro individual sin manifestar su inconformidad excusándose del desconocimiento de la ley, como lo manifiesta ratificando su decisión de estar en el régimen por más de veinte años realizando aportes de invalidez, vejez y muerte.

Resaltó, la inconformidad del demandante es su permanencia en el RAIS gira solo en torno al valor de lo que era el monto de su mesada pensional, situación que se encuentra claramente definida en la Ley 100 de 1993 en sus decretos reglamentarios, donde entonces la mesada pensional no es la que traían las administradoras de pensiones, situación que desde todo punto de vista no da lugar a la ineficacia o nulidad a un traslado de régimen pensional, realmente debe tenerse en cuenta el principio de **sostenibilidad financiera** contemplado en el artículo 48 de la Constitución de 1991 adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 2005 que impacta en la reserva del sistema pensional. Conforme a lo anterior evidenció, el eventual traslado de régimen pensional del demandante afecta significativamente el régimen financiero del régimen de prima media teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación del aporte de ahorros pensionales, en la cual falta contribución del demandante al fondo común generando esta carga a los demás afiliados al soportar un eventual reconocimiento pensional a favor de quien no ha construido un derecho pensional en el régimen de prima media derivando así un menos cabo a la entidad.

Finalmente, solicitó se confirme la **absolución de costas** y se acceda a la devolución de los gastos administración previsionales debidamente **indexados**.

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 8 y 9, *Archivo 01 expediente digital*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 6 y 7 *ibidem*), aspirando principalmente se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado a la AFP

PORVENIR S.A., como consecuencia de ello se declare para todos los efectos jurídicos que siempre ha permanecido en el RPM, advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación ya que el traslado al RAIS no puede producir efectos al no haberse realizado en forme libre y espontanea, se ordene a PORVENIR S.A. la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de la administradora, se ordene la reactivación en la afiliación y se condene en costas. Subsidiariamente, solicito se declare inexistente el acto por medio del cual se trasladó del RPM al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. y consecuente con ello, se declare que siempre ha permanecido vinculado al RPM sin solución de continuidad en la afiliación, se ordene a PORVENIR S.A. la devolución de todas las sumas de dinero, bonos cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de la administradora y se reactive la afiliación. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del acto jurídico del traslado entre regímenes que efectuó el demandante el señor Javier Edely Soto Varela, del régimen de prima media con prestación Definida, administrado en su momento por el Instituto de Seguros Sociales al Régimen de Ahorro Individual Solidaridad, administrado por el Fondo de Pensiones Invertir, teniendo como fecha de suscripción el 31 de agosto de 1994, en consecuencia, se declaró válida la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrada por COLPENSIONES, condenó a PORVENIR S.A. a transferir con destino a COLPENSIONES todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales que se hubiere causado, como gastos de administración y comisiones, así como los valores usados en seguros previsionales, destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, no se logró acreditar por parte de PORVENIR S.A. el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado, ayudándole 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 2002².

Así las cosas, en el expediente se encuentra acreditado que la fecha de nacimiento del actor fue el 04 de junio de 1958 (pág. 83, Archivo 1 expediente digital), por lo que la edad de 62 años los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 26 de diciembre del 2018 (págs. 34 a 36 Archivo 1 expediente digital), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional y, de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 524,43 semanas cotizadas al sistema (*Archivo 11 expediente digital, pág. 131 a 136*), 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.

Registro de semanas.

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
3674	524.86	3	0.43	0	0.00	3949	564.14	3	0.43	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 3671		SEMANAS: 524.43		DIAS: 3946		SEMANAS: 563.71					
El número de semanas se calculó con días calendario											

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

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 **31 de agosto de 1994** con fecha de efectividad a partir del **01 de septiembre de ese año**, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con la AFP PORVENIR (archivo 11, páginas 128 a 129 y 31, 69 y 126).

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

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

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

relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).

Así, discurrió

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 las

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

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

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

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

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

“(...)”

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante (*Audiencia del 13 de enero del 2023, Récord: 16:58 Archivo 16*)⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de

⁵ **Interrogatorio de parte demandante, récord 16:58:** “Solo he estado en Porvenir, primero Invertir y luego Porvenir, no estoy pensionado, ese día en la empresa llegaron los asesores en la hora del almuerzo, ellos nos daban una asesoría en la filiación, eso fue en 1994, yo estaba en el Seguro Social, ellos dijeron que se iba a acabar y que nos íbamos a quedar sin pensión, que uno se pensionaba con el capital que quisiera uno, esa reunión fue de manera grupal, ellos estaban en grupo y uno también, uno pasaba a la una mesa y le comunicaban a uno que era importante afiliarse a esos fondos y ya uno formaba y quedaba afiliado de una vez, le decían a uno que nos podíamos pensionar anticipadamente, el asesor no me dijo nada de pensión anticipada, sobre la cuenta de ahorro individual si, que todo se iba a una cuenta, no me informaron sobre aportes voluntarios, ni bono pensional, sabía que tenía derecho al retirarme del otro sistema, si me dijeron algo, no me dijeron nada de retirarme antes, nada de eso, sobre la posibilidad de heredar la pensión me dijeron que si tenía una persona para poner en el formulario para que heredada la pensión, no me dijeron que tenía que llegar a un capital, yo le di los datos pero no leí el formulario, solo firmé, no se sobre las modalidades de pensión, no tuvimos tiempo de nada de eso, el monto de la pensión lo vine a saber cuándo

su traslado, pues de hecho aseguró que no se le brindó información integral al tener que suscribir el formulario en la hora de almuerzo, siendo una reunión grupal que se llevó a cabo en las instalaciones de la empresa y en ese orden para la Sala los argumentos del accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad al demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

Ahora, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a INVERTIR hoy PORVENIR (*Páginas 31, 69 y 126, Archivo 11 expediente digital*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

una asesora me dijo que me podía pensionar y me sacó un valor y es el mínimo, ahí fue donde busque una asesoría porque no me conviene esa parte, yo me trasladé a Invertir los asesores de invertir me dijeron que el instituto de Seguros Sociales se iban acabar, que eso no seguía y que la única forma de asesorarme era pasarme a ese fondo, yo no fui a una oficina nunca, yo recibo extractos, se ve un capital y las semanas, lo que uno mira es que la empresa este cotizando, veía que me consignaban el dinero, yo no me trasladé a Colpensiones porque creí en lo que me habían dicho, me di cuenta cuando cumplí la edad de mi pensión, yo creí en ellos, en el momento de la asesoría no me preguntaron sobre semanas, no explicaron nada, la reunión fue a la hora del almuerzo, uno iba acabando y seguía a la mesa, pero fue en un momento que uno pasaba, el almuerzo era media hora y luego pasaba, no tuve contacto con nadie de Porvenir”.

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 **1994**, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (31 de agosto de 1994, efectivo el 1º de septiembre de ese año) el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia 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.

Valga aclarar en este punto y para resolver los argumentos de apelación de COLPENSIONES, es atendiendo el incumplimiento del deber de información que le asistía la administradora de fondos de pensiones y no a la posible diferencia existente entre las mesadas que serían otorgadas en uno u otro régimen, lo que torna en ineficaz el tránsito entre regímenes.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR 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, comisiones, gastos de administración, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, 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.

Debe precisarse en este punto ésta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR deberá retornar los anteriores conceptos debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades⁶.

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***

⁶ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

*que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. **En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.**”*

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

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado siendo un punto de apelación de la entidad, atendiendo que el a quo no lo ordenó en la parte resolutive, 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, objeto de apelación, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan «*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas*» (Sentencia 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. 19, *Archivo 6 expediente digital*)⁷ 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, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a retornar los conceptos señalados por la Juez de primer grado debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, conforme a lo considerado.

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

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

⁷ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 28 de julio del 2022 (*Archivo 12 expediente digital*)

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Carlos Alberto Cortes Corredor

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Gustavo Alirio Tupaz Parra

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO LEONARDO OCTAVIANO HERNÁNDEZ ORTIZ CONTRA MARTA LUCY CRUZ (RAD. 37 2020 00474 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral 1º de la Ley 2213 del 13 de junio de 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 el demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C. (12. ACTA AUDIENCIA 29 DE JULIO Y 8 DE AGOSTO 2022 - CONDENA - APELA-ult), el 8 de agosto de 2022, en la que se resolvió (récord P3. 26:24):

“PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante Doctor **LEONARDO OCTAVIANO HERNÁNDEZ ORTIZ** y la demandada señora **MARTA LUCY CRUZ** existe un contrato de prestación de servicios para que el demandante desarrollara la reclamación relacionada con los valores patrimoniales que se pudieran obtener por el lamentable fallecimiento de su compañero permanente en los términos expuestos en la parte motiva la decisión

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **MARTA LUCÍA CRUZ** a reconocer y pagar a favor del demandante Doctor **LEONARDO OCTAVIANO HERNÁNDEZ ORTIZ** la suma de \$8'281.160 pesos por concepto de honorarios profesionales conforme se dispuso en la parte motiva de la decisión que ordena el reconocimiento de dicho valor de manera indexada desde la fecha en que se produjo la sentencia de un marital de hecho hasta el momento en que se produzca el pago efectivo de la obligación.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y,

CUARTO: *costas en el presente asunto a cargo de la parte demandada para tal efecto se fijan como agencia hacia el derecho la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente que será estimada en su momento por Secretaría.”.*

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación manifestando¹, si bien quedó establecido la existencia de un contrato de

¹ **APODERADO PARTE DEMANDANTE (P4. 00:52)** *Bien pues muchas gracias su señoría, si bien es cierto que fue de primera instancia pues ha manifestado que efectivamente existió pues había una asistencia a un contrato de prestación de servicios que el profesional del derecho se comprometió a adelantar un proceso declarativo de la Unión marital de hecho, entre pues la demanda y el hoy occiso ROLANDO MESA QUINTERO pues que hubo así un pacto genérico y no discriminado que el objetivo del contratante era la obtención de los derechos patrimoniales no solo era el proceso declarativo de la Unión marital de hecho sino el proceso divisorio sujetó obviamente manifiesta al señor juez del a quo el sujeto a una obligación de resultado y efectivamente señor juez del ad quem no es así la cosa en el entendido que entre en el contrato de prestación de servicios que hace parte de las pruebas que se presentaron ante el juzgado 37 laboral del circuito existe un contrato que de otras cosas se habla de un objeto diferente dentro de la audiencia el artículo 77 al 80 y propiamente el 80 pues se logró aclarar que efectivamente lo que se llevó a cabo como primer como primera actividad de mi prohijado señor LEONARDO TAVIANO HERNÁNDEZ ORTIZ fue adelantar la declaración de existencia, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes y quiénes eran esos compañeros pues efectivamente la señora MARTA LUCY CRUZ con el señor Rolando Mesa Quintero y es así que la compañera permanente o la esposa de mi prohijado se sirvió manifestar que por medio de la señora Carolina Mesa quien también estuvo dentro de las personas que relataron como testigos en la audiencia de pruebas ante el juzgado 37 laboral que evidentemente ya estaban ya sobre pues básicamente el tiempo para que perdieran ese derecho o perdiera ese derecho la señora Marta Lucy Cruz en el entendido que están sobre el tiempo para adelantar esa ese proceso declarativo de la Unión marital de hecho y es así como precisamente por la premura hacen un contrato de prestación de servicios profesional en derecho entre la señora MARTA LUCY CRUZ y el y el señor LEONARDO TAVIANO donde objeto pues era que el abogado de manera independiente es decir sin que existiera subordinación jurídica utilizando sus propios medios si era la demanda de la contratante y cuál era la demanda pues lograr tener esos derechos patrimoniales porque efectivamente no los tenía en vida el señor Rolando Gómez quien efectivamente pues se adelantó ese proceso se adelantó se llevó a buen término no cómo lo manifestó en la contestación de la demanda precisamente el abogado por medio obviamente su representada de decir qué término fue por medio de una conciliación situación que entre otras cosas daba a a tener por errar al señor juez en el entendido de que como lo manifestó la también abogada que se presentó al juicio que se presentó al juicio no sino a la parte probatoria manifestó que efectivamente ella había estado en ese en ese trámite es decir la doctora DIANA CAROLINA ÁNGEL MANOLOF y que efectivamente había terminado sentencia tal como lo manifestó el señor juez del a quo pero que el objeto era la declaración de la Unión marital De hecho que era la que le daba esa base para que hubiese una consecuencia y esa consecuencia era que existiera un derecho patrimonial por parte de la señora Marta Lucy Cruz y es que efectivamente aquí se logró lo más señor Juez del ad quem, aquí se logró lo más y qué fue lo más que se reconoció unión marital De hecho y al reconocerse la Unión marital De hecho pues evidentemente ya tenía un derecho la señora Marta Lucy Cruz tal como efectivamente se constató en el contrato de prestación de servicios el objeto el abogado de manera independiente es decir sin que existiera subordinación jurídica utilizando sus propios medios él será la demanda de la contratante dentro de la causa encaminar al reconocimiento de derechos patrimoniales de su difunto compañero ROLANDO MESA QUINTERO y que se adelantarán la jurisdicción competente y de igual manera se incluye dentro del presente trato dentro del presente trato es decir ese pacto que hay entre esas dos partes el proceso divisorio de la casa hogar y domicilio de la demandante adjudicada ubicado en obviamente no tenemos la ubicación pero efectivamente el objeto era iniciar esa declaración o ese proceso declarativo de Unión marital De hecho obviamente con su consecuencia de la disolución de la misma toda vez que el señor fallece e iniciar un divisorio para qué para conseguir los honorarios pactados por el abogado pero resulta que al haber al llegar a esa sentencia que favoreció a la señora Marta Lucy Cruz y obviamente a sus hijos entonces resulta señor juez del ad quem que la señora decide no seguir con esa relación contractual con el abogado Leonardo Octaviano Hernández Ortiz y por qué decidieron hacerlo porque ella de manera unilateral lo hace no porque el abogado le haya incumplido sino que ella lo hace de manera unilateral tal como lo aseveró el señor Leonardo Octaviano en su interrogatorio ya después de que obtiene ese derecho ya después de que declara que si había esa Unión marital De hecho entre ella y el hoy vitado entonces la señora dice no yo cómo le voy a pagar un 20% a este señor sabiendo que evidentemente señoría señor juez del a quo sabemos que la cuota litis va del 30 al 50% no es un 20% máxime cuando generalmente se ve ese porcentaje tan mínimo tan pequeño se hace cuando se efectivamente se adelanta algo de dinero para iniciar a hacer la gestión el abogado pero en el caso en comentó no ocurrió así una cuota litis bastante baja porque es una cuota litis baja no hay unos gastos no hay unos perdón no hay unos honorarios iniciales para el abogado consigue que efectivamente la señora acceda a ese derecho patrimonial y fuera de eso la señora ya cuando efectivamente obtiene el derecho manifiesta no ya no quiero tener ninguna relación*

laboral con el abogado me está cobrando mucho a sabiendas de que nunca le dio un peso al abogado en ese orden de ideas es obvio y no se puede hacer advertir ni aseverar que efectivamente se puede inferir no se puede inferir sabiendo que existe un contrato y que existen unos testigos por parte del juez del a quo no se puede inferir que tenía que también hacer el proceso de sucesión toda vez que no estaba dentro del contrato de prestación de servicios profesionales nunca estuvo pactado entre las partes si bien la testigo Nini Carolina manifestó que efectivamente no se había hecho eso la señora Nini Carolina en ningún momento manifestó otra cosa que la de conocer a Rocío que le comentó que le presentó a su esposo quien le manifestó de decir Nilba Rocío le manifestó a Nini Carolina que su esposo les podría asesorar y les podría llevar el proceso pero que pues obviamente ya no tenía nada que ver con eso, qué porque por favor se dirigieran a la casa de ellos es decir de su esposo y Nini, Rocío para que les dijera cuál era el trámite a seguir y efectivamente así se hizo la misma Nini Carolina Mesa Cruz dice que inició la Unión marital De hecho pero que una cosa era la Unión patrimonial y otra cosa la Unión marital eso lo manifestó de manera cómo le estoy diciendo yo Unión patrimonial es una cosa y Unión marital es otra cosa, que fue lo primero que dijo que había que hacer pues obviamente el abogado manifestó, que había que hacer la Unión marital De hecho con el propósito de que pues la consecuencia de la Unión marital De hecho era el patrimonio derecho que no poseía su madre en ese momento y que le faltaban dos o 3 meses para que se venciera el término para hacerlo entonces eso daría de acuerdo a los inventarios y avalúos que nos manifestaba el señor Leonardo octaviano que eran de 1000 y pico de millones entonces sería justo 8 millones de pesos para un abogado que se sirvió reconocerle a través de un trámite ordinario un derecho a una persona es decir si nos vamos a al contrato como tal al objeto del contrato en ningún momento el objeto del contrato se dijo que tenía que adelantar una sucesión entonces por qué la señora decía mutuo propio asesorándose de otras personas supongo terminar un contrato que sé que se estaba llevando en término porque ya tenía ese derecho que lo otro era el trámite era para que se declarase algún derecho si no era de trámite entonces resulta que la señora disculpe la redundancia mutuo propio termina ese contrato laboral ese contrato de prestación de servicios con el abogado y hasta ahí llega el trabajo del abogado que era el 90% por qué era el 90% porque el abogado hizo que se le reconociera ese derecho patrimonial a esa señora a la señora Marta Lucy Cruz entonces se le reconoce el derecho a la señora de un porcentaje bastante alto estamos hablando del 50% de esa Unión marital De hecho y entonces el abogado lo que merece son 8 millones de pesos u 8 millones algo de acuerdo a lo que dice Conalbos y de acuerdo a lo que manifiesta el juez del a quo no; señores magistrados una cosa era consecuencia de la otra no podemos manifestar aquí que entonces los honorarios del doctor Leonardo octaviano son \$8'261.280 pesos que era la cifra al 2019 indexada a la fecha porque definitivamente la señora decidió mutuo propio que se terminaba esa relación porque no quería cancelar los honorarios del abogado sabiendo que él estaba presto a seguir con su gestión sabiendo que él estaba presto a hacer incluso otro contrato de prestación de servicios profesionales, toda vez que aquí era solamente la declaración de la Unión marital de hecho, disolución de la misma y obviamente un proceso divisorio, pero nunca se habló de una sucesión por qué, si habla de un proceso divisorio es porque él tenía que asegurar esos honorarios, dejándoles al arbitrio que efectivamente ellas consiguiera un abogado si así lo querían hacer la sucesión o continuar el mismo si las señoras así lo querían pero a la señora le parece una cantidad de dinero un 20% a cuota litis, sabiendo que se trataba de varias actividades que había que hacer no solamente el proceso de declaración de la Unión marital De hecho sino iniciar sucesión presentar obviamente inventarios avalúos hacer la adjudicación después iniciar el proceso divisorio pero en ningún momento se dijo eso dentro del objeto del contrato por lo menos del contrato primigenio, que es el contrato que se allegó al Juzgado 37 Laboral del Circuito.

Es evidente señores magistrados del ad quem, que no se puede manifestar que el objeto del contrato era iniciar una sucesión, o que se infiere que era iniciar una sucesión el objeto del contrato obviamente está ahí dentro del documento, se hace a la herrera, en el entendido de que se estaba venciendo un término para que perdiera ese derecho la señora Marta Lucy y evidentemente en ningún momento se habla de un contrato de un proceso de sucesión, qué obligaciones tenía el abogado el doctor Leonardo orar con diligencia en los asuntos al encomendados qué más diligencia que no dejar que sea término para adelantar la declaración de la Unión marital de hecho, resolver las consultas con la mayor celeridad posible, siempre lo hizo incluso la misma Nini Carolina manifestó que él le enviaba los contratos que él le enviaba todo lo que había que hacer al chat de ella y que ella lo que hacía, ella no los miraba, simplemente los pasaba la mamá pero él a través de ella le daba unos informes a la mamá le decía que era lo que tenía que seguir haciendo, resolver las consultas con la mayor celeridad posible siempre y cuando versen sobre el litigio objeto del presente contrato realizar un informe verbal general del Estado del proceso cuando el contratante así lo requiera no lo requirió al contrario ella decidió terminar esa relación profesional que había.

Acudir a las audiencias que se ha convocado acudió a todas las audiencias es tanto así que en el fallo les fue muy bien a la señora y a sus hijos que entre otras cosas manifestaban Nini Carolina, que no que no que es que no había reconocido la Unión marital desde el 91 y la que la hermana había nacido en esa época y se le preguntó si la hermana había sido reconocida por el hoy occiso Rolando y dijo que sí entonces no sabíamos cuál era la pretensión de ella al decir que se reconociera esa Unión marital De hecho no a partir del 97 sino del 91, sabiendo que si la hermana nació en el 91 pues fue reconocida por el hoy occiso o por el interfecto, entonces efectivamente hubo una diligencia por parte del abogado, fue dirigente frente a ese objeto que alude el señor Juez extraña que no mencione que después de exigir el conocimiento de la condición de compañera

permanente y de la asistencia a la sociedad patrimonial de la demandante se habría de surtir el proceso declarativo no contratado con el demandante y queda adjudicado con él y siendo la pretensión la casa hogar como lo manifestó la hoy demandante, se ve una asignación en parte porcentual que daría lugar a tramitar un proceso divisorio con lo cual también garantizaría el pago al abogado. El doctor Leonardo no pacto proceso de sucesión para quejosa, pacto un proceso que reconocería los efectos patrimoniales de su relación con el dinero tu compañero y posterior a esas adjudicaciones ya que en las consultas la hoy demandada manifestó ser su principal interés por eso quedó así en el contrato, llama la atención como como efectivamente la parte contraria pretensión pretendió confundir es claro que el derecho principal es la de declaratoria de la Unión marital y el subsidiario los efectos patrimoniales el objeto contractual para obtener lo pretendido por la hoy demandada eran los efectos patrimoniales había declararse primero la sociedad conyugal tal y como se explicó en consulta mostrándole lo reglado en la Ley 54 del 90 tal como lo manifestó el doctor Leonardo en su interrogatorio, aclarándole a la señora sus dudas etcétera. El proceso llegó a manos del profesional hace 3 meses de caducar la acción.

Obviamente, esa cuantía iba a superar los 1000 millones de pesos para el momento de radicación de la demanda. Es evidente señores magistrados del ad quem, que el contrato fue consensuado no es ni leonino no es de adición, las partes gozan de total capacidad para obligarse haciendo el mismo Ley para las partes y es que así fue, lo principal se hizo lo accesorio solo es cuestión de trámite como conforme lo manifesté anteriormente, por ende no podemos inferir simplemente porque un contrato no está totalmente lleno en el entendido de que se diga que tiene que adelantar sucesión, no podemos inferir que lo tenía que hacer es una eso era una consecuencia de lo que ya se había logrado. Se ejerció la demanda de la contratante dentro de la causa encaminada al reconocimiento de derechos patrimoniales de su difunto compañero Rolando Mesa Quintero y que se adelantarán la jurisdicción competente la hoy demandada manifestó hizo énfasis en la omisión de la parte patrimonial lograda durante su relación con su difunto compañero y que para obtener la misma, a declararse la Unión marital que es el derecho principal los honorarios se pactaron en el 20% de lo que se llegaría a adjudicar y que fuera producto del reconocimiento que tendría como compañera permanente y que se logró dicho reconocimiento y cuando se logra el reconocimiento, la señora de mala fe decide no seguir con el abogado y ¿quién la obliga a que siga con el abogado? ¿quién la obliga? nadie la obliga entonces después dice no es que yo quiero conciliar para que ya como tengo el derecho concilio con él para darle 10 o 5 millones, es más ella ofreció más de lo que decretó aquí el señor juez del a quo, porque le convenía, estábamos hablando de un patrimonio de más de 1000 millones de pesos para esa época doctora.

La cláusula cuarta de ese contrato, impone esas obligaciones en cabeza de la hoy demandada, las obligaciones manifestadas en esa cláusula en ese orden de ideas se ha probado dentro del proceso, que se adelantó ante el Juzgado 37 Laboral Del Circuito tanto los hechos es decir que existió ese contrato de prestación de servicios profesionales en el área del derecho previo al inicio de esa gestión encomendada, que el objeto del contrato era hasta la declaración de la asistencia disolución y liquidación de una sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes que se pactó como honorarios a cuota litis el 20% de lo que se logró adjudicar en lo ha habido en los inventarios y avalúos allegados por el contratante objeto de reconocimiento, contrato firmado y aceptado por esta señora Marta Lucy Cruz en calidad de poderdante y por el apoderado obviamente Leonardo octaviano se probó que la demandada señora Marta Lucy Cruz no aportó no pago ningún dinero no pago nada a mi representado por concepto de honorarios o gastos de representación y previo durante o después de la gestión que adelantó por 3 años el togado hoy demandante que a ese poder que se le dio al doctor Octaviano Hernández Ortiz se le realizó presentación personal el primero de agosto de 2016 en la notaría 53 y que la demanda se presentó a reparto el 3 de agosto de 2016 correspondiéndole al Juez 12 de Familia y que efectivamente en fecha 19 de septiembre de 2016 se subsanó en debida forma la demanda, presentándose entonces las notificaciones a los demandados, que la demanda estaba dirigida contra 5 herederos, se probó también en el numeral sexto de la demanda folios 3,4 y 5, se manifiesta los bienes pasivos y activos adquiridos dentro de la Unión marital de hecho y que se pretenden si adjudiquen y lo que por derecho se tiene en razón de la sociedad patrimonial que para el año 2016 dan una suma de novecientos setenta y seis, trecientos treinta y dos mil pesos, millones de pesos y que se deja claridad que frente a los predios se, los predios se manifiestan son valores catastrales no los comerciales y no se consideran los pasivos por valor de 75 millones de pesos durante la gestión que hace mi prohijado señor Leonardo Octavio Hernández Ortiz siempre se le mantuvo al tanto de las actividades realizadas a la demandante mediante comunicaciones correos electrónicos y fotos como lo manifestó la hija Nini Carolina que conforme autorizó la mandante se realizarán por intermedio de esa muchacha Nini Carolina Mesa Cruz, número celular 3183889611 y que al correo electrónico carols92@hotmail.com se prueba todo eso dentro de la audiencia del artículo 80, se termina con una sentencia a favor de la señora Marta Lucy Cruz y obviamente a favor de sus hijos, se pretende que se condene a la demandada a pagar esos honorarios correspondientes por el valor de 20% de lo señalado en el numeral segundo del contrato suscrito entre las partes y referido en el hecho primero indexados a la fecha de pago pero infortunadamente el señor juez del a quo no manifiesta que no que tiene que ser por parte del colegio de Conalbos que son \$8'261.280 pesos al 2019 y que de su indexado pues a la fecha pues sumará supongo que 10 millones de pesos independiente del valor real del patrimonio efectivo que son más de 1000 millones de pesos y a la fecha supongo que suman a más de 500 millones de pesos discúlpeme un momento señor.

prestación de servicios que tenía por objeto adelantar un proceso declarativo de unión marital de hecho entre la aquí demandada y el occiso Rolando Mesa Quintero, así como la obtención de derechos patrimoniales en el proceso divisorio sujeto a una obligación de resultado, lo que se llevó a cabo fue la declaración de existencia, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes mediante sentencia proferida por el Juzgado 12 de Familia de Bogotá.

Relató, se incluyó dentro del trato el proceso divisorio la casa hogar y domicilio de la demandada, ya que el objeto era iniciar esa declaración o proceso declarativo de unión marital de hecho y, como consecuencia de la disolución de la misma se conseguirían los honorarios pactados, no obstante, al proferirse la sentencia que favoreció a la señora Marta Lucy Cruz y sus hijos, la señora decidió no seguir con esa relación contractual con el demandante Leonardo Octaviano Hernández Ortiz, no porque el abogado haya incumplido sino fue de manera unilateral, pues la demandada después de proferirse la sentencia manifestó que no iba a pagar el 20% así como no continuaría con los servicios del hoy demandante.

Insistió, la cuota litis va del 30% al 50% generalmente, en este caso se trata de una cuota litis baja porque no hay unos gastos ni honorarios iniciales para el togado, la demandada a mutuo propio terminó el contrato de prestación de servicios y hasta ahí llegó el trabajo que estaba adelantando en un 90% porque se hizo el reconocimiento del derecho patrimonial a favor de la señora Marta Lucy Cruz.

En ese orden de ideas, si bien con respecto a las pretensiones pues el señor Juez del a quo, manifiesta que no puede o no está de acuerdo con las pretensiones en el entendido que no correspondería básicamente a ese 20% de lo señalado en el en el en el numeral segundo del contrato suscrito entre las partes toda vez que no se llevaron a cabo todas las actividades por parte del abogado, actividades que entre otras cosas no estaban suscritas sino que se infiere por parte del despacho esta he este representante o procurador judicial de la parte actora a contrario sensu de lo esbozado por el señor juez del a quo, solicita respetuosamente como le diría Montesquieu no estoy de acuerdo con lo manifestado por el juez del a quo pero daría hasta la última gota de mi sangre por el derecho que tiene a publicarlo que efectivamente ese porcentaje del 20% se tenga que cancelar por parte de la señora Marta Lucy Cruz en el entendido que se actuó de mala fe en el entendido que la señora aprovechó que se llegó a la consecución de un fin y el fin no era otro que obtener esos derechos patrimoniales para desistir del abogado de una manera mordaz de una mole de una manera falaz de una manera que no se compadece con la buena fe ya adquirí lo que necesitaba ahora me deshago de este abogado y es que no hay solidaridad por parte de los togados no hay solidaridad en el ejercicio de la profesión una cuota litis de 20% que debe superar el 25 o 30% cuando se habla de cuota litis porque otra cosa es el pacto en dinero inicial y un porcentaje del 15 o 20% cuando salga el proceso y otra cosa es que a mí no me den ni para un tinto ni para desplazarme porque en esa época no desplazábamos como abogados teníamos que tomar fotocopias teníamos que hacer un mundo de cosas de nuestro bolsillo y entonces se decide por parte del Juzgado 37 que son ocho millones doscientos sesenta y pico de pesos. En ese orden de ideas le solicito al juez del ad quem que revoque dicha decisión y en su defecto obviamente se condene al pago el 20% de ese patrimonio que se encuentra ahí que está en proceso entre otras cosas no como lo manifestó Nini Carolina que no que eso no se ha hecho nada eso es mentira existe el proceso de sucesión. Señores magistrados les solicito respetuosamente que revoque la decisión y en su defecto accedan a las pretensiones incoadas dentro del libero demandatorio, muchas gracias.

Adicionó, el contrato fue consensuado, no es ni leonino ni de adición, las partes gozan de total capacidad para obligarse siendo el contrato ley para las partes, lo principal se hizo, lo accesorio solo es cuestión de trámite, por tanto, los honorarios se pactaron en el 20% de lo que llegaría a adjudicarse y que fuera producto del reconocimiento que tendría como compañera permanente, lográndose dicho reconocimiento y cuando se obtiene el mismo, la demandada de mala fe decide no seguir con los servicios del profesional.

Finalizó argumentando, no se puede manifestar que el objeto del contrato era iniciar una sucesión ya que no está consagrado en el objeto del contrato, se presentó la demanda de inmediato por la premura del tiempo ya que, se estaba venciendo el término para que la demandada no perdiera ese derecho, siendo viable el reconocimiento y pago del 20% sobre el valor de los bienes adjudicados a la demandada que ascienden a más de 1000 millones.

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, LEONARDO OCTAVIANO HERNÁNDEZ ORTIZ, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 5 y 6 expediente digital., archivo 1. Escrito Demanda.pdf), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos en las páginas 3 a 5 ibidem, encaminadas a que se condene a la demandada a pagar los honorarios correspondientes por valor del 20% de lo señalado en el numeral 2º del contrato suscrito entre las partes, y referido en el hecho 1º, indexados a la fecha de pago, así mismo los intereses moratorios que se llegaren a probar junto con el pago de costas y agencias de derecho del proceso. **Obtuvo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto, se accedió a la regulación de honorarios propuesta y se condenó a la señora Marta Lucy Cruz a pagar a favor del abogado demandante, la suma de \$8.281.160 a título de honorarios debidamente indexados hasta el momento en que se produzca el pago efectivo y las costas del proceso. Para arribar a esa decisión, encontró acreditado el juzgador que, las partes celebraron un contrato de prestación de servicios profesionales donde se pactaron unos honorarios a cuota Litis; advirtió que la señora Marta Lucy Cruz le otorgó poder al aquí demandante para actuar en su**

nombre, quien, en tal virtud, presentó la demanda de unión marital de hecho, correspondiéndole al Juzgado 12 de Familia, la cual fue objeto de inadmisión, procediéndose a subsanar posteriormente y luego fue admitida. Igualmente, destacó el operador, el demandante llevó a cabo todos los trámites de notificación y fungió como apoderado de la demandada realizando las gestiones y actuaciones pertinentes hasta proferirse sentencia, corroborándose así, la labor profesional desplegada.

Discurrió, se suscribió un contrato de prestación de servicios en agosto de 2016, existiendo un acuerdo de voluntades donde las partes se obligaron, el aquí demandante se comprometió a la ejecución de un proceso divisorio a favor de la contratante, obrando con diligencia y realizando las gestiones pertinentes, acudiendo a las audiencias y atendiendo todos los trámites, tal como se prueba con el contrato de prestación de servicios, asimismo adujo, la aquí demandada se comprometió a pagar la modalidad de cuota litis del 20% sobre los bienes que se reconocieran o fueran adjudicados a ésta.

Aunado a ello, soportó su decisión en los testigos recaudados, relacionando la declaración de la señora Rocío Rivera González, esposa del demandante, quién no estuvo presente al momento de la reunión celebrada entre las partes de este litigio, pese a que se encontraban en el mismo lugar y, desconoce cómo se pactaron los honorarios, relacionó a la señora Nini Carolina, quién afirmó, el profesional no fue claro en el valor de los honorarios pactados e indicó que se adelantaría el proceso de unión marital y, luego, se surtirían las demás etapas procesales, las cuales no continuaron porque la declarante y la demandada no estuvieron de acuerdo con las fechas declaradas en la sentencia. Finalmente, relacionó la aseveración de la Abogada Carolina Manolof, quien expresó que la unión marital de hecho terminó con sentencia favorable para la aquí demandada, tal como se había pactado en el contrato de prestación de servicios suscrito y aportado al plenario.

Igualmente, consideró el juzgador, el profesional fue contratado para adelantar el proceso de unión marital de hecho, el cual terminó con sentencia favorable, pactándose una cuota litis frente a las actuaciones encomendadas, encontrando que le asiste razón a la demandada frente a la falta de expresividad en el contrato al incluirse todas las etapas, no obstante, concluyó, se trata de un pacto genérico y no discriminado, ya que, el objetivo del contratante era la obtención de los derechos patrimoniales, resultando válido concluir, el contrato tenía por objeto adelantar no

solo la unión marital de hecho sino la liquidación y el proceso divisorio, encontrándose pactado el 20% de los bienes que fueran adjudicados a la señora Marta Cruz, encontrándose así condicionado el pago de los honorarios.

Valoró, por las gestiones adelantadas por el profesional de derecho se inscribieron las medidas cautelares sobre los bienes, así como en la audiencia se declaró la unión marital fungiendo el demandante siempre como apoderado hasta el correspondiente fallo.

Finiquitó, pese a que la actora no estuvo de acuerdo con las fechas de la unión marital de hecho el togado la representó en el proceso e intervino, sin embargo, no se observaron actuaciones e intervenciones en las etapas subsiguientes, cumpliendo de manera parcial el mandato. Del estudio del contrato precisó, se pactaron obligaciones donde el actor se había comprometido a la liquidación y luego adelantar un proceso divisorio, no existiendo ni siquiera una demanda de la última gestión, pues la misma demandada afirmó otorgar poder a otro togado al estar inconforme con el mandato conferido inicialmente, dando por terminado el pacto celebrado.

Dicho esto, el a quo resolvió no acceder a las pretensiones incoadas parcialmente, al no acreditarse la adjudicación de un bien en cabeza de la aquí demandada, por lo que no salió avante la condena en cuantía del 20% de los honorarios sobre bienes inexistentes, disponiendo tasar los honorarios teniendo en cuenta las tarifas establecidas por CONALBOS vigentes para el año 2019, liquidando la suma de \$8.281.160, debidamente indexados hasta que se produzca el pago efectivo de la obligación.

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

De esta manera en primer término la Sala precisa, no se discute la existencia entre las partes de un contrato de prestación de servicios profesionales de abogado, suscrito en el año 2016 (*página 22 y 23, archivo 1.EscritoDemanda.pdf y archivo*

05) y el poder conferido para interponer la demanda de existencia, disolución y liquidación de unión marital de hecho y sociedad patrimonial entre compañeros permanentes (páginas 25 y 26, ibidem), mandato que valga aclarar, fue suscrito en el 2016 sin que relacione mes y día, no obstante, el primer poder conferido por la aquí demandada lo fue el 25 de julio de 2016 (página 22 y 23 del archivo 05 Contestación.pdf).

Ahora bien, en el citado contrato de prestación de servicios, en las cláusulas primera y segunda, las partes acordaron lo siguiente:

“PRIMERA: Objeto. El ABOGADO de manera independiente, es decir, sin que exista subordinación jurídica, utilizando sus propios medios, ejercerá la demanda de la contratante, dentro de la causa encaminada al reconocimiento de derechos patrimoniales de su difunto compañero ROLANDO MESA QUINTERO y que se adelantará en la jurisdicción competente. De igual manera se incluye dentro del presente trato, el proceso divisorio de la casa hogar y domicilio del demandante adjudicado ubicado en la barriode Bogotá D.C.

SEGUNDA: Honorarios, el contratante pagará, por concepto de honorarios en CUOTA LITIS, lo correspondiente al veinte por ciento (20%) delo que se logre adjudicar de lo habido en los inventarios y avalúos allegados por la contratante y objeto de reconocimiento.”.

Como quiera que, en el presente caso, se trata de la prestación de servicios profesionales de abogado, mediante la celebración de un contrato de mandato, es imperioso tener en cuenta lo descrito por el artículo 2412 del C.C., el cual prevé:

“El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

“La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario”.

Y el artículo 2143 del C.C. tiene establecido que:

“El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez”.

A partir de lo anterior, es claro que cuando un profesional busca el reconocimiento y pago de los honorarios generados con ocasión de un contrato de mandato para representación judicial, le corresponde al profesional del derecho, conforme las reglas de la carga de la prueba, no solo acreditar que le fue conferido poder para actuar, sino, además, la gestión desarrollada con fundamento en el mismo.

Para resolver el asunto sometido a consideración, encuentra la Sala, que la señora Marta Lucy Cruz confirió mandato al Abogado Leonardo Octaviano Hernández Ortiz desde el 25 de julio de 2016 (*páginas 26 y 27, archivo 05 Contestación.pdf*), mandato que se confirió para adelantar ante la jurisdicción de Familia de esta ciudad el proceso de declaratoria de existencia de unión marital de hecho y la respectiva sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, conformada por la mandante y el cujus Rolando Mesa Quintero, así como para que se declarara la disolución y se liquidara la sociedad (*páginas 25 y 26, 1. Escrito Demanda.pdf, páginas 3 a 5 y 354 a 356 del proceso de familia aportado No. 2016-00505*).

En virtud de lo anterior, el demandante actuando como apoderado de la señora Martha Cruz radicó la demanda el 03 de agosto de 2016, correspondiéndole al Juzgado 12 de Familia de Bogotá (*página 24, ibidem*), libelo demandatorio que reposa en las páginas 8 a 20 y 322 a 436 (*escrito demanda.pdf y proceso de familia aportado No. 2016-00505, respectivamente*).

Avocado el conocimiento se radicó bajo el No. 2016-00505, el juzgado mediante auto del 5 de agosto de 2016 (*página 352, proceso familia*) inadmitió la misma, siendo subsanada por el profesional (*páginas 354 a 399, ibidem*) y admitida mediante providencia de 19 de septiembre de 2016 (*pág. 400, ibidem*). También, se adelantó el trámite de las medidas cautelares, prestando caución con el fin de asegurar la suma de \$110.000.000, obteniendo la póliza que reposa en la página 404 del expediente del juzgado de familia, cautela que fue decretada mediante auto del 15 de diciembre de 2016 (*página 408, ibidem*).

Igualmente, el actor efectuó las diligencias tendientes al emplazamiento de los hederos indeterminados y determinados, conforme se constata con las publicaciones que obran en las páginas 410 a 415, 546 a 547 y 554 a 555 (*proceso de familia aportado No. 2016-00505*).

Finalmente, se observa el 3 de septiembre de 2019 se surtió la audiencia ante el Juzgado 12 de Familia y se profirió sentencia en el siguiente sentido:

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de la Unión Marital de Hecho entre MARTA LUCY CRUZ y ROLANDO MESA QUINTERO, (Fallecido), como compañeros permanentes desde el 25 de junio de 1997 y la que perduró hasta el 30 de septiembre de 2015.

SEGUNDO: DECLARAR la existencia de la Sociedad patrimonial de hecho entre MARTA LUCY CRUZ y ROLANDO MESA QUINTERO, (Fallecido), como compañeros permanentes desde el 25 de junio de 1997 y la que perduró hasta el 30 de septiembre de 2015.

TERCERO: DECLARAR disuelta y en estado de liquidación la sociedad patrimonial existente entre los señores MARTA LUCY CRUZ y ROLANDO MESA QUINTERO, (Fallecido).

CUARTO: ORDENAR INSCRIBIR esta sentencia en el libro de varios donde se encuentra inscrito el nacimiento de los compañeros permanentes. OFICIESE a los funcionarios encargados del registro.

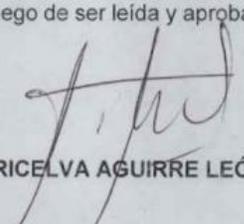
QUINTO: NO CONDENAR en costas a la parte demandada, por no encontrarse causadas.

SEXTO: ARCHIVAR oportunamente las presentes diligencias dejando las constancias del caso

SÉPTIMO: EXPEDIR, a costa de los interesados, copia del CD y del acta que se levante de esta audiencia, cuando así lo solicitaren las partes, previo al pago de las expensas y el aporte de CD no regrable.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y firma en constancia por los que en ella intervinieron, luego de ser leída y aprobada en todas sus partes.

La Juez,



ADELA MARICELVA AGUIRRE LEÓN

Las Partes,

Verificadas las anteriores actuaciones dentro del proceso que cursó en la jurisdicción de familia, se hace necesario analizar las demás pruebas recaudadas en esta litis, siendo viable la remisión a los documentos consistente en los pantallazos extraídos de la aplicación WhatsApp, aportada por la demandada (*páginas 38 a 43, 05Contestación.pdf*), que consisten en las conversaciones sostenidas entre la hija de la demandada, señora Nini Carolina y el aquí demandante en fechas 27 y 30 de junio de 2020, por medios de las cuales se solicita

la devolución de los documentos aportados por la demandada y se hacen reclamaciones frente al impago de los honorarios y el supuesto incumplimiento de la labor desplegada por el profesional.

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, estos documentos no brindan mayor información a la Sala sobre las gestiones que pudo adelantar el demandante y sobre el acuerdo del valor de los honorarios pactados.

Igualmente, entre otros pantallazos aportados, se extraen los relacionados con las conversaciones vía WhatsApp sostenidas entre las señoras Nini Carolina y la Abogada Carolina Manolof, quienes, en efecto, pactaron el valor de los honorarios de esta última para la representación dentro del proceso que cursó en el Juzgado 12 de Familia, no obstante, no tiene incidencia alguna en el contrato que suscribió el señor Leonardo Octaviano y la señora Marta Cruz (páginas 44 a 63, 05contestación).

De las páginas 64 a 70 (05 Contestación) se extrae que las partes acudieron a un Centro de Conciliación – Conciliemos por Colombia-, el 8 de julio de 2020 sin que hubiesen llegado a un acuerdo en el monto de los honorarios, siendo importante resaltar que, como hechos se relacionaron, la convocante (aquí demandada) celebró un contrato de prestación de servicios con el actor (aquí demandante) y ante el incumplimiento en las gestiones y obligaciones idóneas, tales como interposición de recursos ante el despacho y gastos desproporcionados en el pago de la póliza, solicitó la liquidación del contrato.

La demandada interpuso queja disciplinaria en contra del demandante, según se constata a páginas 77 a 82 (05.Contestacion), trámite conocido por la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Bogotá², quien el 18 de enero de 2022 al constituirse en audiencia de pruebas y calificación provisional, decidió:

“Frente a lo que se acaba de analizar, este Despacho considera entonces que no existe mérito para formular pliego de cargos en contra del profesional del derecho investigado, y en consecuencia procede el despacho a decretar la TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO adelantado contra el abogado LEONARDO OCTAVIANO HERNANDEZ ORTIZ pues tal como se demostró en esta causa ética, es claro que no transgredió el decálogo ético que rige la profesión de abogado.”.

Conforme a la anterior decisión, el ente encargado de estudiar las conductas del aquí demandante en calidad de Abogado de la señora Marta Cruz, no encontró ninguna actuación tendiente transgredir el decálogo ético, no imponiendo sanción alguna.

Ahora bien, analizando las declaraciones de los testigos recepcionados se extrae, la señora NINI CAROLINA MEZA CRUZ³, tiene conocimiento que la demandada,

² Archivo 025 Acta de Terminacion.pdf, carpeta proceso disciplinario 2022-2206.

³ NINI CAROLINA MEZA CRUZ: (récord .1:30 a 02:06:29): “Soy hija de Martha Cruz, yo conocí a la esposa de Leonardo Orlando en el 2016, estaba haciendo mis prácticas en la universidad, ella prestaba los servicios y me cometo que el esposo era Abogado le informe de la situación con mi mamá y la sucesión a iniciar desconociendo todo el trámite para iniciar, ella me lo presentó, fuimos hasta su casa, se le comentó el caso y Leonardo dijo que nos iba ayudar, dejamos todo en manos de él confirmando que las solicitudes se llevaban a cabo, él nos comenta que la unión marital de hecho era primero, teníamos claro que una cosa es la unión marital y la otra es la patrimonial, se le comentó que primero era mi hermana y luego nació yo, se reunieron los documentos y papales, toda la documentación y registros notariales, todos los documentos que él tiene y no ha querido devolver, él pasó la audiencia, estuvimos con la Doctora Diana Carolina Manolof, él dijo que tenía una Abogada, yo le hice el pago a la Doctora quien me representó en la audiencia de conciliación, todo llegó a unos años diferentes a los que se les había solicitado desde que existía mi hermana y anteriormente había una relación con mi papá, él no tuvo ninguna objeción al año que brindó el Abogado de la contra parte, la Doctora Manolof dijo que no debían ser esas fechas y luego le dije al Doctor Leonardo que la única que peleó nuestros derechos fue la Doctora, él solo decía silencio y que eso nos conviene, yo salí muy alterada y le dije al Abogado que no estaba de acuerdo, no me parecía que nos haya ido muy bien, no sé, él entiende más de leyes pero si yo le había dicho sobre un año específico no por inventar sino porque había una convivencia con antelación, él aceptó una fecha diferente le dije que eso se podía apelar, no le gusta que uno lo contradiga y no aceptó lo que decía desde ahí empezó al molestia entre las partes, yo le dije a mi mamá que no íbamos a seguir con él, le dije a mi mamá que pagar lo que hasta el momento se cumplió que fue la unión marital de hecho, se le dijo que cuánto debíamos cancelar y solicitamos la devolución de los papeles, él no aceptó, no se niega el trabajo pero le dijimos que cuánto solicitaba para finiquitar el contrato, el no dijo ningún costos y se llegó a una conciliación, se le citó y no quiso decir un estimado, él dijo que 200 millones de pesos, tengo entendido que eso es una cifra que no tiene lugar con lo que él llevo a cabo, pidió la venta de un apartamento de mi mamá, él decía que lo podíamos vender para saldar la deuda, se escaló la solicitud al Abogado que lleva el proceso, le ofrecemos 3 millones de pesos dijo que no, espera que le adjudiquen los bienes a mi mamá para hacer la solicitud, siempre ha existido la buena voluntad de cancelarle y reconocerle la gestión aunque no cumplió con las solicitudes que se exigían, mi preocupación inicial es que es muy largo este proceso, llevamos años en los mismos, adicionalmente se viene el problema del doctor Leonardo y a pesar de tener la disposición de arreglar el Doctor Leonardo no ha querido arreglar sino alargar, no entiendo que espera o cual es la cantidad que espera, él no fue claro frente a la remuneración de los pagos, posterior a la reunión fue claro que no habíamos quedado satisfechas y que lo mejor era finiquitar el contrato, en la reunión previa, él dijo que nos

quien es su madre, suscribió un contrato de prestación de servicios con el Abogado Leonardo Octaviano con el fin de adelantar los trámites ante la jurisdicción de Familia, relacionados con la declaración de la unión marital de hecho, liquidación y disolución de la sociedad patrimonial, proceso que se adelantaría previo al proceso divisorio. Frente al valor de los honorarios pactados esta deponente expuso que no fueron claros ya que se indicó que al final de los procesos se cobraría un porcentaje a título de cuota litis, sin tener certeza sobre el monto real por cada etapa o gestión, enfatizando, los honorarios se pactaron verbalmente y luego, el Abogado remitió el contrato para la suscripción, no siendo claro en el valor de los honorarios por cada proceso.

Con relación a las actuaciones adelantadas por el demandante, informó que el togado interpuso la demanda y en efecto, el proceso culminó con sentencia favorable para la aquí demandada, no obstante, advirtió que el resultado no fue de

iba a colaborar, el día que fuimos a la casa de él, le dijimos que no teníamos dinero para darle una inicial, dijo que no había problema, que le diéramos los documentos y que él adelantaba al unión marital de hecho y luego los demás procesos, nunca concretó una cantidad, nunca dijo cuánto por cada proceso, no hubo claridad de eso, en esa reunión no fue claro, simplemente ese día ante la premisa él decía que teníamos que iniciar el proceso lo antes posible porque se pasaba el término y mi mami no podía entrara a la sucesión, el contrato se firmó posteriormente, más o menos 3 contratos porque siempre quedaban mal, él había llegar los contratos porque quedaron mal, fueron bastantes por cambio de cláusulas, por lineamientos de los contratos, eso fue posterior con modificaciones, el último contrato , siempre él lo enviaba por correo electrónico o servicios de entrega pero no nos sentamos a hablar de los cobros o porcentajes, eso no, en su momento escuchamos sobre cuota litis en una de las reuniones él fue a la casa de mi mamá pero no decía si entraba al momento de la sucesión d ellos bienes pero no en la unión marital de hecho, luego del proceso de la última audiencia se le comentó, le se molestó y efectivamente ya quedó la relación fracturada para continuar con el proceso, no se pudo continuar y s ele solicitó a e cuánto se debía y no dijo nada, quedamos sin Abogado, buscamos otro e iniciamos el proceso, los hijos de mi papá continuaron el proceso y en este momento ha sido incierto, llevamos muchos años en la espera y no hemos tenido una luz de qué va a pasar o cómo se va a repartir, no se ha llegado ningún acuerdo, no ha llegado una respuesta positiva, no hay bienes adjudicados hasta el momento, en su momento el Doctor Leonardo dijo que las fechas no se podían solicitar como queríamos porque cuando las personas habían conseguido unos bienes materiales en esa fecha se adjudicaban desde el momento que se ocupó una casa y la unión marital era desde el momento en que se compartía o iniciaba una relación por eso pedí en el 1991 cuando nació mi hermana para dejarla en la unión marital, mi hermana estaba reconocida por mi papá, los hijos de mi padre estaban intentando que abandonáramos el recinto donde mi papá está actualmente, entonces la importancia de la fecha dentro de la unión marital de hecho, mi hermana y yo estábamos reconocidas por mi papá, la premura era por los plazos, se requería que la unión quedara constituida para iniciar posterior otro proceso, la conciliación fue para pactar los honorarios, posterior a la audiencia se le comentó al Doctor Leonardo que no íbamos a continuar con el proceso y esperábamos nos dijera la tarifa pero no hubo respuesta, en el mismo momento s ele dijo que no estábamos de acuerdo y él nos dijo que no, que habíamos quedado bien, ese día no fueron las fechas has solicitadas desde 1991 que fue cuando nació mi hermana, ni siquiera en 1992, el juzgado decidió que la unión se pactó en fechas no solicitadas, no recuerdo las fechas, el Abogado habló de cuota litis pero no fue claro, él explicó a mi mamá no a mí, el contrato lo firmó ella, no conocí en su mayoría el contrato, sé que iban a llegar a unos acuerdos de pago pero eso no fue de mi parte, el contrato quedaba por la unión marital de hecho, esa fue la solicitud inicial del Abogado, él nos informa que si quedaba en pie la unión marital se debía proceder a otro tipo de trámite pero no pudimos continuar con otro trámite, para mi mamá se generó el derecho posterior a la audiencia donde se aceptó por las partes la fecha en que efectivamente se generaba la unión marital, creería yo, el contacto era vía WhatsApp, él mandaba pantallazos sobre la revisión del proceso, eran fotos donde mostraba donde estaba, los contratos los envió hasta 3 contratos, no sabía el contenido, yo se los hacia llegar a mi mamá, yo entregaba los contratos, él los hacia llegar contra entrega a mi casa yo le decía que los leyera bien, pero no tenía tiempo de revisarlos, no tengo la misma cercanía o tiempo, la unión marital fue lo único que se realizó, pero no se continuó”.

satisfacción para la encartada al no haberse declarado como extremo de la unión marital el año 1991, tal como se había solicitado.

La señora CAROLINA MANOLOF, al fungir como apoderada de una de las herederas determinadas dentro del proceso 12 de Familia, ilustró al despacho informando⁴ que conocía sobre el objeto del contrato suscrito entre el demandante y la enjuiciada, el cual se llevó a cabo con la sentencia proferida que declaró la unión marital de hecho, es decir, exclamó con certeza que el mandato se había logrado con éxito y desconoció el monto de los honorarios pactados entre las partes en este proceso.

Por su parte, la testigo ROCÍO RIVERA GONZÁLEZ manifestó al despacho conocer sobre la existencia y ejecución del contrato de prestación de servicios, toda vez que fue ella quien recomendó al Abogado al ser esposa del profesional, tiene pleno conocimiento sobre la gestión encomendada y las actuaciones realizadas en el Juzgado de Familia, sin embargo, no conoce sobre el valor de los honorarios pactados al no haber estado presente en la reunión que sostuvieron los contratantes cuando se conocieron.

Finalmente, la enjuiciada al absolver interrogatorio⁵, admitió que contrató los servicios del aquí demandante para que la representara en el proceso de unión

⁴ DIANA CAROLINA ÁNGEL MANOLOF (récord 02:09:00 a 02:23:38): “Conozco al Doctor Leonardo porque hemos trabajado juntos, nos conocimos por un diplomado y a Martha Ruth al conozco por un proceso que llevó el Doctor Leonarda, yo participé en el proceso como Abogada de la señora Carolina Cruz, fui abogada de la señora Carolina ya que dentro del proceso de unión marital de hecho el causante al notificar a los demandados los hijos tenían que conseguir Abogado, contestamos la demanda y ella se allanó a los hechos, el proceso se surtió de manera moral como en este tipo de proceso toca demandar a los herederos indeterminados se nombró uno o 2 Curadores Ad Litem, en la audiencia no se logró continuar ya que cuando hay un Curador ellos no tiene la disposición de conciliar, la audiencia llegó con sentencia favorable para la cliente del Doctor Leonardo, se fijan las fechas, ese fue el trámite que se surtió en el Juzgado 12 de Familia, lo que recuerdo es que Martha inició una relación cuando estaba casado y ellos, la molestia fue que cuando inició el proceso el seguía casado y así no iba a nacer una relación de hecho, ella inició una relación estando casado el señor así no era viable, las fechas decía mi cliente Carolina que ella sentía que había nacido no en una relación constituida porque el señor estaba casado, no sé cómo pactaron los honorarios o las cláusulas, no tengo conocimiento de cómo pactaron las etapas siguientes, lo que sé es que habían pactado el proceso a cuota litis, cuando saliera el proceso se le pagaba, pero no sé valor o porcentaje, ellos tenían un contrato pero no sé qué dice, conocí a Carolina Cruz porque me contrató para llevar el proceso, la unión marital de hecho la tramitó el Doctor como apoderado de la señora Martha, cuando ya está en la contestación de Carolina como hija yo la contesto, no hubo oposición porque la sentencia salió favorable, nos allanamos a la demanda, fue favorable porque se logró el reconocimiento dentro del año después de la muerte del causante, al reconocerle la unión marital de hecho dentro del año la juez toma en cuenta los hechos y las pretensiones habiendo oposición de los hijos del primer matrimonio”.

⁵ Interrogatorio de parte MARTHA LUCY CRUZ –demandada- (récord 17:30 a 32:28 y 058 a 01:00): “Si conozco a Leonardo Octaviano Ortiz, suscribí un contrato de prestación de servicios profesionales en el anuario 2016, el objeto es como esta en el contrato, fue en el Juzgado 12 de Familia, yo le di un dinero a él para fotocopias. Incluso, para una póliza que, pidió en su momento, fueron por gastos procesales no honorarios, se fijaron los honorarios como figura en el contrato, no tengo presente el porcentaje, siempre me

marital de hecho, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial y posterior proceso divisorio, así mismo, frente a los honorarios indicó, que se fijaron tal y como figura en el contrato, no teniendo presente el porcentaje, empero, sostuvo que el actor la tenía informada de las gestiones adelantadas. En cuanto a la terminación del contrato, explicó que se llevó a cabo la declaración de la unión marital de hecho, terminando con una sentencia poco favorable al no contener el extremo final 1991 como lo esperaba. Finalmente, la demandada confesó terminar el contrato de manera unilateral y que a la fecha no ha remunerado los servicios del demandante al existir controversia sobre el monto, pues adujo que no tiene ningún bien adjudicado y el actor persigue el 20% de unos bienes que no gestionó.

Conforme a las actuaciones reseñadas y acogiendo las consideraciones esbozadas por el a quo, establece la Sala que en el sub judice, no existe discusión sobre la existencia del contrato de prestación de servicios, pues el mismo fue aportado por ambas partes, como se relacionó con anterioridad, extrayéndose que el mandato fue conferido para adelantar un proceso encaminado al reconocimiento de derechos patrimoniales del señor ROLANDO MESA QUINTERO (q.e.p.d.), incluyéndose dentro del trato el proceso divisorio de la casa/hogar y el domicilio de la demandante. De igual forma, en el contrato se pactó por concepto de honorarios cuota litis la suma del 20% **de lo que se lograra adjudicar de lo habido en los inventarios y avalúos allegados.**

En este punto, es claro que el actor ejerció su labor desde la radicación de la demanda ante el Juzgado 12 de Familia de esta ciudad hasta obtener sentencia favorable en favor de la aquí demandada, gestión que no fue satisfactoria para la señora Marta Cruz al no declararse la unión marital con base en las fechas que ella

mantuvo dentro de las actividades realizadas dentro de la gestión profesional que se le encomendó junto con mi hija, no quedé satisfecha en su momento porque el 3 de septiembre de 2019 pese a la declaración del Juzgado, no quede satisfecha porque no fue desde 1997 yo viví mucho antes con él, él no apeló ni nada, el juzgado declaró la unión a partir de dicha fecha, había un Curador para el otro hijo que no estuvo presente, después de la sentencia del 3 de septiembre del año 2019 en el proceso de familia pues que fue aportado a la parte demandante se hace una solicitud de su parte, después de la audiencia que hubo en el juzgado la unión marital nosotros nos reunimos en una cafetería con el señor Leonardo en Paloquemao yo le dije que cuál era el paso a seguir me dijo que pues era efectivamente la sucesión pero que eso de ahí para adelante me costaba mucha plata que en ningún momento explicó que yo tenía una fecha límite para hacer esa sucesión sino que él me habló fue vendiera un apartamento, él me imagino yo es que para él parte de la asociación, dijo que 1200 millones que más o menos era lo que costaba el proceso de ahí para adelante de él entonces qué urgente que vendiera ese apartamento, el apartamento que supuestamente él quería que yo vendiera es 1 que adquirimos durante la Unión que quedó solo a nombre mío por lo tanto él decía que yo lo podía vender estaba solo a nombre mío listo y cómo se la adjudicó porque pasó después yo lo pelee por un remate prácticamente en durante la convivencia con mi esposo lo pelee y quedé solo a nombre mío pero eso se dio en virtud después de la sentencia proferida, hasta ahorita que se está llevando a cabo lo de la sucesión pero hasta ahora no se me ha adjudicado nada señorita”.

estimaba, siendo 1991 o por lo menos 1992, última fecha de nacimiento de su hija Nini Carolina Meza Cruz.

Así las cosas, del recuento efectuado en esta providencia, es dable concluir, el profesional demandante asistió a la demandada en el proceso adelantado en el Juzgado 12 de Familia de Bogotá, culminando el litigio con una sentencia en fecha 03 de septiembre de 2019, que declaró:

- a) La existencia de la **unión marital de hecho** entre Martha Lucy Cruz y el fallecido Rolando Mesa Quintero, como compañeros permanentes desde el 25 de junio de 1997 hasta el 30 de septiembre de 2015.
- b) La existencia de la **sociedad patrimonial** de hecho entre Marta Lucy Cruz entre y el fallecido Rolando Mesa Quintero, como compañeros permanentes desde el 25 de junio de 1997 hasta el 30 de septiembre de 2015.
- c) **Disuelta y en estado de liquidación la sociedad patrimonial** existente entre Martha Lucy Cruz y el fallecido Rolando Mesa Quintero.
- d) Ordenar inscribir la sentencia en el libro de varios donde se encuentra inscrito el nacimiento de los compañeros permanentes.

Conforme al anterior resultado, es claro para la Sala que el Doctor Leonardo Octaviano Hernández, ejerció el mandato conferido en lo que tiene que ver con la declaración de la existencia de la unión marital de hecho y sociedad patrimonial, la cual se declaró disuelta, cumpliendo con la primera etapa del objeto del contrato consignado en el escrito arrimado (*contrato de prestación de servicios, página 22 y 23, archivo 1.EscritoDemanda.pdf y archivo 05*), causándose los honorarios hasta dicho momento, gestión que la demandada acepta adeudar.

En otro giro, del pacto establecido en el referido contrato y conforme al punto de apelación del recurrente, relacionado con la cancelación del 20% establecido en la cláusula segunda, correspondiente a la cuota litis de lo que se lograra adjudicar a la señora Marta Cruz, debe decirse, tal como lo dedujo el fallador de primera instancia, que no existe soporte alguno sobre el inicio del proceso divisorio o la efectiva adjudicación de algún bien a favor de la demandada, siendo improcedente pretender el pago de un porcentaje de un bien que no es propiedad de la

demandada o no ha sido adjudicado a la fecha. Nótese que este porcentaje se pactó de manera global como cuota litis por el **cumplimiento total** del objeto del contrato, el cual establecía, adicional a la demanda de unión marital de hecho y derechos patrimoniales derivados de la misma, **llevar a cabo la demanda del proceso divisorio**, tratándose de procesos diferentes, no siendo de recibo el argumento del actor consistente en que adelantó el 90% de todas las gestiones en el proceso de unión marital de hecho, pues es evidente que debía adelantar un nuevo proceso y esta actuación no se surtió.

No se desconoce que fue la aquí demandada quien de manera unilateral terminó el contrato de prestación de servicios, no obstante, esta decisión no la obliga a tener que asumir el pago de unos honorarios que comprende un total de 2 procesos de los cuales, se itera, solo se surtió 1 ante la jurisdicción de familia, por lo que, es procedente remunerar al Abogado, pero de acuerdo a la gestión adelantada por este proceso.

En este sentido es claro, el proceso que cursó en el Juzgado 12 de Familia de Bogotá culminó con una sentencia judicial y fue por ello, que el juez a quo analizó factores como la duración, intensidad, calidad, eficiencia de la gestión adelantada por el profesional del derecho y adoptó su decisión conforme criterios razonables de compensación, a la luz de las tarifas de honorarios fijada por CONALBOS 2019-2020 y reguló este concepto a favor del demandante en la suma de \$8.281.160 (\$828.116*10 smmlv)⁶, tasación que acoge esta Sala de decisión, por resultar acorde a la gestión profesional adelantada por el demandante.

Por lo anteriormente expuesto, la decisión de primer grado será confirmada en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

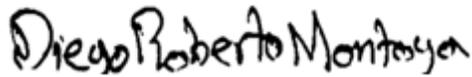
⁶ Colegio Nacional de Abogados, en Resolución No. 001 del 1º de diciembre de 2018, "POR LA CUAL SE ESTABLECE LA TARIFA DE HONORARIOS PROFESIONALES PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO DURANTE EL AÑO 2019-2020", donde en su "Capítulo 1º "TARIFAS DE HONORARIOS EN LOS PROCESOS DE HORALIDAD C.G.P." numeral 36. "DERECHO DE FAMILIA –PROCESOS ESPECIALES", ítem 15, indica: "- proceso Ordinario: Declaración de la existencia de la unión marital de hecho y sociedad patrimonial: Diez salarios mínimos legales mensuales vigentes.

RESUELVE

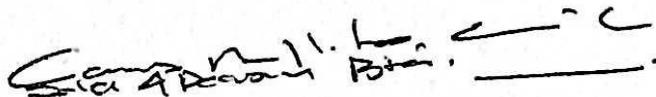
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del
Circuito de Bogotá.

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 LUZ ANGELA TOVAR
SAAVEDRA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
–COLPENSIONES- (RAD. 38 2020 00321 01).**

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

Teniendo en cuenta que mediante auto del 29 de julio del 2022 se dispuso devolver el expediente al juzgado de conocimiento en aras de que procediera a la notificación de la advertencia de nulidad prevista en el artículo 133 del C.G.P. numeral 8 a MARIA FERNANDA SALCEDO OLIVARES de conformidad con lo previsto en el artículo 8 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, a lo cual se dio cumplimiento mediante auto del 15 de febrero del 2023 (*archivos 26 y 27 expediente digital “01PrimeraInstancia/C01Principal”*) y como quiera que por escrito del 17 de febrero del 2023 dicha persona no alegó la causal de nulidad puesta en conocimiento sino manifestó (*archivo 28 ibidem*):

“... me permito manifestar que tengo pleno conocimiento que la señora LUZ ANGELA TOVAR SAAVEDRA, esposa de mi padre ALCIDES SALCEDO BUSTOS (q.e.p.d.) inició proceso en contra de COLPENSIONES, ante la negativa de esta entidad al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, en calidad de conyugue.

Frente a lo anterior, manifiesto que no tengo oposición alguna con relación al derecho que le corresponde y el cual desde un principio debió reconocérsele por parte de COLPENSIONES, ya que fue la esposa y compañera de vida de mi padre hasta el último día de su vida. Si bien es cierto, COLPENSIONES, me reconoció el derecho pensional en su momento en calidad de hija del fallecido, este fue suspendido desde el momento en el cual terminé mis estudios y me gradué de la universidad, en el mes de julio de 2020.

Por consiguiente, manifiesto nuevamente que no tengo derecho alguno que reclamar, ya que el mismo ceso al momento de terminar mis estudios universitarios, así como tampoco presento oposición alguna al reconocimiento de la pensión a favor de la esposa de mi padre, ya que como lo mencioné con anterioridad goza de ese derecho por estar casados, convivir y compartir sus vidas en calidad de esposos, siempre hasta el fallecimiento de mi padre.”

Se dará continuación al trámite que corresponde dentro del presente litigio, advirtiéndose tanto la parte demandante como la demandada presentaron alegatos de conclusión, razón por la cual 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, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones y el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 6 de junio del 2022 (*Acta y audio archivos 21 y 22, expediente digital*), en la que se resolvió (*Record: 1:52:02*):

“PRIMERO: DECLARAR que la señora LUZ ANGELA TOVAR SAAVEDRA en calidad de CÓNYUGE SUPÉRSTITE del señor ALCIDES SALCEDO BUSTOS (q.e.p.d.), cumple con los presupuestos exigidos por los artículos 13 y 14 de la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de sobrevivientes. Lo anterior, en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a que le reconozca y pague a la señora LUZ ANGELA TOVAR SAAVEDRA, en su condición de CÓNYUGE SUPÉRSTITE del afiliado ALCIDES SALCEDO BUSTOS (q.e.p.d.), la pensión de sobrevivientes en los términos de la Ley 100 de 1993, en proporción del 50% de la prestación, a partir del 30 DE SEPTIEMBRE DE 2018 y en adelante de forma vitalicia, disponiéndose el pago de los valores respectivos con los reajustes de Ley y la mesada adicional que legalmente procede.

TERCERO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que, del importe de proporción de mesadas pensionales retroactivas que le corresponden a la demandante LUZ ANGELA TOVAR SAAVEDRA, descuenta, en el porcentaje que en derecho corresponde, los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, pues ello obedece a la aplicación del principio de solidaridad que rige en el referido sistema.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocerle y pagarle a la señora LUZ ANGELA TOVAR SAAVEDRA intereses moratorios en los términos del Artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 24 de noviembre de 2018 respecto de las mesadas pensionales causadas desde el 30 de septiembre de 2018 y mes a mes respecto de las causadas con posterioridad, y hasta cuando se efectúe el pago correspondiente. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio el Despacho declara no probadas las propuestas

SEXTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la parte demandante. En firme la presente providencia, por Secretaría, practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$3'000.000,00 (Tres Millones de pesos m/cte) en favor de cada una de la demandante.”

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación expresando que el requisito para adquirir el derecho a la pensión de

sobrevivientes es acreditar que la cónyuge estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y que haya cumplido con el fallecido no menos de 5 años continuos de convivencia con anterioridad a su muerte, precisando la demandante no acreditó dicho requisito pues el causante viajaba constantemente y pasaba 25 días en la ciudad de Ibagué, aunado a que los testigos por ejemplo no sabían el nombre del de cujus ni las causas de su deceso y en el interrogatorio de parte la actora adujo que el fallecido solo venía a visitarla los primeros días de cada mes.

Señala que si en gracia de la discusión se confirma el fallo de primer grado se absuelva de la condena al reconocimiento y pago de los intereses moratorios pues se negó el reconocimiento pensional por no haberse acreditado la condición de beneficiaria, actuando con apego a la Ley. (*Acta y audio archivos 21 y 22, expediente digital Record: 1:54:28*)¹

¹ “Muchas gracias señoría me permito presentar recurso de apelación contra la presente sentencia y lo sustentare de una vez. Solicitó ante el honorable tribunal se revoque la sentencia de primera instancia de la siguiente manera por las siguientes razones:

Es de tener en cuenta que la ley ha establecido que la cónyuge supérstite podrá adquirir el derecho a la pensión de sobrevivientes siempre que reúna los requisitos conforme el artículo 47 de la ley 7993 modificado por la ley 797 del 2003: 1) acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y que haya cumplido con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte, es declarar que esa convivencia debe ser de manera permanente y continua y como bien lo indica la investigación administrativa no existió convivencia durante los 5 años anteriores al fallecimiento del causante de manera constante y ininterrumpida, en ese sentido se hace necesario citar lo indicado por la corte en la sentencia T-122 del 2004: “factor primordial para la definición acerca de si quien solicita una pensión sustitutiva tiene o no derecho a ella es la demostración del nexo que existía entre el solicitante y el titular de la pensión en cuanto se entiende que también era persona y el resto de la familia dependía de las mesadas percibidas por aquel, la convivencia efectiva que es esencial para tener derecho a la pensión sustitutiva lo es precisamente por cuanto a partir de la decisión de los compañeros permanentes configura la familia pero como esa convivencia entre ellos puede cesar y cada uno de los miembros de la pareja está en posibilidad de establecer otras relaciones de la misma índole, es necesario que cuando alguien reclame haber tenido que hacer frente compañero o compañera permanente respecto a quien apercibe parecido para hacer el disfrute de la pensión sustitutiva a demostrar que es que en efecto conviven en la época inmediatamente anterior al fallecimiento del pensionado”

En este orden de ideas de conformidad con las consideraciones anteriores es procedente afirmar que la convivencia efectiva al momento de la muerte del titular de la pensión constituye el hecho que legitima la sustitución pensional y que por lo tanto es el criterio rector material o real que debe ser satisfecho tanto por la cónyuge como por la compañera permanente del titular de la aplicación social, ante la entidad de Seguridad Social para lograr que llegada la muerte del pensionado la sustituida obtenga la pensión y de esta forma el otro miembro de la pareja cuente con los recursos económicos básicos e indispensables para subvenir o satisfacer las necesidades básicas.

Se evidencia en la investigación administrativa que no se acredite el contenido y la veracidad la solicitud presentada por los Ángela Tovar Saavedra una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa de acuerdo a la información verificada y cotejo de la documentación, entrevistas y labores de campo no se logró acreditar la convivencia entre los últimos 5 años de convivencia con el causante ALCIDES SALCEDO BUSTOS con la con la señora LUZ ANGELA SAAVEDRA, quién ha manifestado haber convivido con el causante desde el 5 de septiembre de 2005 bajo la figura de Unión marital De hecho posteriormente contrajo matrimonio el 27 de junio del 2009 hasta el 30 de septiembre de 2018 fecha de deceso del causante, así es importante mencionar que se carecen de pruebas para verificar la información suministrada por la solicitante teniendo en cuenta que la información suministrada por la solicitante manifestó que el causante viajaba constantemente y qué pasaba 25 días en la ciudad de Ibagué, por tanto no se logró establecer convivencia permanente entre las partes, adicionalmente la solicitante no aportó documentos probatorios tales como la (sic) del causante, copia de la historia clínica, registrado de

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante LUZ ANGELA TOVAR SAAVEDRA, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (Archivo 7 expediente digital, páginas 1 y 2), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 2 a 6 ibídem, aspirando principalmente se declare convivió durante los 5 años anteriores al fallecimiento de su cónyuge ALCIDES SALCEDO BUSTOS (q.e.p.d.), en consecuencia se condene al reconocimiento del 100% de la mesada causada, junto con el retroactivo correspondiente, intereses moratorios, costas y agencias en derecho. Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto si bien se reconoció el derecho pensional en su favor, se otorgó en un 50% dado que Colpensiones ya le había reconocido la prestación pensional en un 100% a la hija del cujus, lo anterior tras considerar el *a quo* que la demandante acreditó su condición de cónyuge y la convivencia con el afiliado para el momento de su muerte, sumado al caudal probatorio testimonial que reafirmó dicha situación, precisando cuando se trata de un afiliado no se deben acreditar los 5 años de convivencia pues es un requisito que no se exige en la ley para éstos sino

defunción, trámites funerarios, pertenencias que demuestren que existió convivencia hasta el último día de vida del causante, finalmente los vecinos entrevistados algunos no sabían el nombre del causante ni las causas de su deceso otros manifestaron no haber vuelto a ver hace más de 2 años porque a indicar que la convivencia no se llevó a cabo hasta que el causante falleció aunado a los puestos (sic) se pudo hacer el interrogatorio de parte de la señora Luz Ángela Tovar no convivió con el causante previo a su fallecimiento pues como bien lo indica ella el señor ALCIDES SALCEDO se ausentaba del lugar cada mes y solo venía a visitarla los primeros días del mes, así mismo resulta incoherente que la señora ABIGAIL ORJUELA y el señor OMAR manifestaron que la última vez que los vio juntos fue en los en los últimos días de agosto; sin embargo los descansos del señor eran para los primeros días de cada mes como indicó la señora luz, por lo tanto conforme el interrogatorio de parte y la investigación administrativa es claro que se debe establecer la no convivencia del causante y la solicitante dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento, razón por la cual la entidad procedió a negar la pensión de sobrevivientes.

Conforme lo anterior no se había logrado acceder a las pretensiones de su situación personal ya que la demandante no logró acreditar el haber convivido con el causante de los 5 años de continuos con anterioridad a su fallecimiento.

Ahora bien si en gracia de discusión se admitiera los argumentos de la demandante solicitó a su subsidiariamente al honorable tribunal no se condena a mi representada el reconocimiento y pago de intereses moratorios y deberá darse aplicación a lo dispuesto en la sentencia SL 43 38 del 2019 de la Corte Suprema de Justicia, la t 58612 y sentencia c 601 del 2000, que regulan dicho tema en vista también que la demandante quien se presenta en calidad de cónyuge del causante no acreditó en sede administrativa más de 5 años de convivencia anteriores al fallecimiento, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en la sentencia SL 11897 del 2016 emitida por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en tanto allí se indicó que en aquellos casos en que las administradoras de pensiones nieguen a reconocimiento y pago de prestaciones periódicas deberá encontrarse plena justificación bien sea porque tiene el respaldo normativo o por la aplicación minuciosa de la ley sin los alcances o efectos que en un momento dado pueden darle los jueces, situación como lo que nos atañe dado que como se expuso en las normas antes citadas es necesario la acreditación de su condición de compañera permanente (sic) para el disfrute de la prestación.

En ese sentido dejo sentado mi recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a mi representante de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y subsidiariamente pues también no se condena a mi representada al reconocimiento y pago de intereses moratorios muchas gracias su señoría.”

para el caso de los pensionados fallecidos. Igualmente expresó que si bien la convivencia no era continúa ello fue por la actividad laboral que desarrollaba el de cujus en otro municipio.

De tal manera, habida cuenta que se conoce el presente proceso además de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se abordará el estudio de la procedencia de las condenas impuestas a cargo de la demandada. Conforme a lo anterior, de manera preliminar ha de señalarse, no son objeto del debate en el presente asunto, las conclusiones a las que arribó la Juez *a quo*, según las cuales:

i) El señor ALCIDES SALCEDO BUSTOS, falleció el 30 de septiembre del 2018 conforme al Registro Civil de Defunción (*Archivo 3 expediente digital página 25*).

ii) LUS ANGELA TOVAR SAAVEDRA y ALCIDES SALCEDO BUSTOS (q.e.p.d.) contrajeron matrimonio por el rito católico el 27 de junio del 2009 (*Archivo 2 expediente digital página 1*).

iii) Mediante Resolución SUB 302512 del 1° de noviembre del 2019 COLPENSIONES ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes a la joven MARIA FERNANDA SALCEDO OLIVARES en un porcentaje del 100% en calidad de Hija Mayor a partir 30 de septiembre del 2018 en cuantía de \$2.528.906. (*Archivo 2 expediente digital citada en la página 7*).

Así las cosas, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante (30 de septiembre del 2018) la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la cual se encontraba vigente para esa data y que en su parte pertinente señala que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Precisándose en este punto y para resolver las inconformidades de COLPENSIONES en su apelación, 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 de convivencia de 5 años allí contenida se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado, enfatizando, *“una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador”*, **bastando la demostración de la calidad invocada –cónyuge o compañero (a) permanente- del afiliado fallecido**, postura además consignada, entre otras por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL- 2820 del 16 de junio del 2021, radicación 73255, en los siguientes términos:

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

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

[...] En síntesis, pueden extraerse dos reglas [...] que fijan el alcance y la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003: i) La pensión de sobrevivientes en materia de afiliados al sistema de seguridad social, no exige un tiempo mínimo de convivencia para acreditarse como beneficiarios la cónyuge o la compañera permanente y, ii) No existe un trato diferenciado para la aplicación de la regla anterior, es decir, no importa la forma en la que se constituya el

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; (...)

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, entendiéndolo la familia a la luz de lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-521-2007, en la que al efecto sostuvo «Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos».

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

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.”

Al tenor de la disposición normativa en cita aplicable al caso y teniendo en cuenta, que la señora LUZ ANGELA TOVAR SAAVEDRA superaba los treinta años de edad³ en la fecha del fallecimiento del señor ALCIDES SALCEDO BUSTOS (q.e.p.d.), entra la Sala a verificar si se cumple con el requisito de la convivencia real y efectiva con el de cujus para la data de su deceso, aspecto fundamental para la procedencia de las pretensiones de la interesada.

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

- Póliza Vida Grupo de SEGUROS DEL ESTADO en donde se reconoce la suma de \$10.000.000 a la accionante en calidad del cónyuge del fallecido-. (páginas 20 y 21 Archivo 2 expediente digital) y,
- Registro fotográfico (páginas 3 a 24 1 Archivo 3 expediente digital).

³Contaba con 46 años de edad pues nació el 5 de abril de 1972 (página 19 archivo 1 expediente digital).

Por otro lado, se recepcionaron los testimonios de VILLANID ORJUELA BUSTOS⁴, LAURA SARMIENTO TOVAR⁵, OMAR IVAN VARGAS TAPIAS⁶ y LINA VIVIANA ORTIZ MONROY⁷.

La señora ORJUELA BUSTOS manifestó conocer a la demandante porque además de ser a quien le arrendó su casa desde el 2007 hasta el 2011, es la administradora del conjunto donde la actora residía con su esposo ALCIDES SALCEDO. Señaló la deponente que en el año 2009 dicha pareja contrajo matrimonio, ceremonia en la que fue testigo y por ende asegura eran esposos y así lo demostraban dado el trato que tenían, precisando si bien en el 2011 cambiaron de casa fue en el mismo conjunto por ende continuó percibiendo el trato y la relación de la pareja, explicando el de cujus trabajaba en el Tolima en una mina en Santa Isabel por ende venia todos los meses a finales o inicios, en su carro particular el cual parqueaba dentro del conjunto y permanecía 5 o 6 días, tiempo en el cual llevaba y recogía a la demandante de su trabajo, lo cual sabe porque lo veía, así mismo señaló que compartió con la pareja de cónyuges viajes a pueblos cercanos como Boyacá y Guadalupe. Indicó que el último mes que los vio juntos fue en agosto del 2018.

LAURA SARMIENTO hija de la demandante, comentó que su mamá estuvo casada con ALCIDES SALCEDO desde el año 2009 pero que su noviazgo inició en el año 2005, adujo que el fallecido siempre vivió con ellas en una casa ubicada dentro de un conjunto residencial de Fontibón, manifestando que aquel trabajaba en un mina ubicada en Santa Isabel donde su turnos eran de 22 días de trabajo y 8 días de descanso, los cuales pasaba siempre con ellas en su casa, precisando que casi siempre eran a finales de mes o a comienzos, aclaró que el de cujus tenía un carro particular en el cual se transportaba de Bogotá hacia Ibagué, allí lo dejaba en casa de los papas y se iba para la mina, cuando salía de la mina recogía el carro y viajaba hasta Bogotá, señaló que en los días de descanso salían a pasear, que el fallecido era quien tenía afiliada en salud a su mamá a la EPS COOMEVA como también era el que pagaba el arriendo pues la demandante cancelaba los servicios públicos del hogar, siendo la última vez que departieron juntos al inicio del mes de septiembre del 2018.

⁴ Audiencia virtual 6 de junio del 2022, archivo 21, record: 23:23

⁵ Audiencia virtual 6 de junio del 2022, archivo 21, record: 38:09

⁶ Audiencia virtual 6 de junio del 2022, archivo 21, record: 51:14

⁷ Audiencia virtual 6 de junio del 2022, archivo 21, record: 1:00:43

OMAR TAPIAS por su parte comentó haber conocido a la demandante y su esposo en el conjunto residencial donde el deponente tenía una droguería, aproximadamente 12 o 13 años atrás de su declaración que lo fue en junio del 2022, es decir, para el 2008-2009, indicando la demandante siempre estuvo con su esposo ALCIDES y su hija, aseguró haber visto a los consortes haciendo mercado, aunado a que iban los dos a comprar medicamentos en su droguería y en varias ocasiones fue a la casa donde vivían para aplicar medicamentos, percibiendo a la actora y al de cujus como una pareja de esposos dado el trato que tenían, indico que incluso la accionante pedía productos en la droguería y su esposo cuando llegaba a fin de mes cancelaba lo que se debía, recalcó que el fallecido estaba en su lugar de residencia a finales o comienzos de cada mes, señalando haberlos visto juntos antes del fallecimiento del señor ALCIDES SALCEDO pues era quien llevaba y recogía del trabajo a la actora en esos días del mes.

Finalmente LINA VIVIANA ORTÍZ, quien trabajó en el área de recursos humanos de la sociedad en donde el de cujus prestó sus servicios, manifestó que conoció a la demandante como esposa de ALCIDES SALCEDO pues así se registró en los archivos y además era la que asistía a los eventos organizados por la empresa tales como día de la mujer, día de la madre, día de la familia y fin de año, adujo que la dirección registrada por el causante como de domicilio fue en Bogotá pues sus funciones las desarrollaba en una mina ubicada en Santa Isabel Tolima trabajando turnos de 22 días seguidos con 8 o 7 días de descanso, señalando que tales días los pasaba con su esposa en Bogotá lo cual sabe dado que el fallecido compensaba horas para poder salir más temprano y así viajar a su casa. Indicó que las acreencias laborales fueron canceladas a su esposa y a la hija del fallecido quien era estudiante de psicología a quienes además tenía afiliadas al sistema de salud

Así las cosas, de lo hasta aquí expuesto, sin que sea necesario acudir a otros medios de prueba se advierte una vez valorados los testimonios 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 LUZ ANGELA TOVAS SAAVEDRA y ALCIDES SALCEDO BUSTOS (q.e.p.d.) convivieron en calidad de cónyuges hasta el momento en que éste falleció, habiendo percibido los testigos de manera directa los hechos sobre los cuales declararon por la cercanía con la pareja.

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

De esta manera, se encuentra acreditado que la cónyuge del afiliado fallecido logró demostrar en el presente asunto que hizo vida en común con el causante, demostrando la existencia de ese vínculo de comunidad de pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente al momento del óbito del señor ALCIDES SALCEDO BUSTOS (q.e.p.d.).

Advirtiéndose conforme a lo certificado por la GERENTE ADMINISTRATIVA Y DE RECURSOS HUMANOS DE SECTOR RESOURCES LTD. el señor ALCIDES SALCEDO BUSTOS (q.e.p.d.). *“estuvo vinculado con nuestra compañía en la Mina Las Animas en el Municipio de Santa Isabel Tolima mediante un contrato Laboral a Término Fijo desde el 01 de mayo de 2012 hasta el 30 de abril de 2014 y Contrato a Término Indefinido desde el 01 de mayo de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2018 fecha de su fallecimiento en el cargo de Jefe de Mantenimiento Planta, con una jornada laboral flexible por turnos de trabajo rotativos de 22 días laborados por 8 de descanso de conformidad con la jornada máxima legal”* –ver página 16 Archivo 2 expediente digital-, razón por la cual los cónyuges no podían estar permanentemente juntos bajo el mismo techo de manera física, dada esa circunstancia especial de trabajo, lo cual no conduce en palabras de nuestro máximo órgano rector a que de manera inexorable se desaparezca la comunidad de vida de la pareja, ya que pese a ello dentro del presente litigio se logró acreditar que durante su matrimonio se mantuvieron vigentes los lazos afectivos, sentimentales, de apoyo, solidaridad, acompañamiento y ayuda mutua, situaciones que logran superar la concepción de una convivencia meramente formal relacionada con la cohabitación de la pareja bajo el mismo techo.

Nótese conforme a lo ya referido, fue por razones ajenas a la voluntad de los consortes que hicieron que la unión física no pudiera mantenerse dentro de un mismo lugar todos los días, situación que en manera alguna puede pasar por alto esta Corporación, pues se itera se trató de una circunstancia especial dadas las obligaciones laborales afiliado fallecido.

Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1279-2022 Radicación No. 86933 del 4 de abril del 2022, consideró:

“Frente al tema en concreto, esta Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el sentido de que la vocación de convivencia entre los cónyuges no se interrumpe necesariamente al desaparecer la vida en común de la pareja o su vínculo afectivo, puesto que, como bien lo analizó el ad quem y resalta la replicante en su escrito, la existencia de condiciones que se interpongan para la materialización de la misma, ..., no hacen perder la intención de convivencia y, menos aún, disipan el derecho.

(...)

La sentencia CSJ SL6519-2017 también explicó que la convivencia entre cónyuges o compañeros permanentes no se ve interrumpida en «razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, pues ello no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida» (...)

(...)

Criterio reiterado recientemente en la sentencia CSJ SL1706-2021, en la que se enseñó que las circunstancias relevantes que impiden la cohabitación entre la pareja sin que ello implique la pérdida de la intención de convivencia no solamente se restringe a circunstancias de trabajo o salud, sino también, puede obedecer a restricciones de la libertad.

Ello cuando enseñó:

De la diligencia suscrita por el causante se puede establecer que existió una serie de restricciones que en principio podrían haber afectado la convivencia con la demandante, aspecto sobre el cual la Sala ha tenido la oportunidad de referirse, que tratándose de la convivencia pueden existir circunstancias relevantes que impidan la cohabitación bajo un mismo techo de la pareja, como por ejemplo motivos de trabajo o de salud y, en el caso particular al existir una restricción a su libertad, quedaba bajo una imposibilidad legal de trasladarse al hogar conformado con la señora Gladys Lucía, que per se, no conlleva a derruir las conclusiones del Tribunal, máxime que con otros medios de prueba se estableció por el juez de apelaciones la convivencia durante este interregno, al respecto en la sentencia CSJ SL1548-2018, que reiteró lo expresado en la CSJ SL11940-2017, en la que se expresó:

Ahora bien, cierto es que esta Sala, haciendo un análisis sobre la verdadera intelección y alcance que se le debe dar a dicho precepto legal, ha sostenido que en tratándose de la convivencia, debe analizarse en cada caso particular, si existen circunstancias relevantes que impiden la cohabitación bajo un mismo techo de la pareja, como por ejemplo motivos de trabajo o de salud.

En punto de debate, cabe citar lo dicho en la sentencia CSJ SL.11940-2017, rad. 47913, en donde se puntualizó:

En torno al entendimiento adecuado de la disposición citada, esta sala de la Corte, a través de su jurisprudencia, ha precisado que el presupuesto de la convivencia, que en los términos del sistema integral de seguridad social da derecho a la pensión de sobrevivientes, en tratándose de cónyuges o compañeros o compañeras permanentes, tiene una connotación eminentemente material, en oposición a los aspectos meramente formales del vínculo, además de que, jurídicamente hablando, debe ser estable, permanente y lo suficientemente sólida para consolidar un grupo familiar, que es el objeto de protección constitucional y legal. En tal sentido, desde la sentencia CSJ SL, 5 may. 2005, rad. 22560, reiterada en CSJ SL, 25 oct. 2005, rad. 24235; CSJ SL, 22 en. 2013, rad. 44677; y CSJ SL14237-2015, entre otras, la Corte definió que la condición de compañeros permanentes puede predicarse de:

“[...] quienes mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en

común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia (...)”

Por dicha vía, esta sala de la Corte ha determinado que, efectivamente, a partir de una adecuada hermenéutica del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la convivencia que da derecho a la pensión de sobrevivientes,

“[...] debe ser examinada y determinada según las particularidades relevantes de cada caso concreto, por cuanto esta exigencia puede presentarse y predicarse incluso en eventos en que los cónyuges o compañeros no puedan estar permanentemente juntos bajo el mismo techo físico, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, pues ello no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja, si claramente se mantienen vigentes los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente formal relativa a la cohabitación en el mismo techo”. (Ver CSJ SL6519-2017)”

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 el Juez de primer grado, esto es, en el 50% de la mesada ya reconocida por COLPENSIONES desde el 30 de septiembre del 2018, junto con 13 mesadas al año dado que la pensión de sobrevivientes se causó con posterioridad al 31 de julio del 2011 (Parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005) y en este punto se deberá confirmar la sentencia, advirtiéndose el tema del porcentaje del 50% otorgado a la demandante no fue objeto de reproche.

Ahora, en lo atinente a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES (*página 18, archivo 12 expediente digital*)⁸, se advierte en el presente asunto el derecho a la pensión de sobrevivientes se hizo exigible el **30 de septiembre del 2018** fecha en que falleció el señor ALCIDES SALCEDO BUSTOS, acudiendo la actora a reclamar vía administrativa la prestación pensional el 23 de septiembre del 2019⁹, petición a la cual no se accedió pues COLPENSIONES dispuso negar la prestación, acudiendo la demandante ante la jurisdicción el **10 de septiembre del 2020**¹⁰ (*Acta reparto archivo 5 expediente digital*), por lo que entre la fecha en que se hizo exigible el derecho y la interposición de la demanda NO transcurrió el término trienal consagrado para la operatividad de la prescripción y en esa medida las mesadas pensionales causadas desde la fecha de fallecimiento del afiliado, NO se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, declarándose NO probada la excepción de prescripción, tal como lo dispuso el juez a quo.

⁸ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 27 de octubre del 2021, archivo 15 expediente digital.

⁹ Conforme se extrae del contenido de la Resolución SUB 22188 del 27 de enero del 2020 (páginas 6 archivo 2 expediente digital)

¹⁰ La demanda se admitió por auto del 21 de abril del 2021 (Archivo 10 expediente digital) y se notificó a la demandada mediante correo electrónico del 10 de mayo del 2021 (Archivo 11 expediente digital).

En relación con la condena al pago de los intereses de mora apelada por Colpensiones resulta pertinente mencionar, si bien es cierto se encuentran contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 787 de 2013, radicación 43602, morigeró la posición frente a la procedencia de los intereses moratorios, indicando se deben evaluar si existieron causas que justifiquen el desconocimiento del derecho por parte de la entidad.

En ese orden de entrada debe indicarse, que la decisión de no reconocer el derecho pensional a la demandante, se originó con apego a los requisitos establecidos por la norma en lo relacionado al cumplimiento de los 5 años de convivencia anteriores al momento del fallecimiento del causante; así las cosas, para esta Sala la omisión de reconocimiento y pago por parte de la pasiva de la prestación pensional objeto de estudio se encuentra justificada, pues en primer lugar hubo un cambio jurisprudencial frente al entendimiento que debe darse al literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y en segundo lugar solo a través del recaudo de la testimonial que se dio en sede jurisdiccional se pudo establecer con certeza el requisito de convivencia exigido por la ley, razón por la cual se revocará en ésta aspecto la sentencia de primera instancia.

En su lugar, se dispondrá el pago debidamente indexado de las mesadas adeudadas, 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 la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021 -en la que se abordó un asunto de similares contornos fácticos-. 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 los términos anteriores, la Sala procede a la revocatoria parcial de la sentencia de primer grado conforme a lo expuesto, confirmándose en lo demás.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

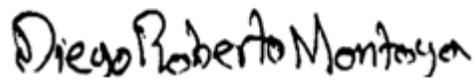
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral **CUARTO** de la sentencia apelada, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES del pago de los intereses moratorios. En su lugar, se **CONDENA** a la demandada a pagar las mesadas pensionales adeudadas a la accionante debidamente indexadas a la fecha efectiva de inclusión en nómina, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

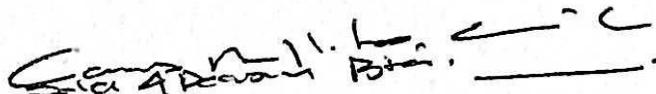
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juez de primer grado, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

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 HUGO TRIANA PAÉZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 39 2022 00253
01)**

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada ORIANA ESPITIA GARCIA como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el 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 PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 02 de diciembre de 2022 (*Audiencia virtual, archivo 15 expediente digital récord:53:24*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la demandante **HUGO TRIANA PAEZ** del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de **PROTECCIÓN S.A.** es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó del régimen de prima media, situación que también se debe entender frente a la afiliación que hizo subsiguiente, esto es, de **PROTECCIÓN S.A.** a **PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a que transfiera a **COLPENSIONES** todos los dineros que recibió por gastos de administración y comisiones por administración, junto con las primas de seguros previsionales pagadas por invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos estos emolumentos debidamente indexados al momento de cumplirse esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.** a que transfiera a **COLPENSIONES** todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hay, más los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos estos emolumentos debidamente indexados al momento de cumplirse esta decisión.

CUARTO: ORDENAR a **COLPENSIONES** que reciba los dineros que tratan los numerales segundo y tercero, y reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por las demandadas.

SEXTO: INFORMARLE a **COLPENSIONES** que podrá acudir a las acciones judiciales en contra de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** para obtener los eventuales perjuicios que se puedan causar por la ineficacia.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000), se exonera a **COLPENSIONES**.

OCTAVO: CONSÚLTESE la presente decisión por cuanto esta sentencia tiene órdenes a cargo de **COLPENSIONES**.”.

Inconforme con la decisión COLPENSIONES solicitó sea revocada la decisión, advirtiend¹, no es procedente la declaratoria de una ineficacia del traslado

¹ **COLPENSIONES** (récord 59:16): “encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida solicitando muy respetuosamente en primer lugar se acceda al recurso y se conceda y en segundo lugar me permitió sustentarlo de la siguiente manera: Tal como se manifestó se sostiene la postura de que no es procedente la declaratoria de una ineficacia del traslado atendiendo que el demandante alega haber vivido circunstancias al momento de la suscripción del formulario de afiliación las cuales no se encuentran debidamente acreditadas en el sentido de que el demandante arguyó en su interrogatorio de parte haber suscrito de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación que conllevó al traslado de régimen pensional, situación esta pues que pese a que el actor hubiese manifestado que en ese momento se encontraba ocupado realizando las labores para las cuales fue contratado lo cierto es que eso no desdibuja el hecho de que suscribió el formulario de afiliación. Así mismo pues no puede desconocerse los requisitos de validez de todo acto jurídico únicamente porque actualmente le resulta más factible una mesada pensional en otro régimen, pues no se observa tampoco de las documentales que conforman el acervo probatorio así como de lo manifestado en el interrogatorio de parte, que el demandante haya sido asaltado en su buena fe, toda vez que, no se le realizó una proyección al momento de haberse dado el traslado de régimen pensional toda vez que hubiese inferido en la actualidad ya que se le está ofreciendo una mesada pensional inferior, pues en ese sentido tampoco es dable acceder a la

atendiendo que el demandante alegó haber vivido circunstancias al momento de la suscripción del formulario de afiliación las cuales no se encuentran debidamente acreditadas en el sentido que, arguyó en su interrogatorio de parte haber suscrito de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación que conllevó al traslado de régimen pensional, aclaró, que el actor manifestó que en ese momento se encontraba ocupado realizando las labores para las cuales fue contratado y ello no desdibuja el hecho de la suscripción del formulario de afiliación.

Añadió, no puede desconocerse los requisitos de validez de todo acto jurídico únicamente porque actualmente le resulta más factible una mesada pensional al actor en otro régimen, no observando de las documentales que conforman el acervo probatorio así como lo manifestado en el interrogatorio de parte, que el señor Triana Páez haya sido asaltado en su buena fe, toda vez que, no se le realizó una proyección al momento de haberse dado el traslado de régimen pensional donde evidenciara que se le ofrecía una mesada pensional inferior. Aclaró, tampoco es dable acceder a la declaratoria de un traslado de régimen pensional atendiendo lo dispuesto en las reglas legales y jurisprudenciales que rigen la materia.

Por último, expuso, si el superior confirma la sentencia recurrida, se mantenga incólume la decisión de otorgar a Colpensiones la oportunidad de accionar judicialmente en contra de los fondos codemandados en aras de obtener el resarcimiento por daños y perjuicios derivados de tener que asumir el traslado como afiliado al demandante y posteriormente como pensionado.

Por su parte, Porvenir en el recurso argumentó², no se comparten los efectos jurídicos respecto a la condena de la devolución de sumas indexadas ya que, la

declaratoria de un traslado de régimen pensional atendiendo lo dispuesto en las reglas legales y jurisprudenciales que rigen la materia.

Ahora bien, si el tribunal tiene a bien confirmar la sentencia proferida por el juzgado se solicita se deje incólume la decisión de otorgar a Colpensiones la oportunidad de accionar judicialmente en contra de los fondos codemandados en aras de obtener el resarcimiento por daños y perjuicios derivados de tener que asumir el traslado como afiliado al demandante y posteriormente como pensionado”.

² **PORVENIR** (récord 55:38): “me permito interponer recurso de apelación parcial en contra del numeral 3° de la parte resolutive con base en los siguientes argumentos:

Honorable Tribunal Superior de Bogotá, no comparte mi representada la decisión que acaba en los efectos jurídicos respecto a la condena de la devolución de sumas indexadas, en primer lugar, la condena impuesta relativo al pago de sumas ordenada devolver de manera indexada resulta improcedente toda vez que, es incompatible con los rendimientos financieros que también se están tratando de devolver teniendo en cuenta que se está condenando a mi representada dos veces por el mismo rubro, la sentencia SL 9316 del 29 de junio del 2016 precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la

condena impuesta relativa al pago de las sumas ordenada devolver de manera indexada resulta improcedente al ser incompatible con los rendimientos financieros que también se están tratando de devolver, teniendo en cuenta que se está condenando dos veces por el mismo rubro, al efecto citó la sentencia SL 9316 del 29 de junio del 2016, la cual precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones de las AFP debe estar la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de los afiliados, de esta forma consideró, resulta incompatible ordenar la indexación de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, atendiendo que los mismos no se han visto afectados por la inflación y por el contrario han generado rendimientos financieros que exceden los mínimos establecidos por la Súper Financiera.

Refirió, la indexación no es una figura jurídica para constatar ningún tipo de sanción o de medida de protección para el régimen de prima media sino una figura de la economía para evitar que la moneda sufra algún tipo de condición de la inflación y, en ese sentido, es claro que los aportes de la parte demandante no han generado ninguna afectación por ningún tipo de infracción sino que al contrario se le han generado rendimientos financieros que inclusive exceden los aportes que se han realizado a la cuenta de ahorro individual.

economía la historia de ideas y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones de las AFP debe estar la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de los afiliados, por lo que, resulta incompatible ordenar la indexación de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, los mismos no se han visto afectados por la inflación y por el contrario han generado rendimientos financieros que exceden los mínimos establecidos inclusive por la Súper Financiera, en ese sentido la indexación no es una figura jurídica para constatar ningún tipo de sanción o de medida de protección para el régimen de prima media como lo pretenden hacer ver sino una figura de la economía para evitar la moneda de sufra algún tipo de condición de la derivada de la inflación y, en ese sentido, es claro que los aportes de la parte demandante no han generado ninguna afectación por ningún tipo de infracción sino que al contrario se le han generado rendimientos financieros que inclusive exceden el los aportes que ha realizado a la cuenta de ahorro individual, en ese sentido, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca dentro del proceso ordinario 2021111 donde funge como demandante la señora Felisa León Poveda indicó: “sobre el particular se considera improcedente las condenas que razona el apelante ya que en este caso, como lo refiere, se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro este que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por las AFP como consecuencia la afiliación de la demandante por lo que entiende la sala que ese rubro sería excluyente con la indexación ordenada por lo que se revocará la decisión en este aspecto. Frente a este punto la jurisprudencia laboral ha señalado que 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 de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado”, en esa misma línea lo explicó la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali en providencia del 31 de octubre del 2022, al indicar: “con el traslado de los rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado los montos a retornar, por tal razón, se revocará dicha determinación y en su lugar se ordena devolver todas las sumas junto con los rendimientos”.

Soportó la inconformidad con el pronunciamiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca dentro del proceso ordinario No. 2021 - 111 donde resolvió: *“sobre el particular se considera improcedente las condenas que razona el apelante ya que en este caso, como lo refiere, se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro este que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por las AFP como consecuencia la afiliación de la demandante por lo que entiende la sala que ese rubro sería excluyente con la indexación ordenada por lo que se revocará la decisión en este aspecto. Frente a este punto la jurisprudencia laboral ha señalado que 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 de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado”*.

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 1 a 3, archivo 1 Expediente Digitalizado), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 3 a 4 ibídem), aspirando de manera principal se declare la Ineficacia del traslado de régimen efectuado el 1º de julio de 1999, por cuanto el mismo no estuvo precedido de la suficiente asesoría e ilustración, por no haberse suministrado una información, clara, cierta y comprensible, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado de régimen efectuado, dando aplicación a lo establecido por la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, mediante las Sentencias con radicados No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, 33083 del 22 de noviembre de 2011, 46292 del 3 de septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de octubre de 2017, SL 4964 y SL 4989 de 2018, la SL 361 del 13 de febrero de 2019, la Sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019, la SL 1421 del 10 de abril de 2019, la SL 1688 del 8 de 2 de mayo de 2019, entre otras. En consonancia se declare 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, siendo la única afiliación válida la efectuada el 1º de abril de 1982 al Instituto de los Seguros Sociales (ISS) – hoy Colpensiones. Así mismo solicitó, realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para declarar ineficaz el traslado inicial y posteriores traslados horizontales, ordenando a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual del actor, devolviendo todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, ni por cualquier otro concepto, a trasladar con destino a COLPENSIONES, las sumas de dinero cobradas por concepto de gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, y cualquier otro rubro recibido durante la permanencia del señor Hugo Triana Páez, debidamente indexadas, ordenando a COLPENSIONES, recibir los dineros trasladados desde el RAIS por las codemandadas y, una vez reciba los aportes se proceda a reactivar la afiliación, corregir, y actualizar la historia laboral, condenando al pago de costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante, en consecuencia, condenó a PROTECCIÓN S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los dineros que recibió por gastos de administración y comisiones junto con las primas de seguros previsionales pagadas por invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Respecto a Porvenir, ordenó transferir a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, bonos pensionales más los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Así mismo, ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros y reactivar la afiliación del demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones formuladas por las codemandadas e informó a COLPENSIONES que podrá acudir a las acciones judiciales en contra de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. para obtener los eventuales perjuicios que se puedan causar por la ineficacia.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado, ni se le explicó las consecuencias de su traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 04 de noviembre de 1959 (*Página 99, Archivo 1 Expediente Digitalizado*), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES el 13 de junio de 2022 (*Páginas 128 a 138, 117 a 127 y 139 a 150, respectivamente, archivo 1 Expediente Digitalizado*), 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 por parte de PORVENIR al momento de allegar la contestación, había cotizado al sistema 523,14 semanas (*Historia Laboral válida para bono pensional Páginas 121 a 124, Archivo 6 del expediente digital*) y tenía 34 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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

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 **25 de mayo de 1999** con fecha de efectividad a partir del **1º de julio de 1999** (Página 31, archivo 8 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 (página 73, archivo 6 y página 42 archivo 8 del expediente digital).

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

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

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

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

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

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación.

Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

disposición. *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.”*

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

Así, discurrió

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

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

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

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

*Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC).*

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador

consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)”.

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de*

desanimar al interesado, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor al fondo accionado PROTECCIÓN 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 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

⁵ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)”

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para el año 1999, en su lugar de trabajo llegó el asesor del fondo sugiriendo el traslado de administradora y con el formulario diligenciado en varios ítems al conseguir la información por parte del área de Recursos Humanos, por lo que procedió a firmar el mismo, aun encontrándose en sus labores y atendiendo los usuarios del área de cesantías, suministrando así los datos de su hija; pero no se le informó de las características, ventajas y desventajas del RAIS.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN (*Página 31 Archivo 8 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

⁶ *Interrogatorio de parte al demandante a instancia de las demandadas (récord 08:34): “En 1999 yo había trabajado en Colmena y era asesor de servicios y manejaba el tema de cesantías y prestaba el servicio a la gente pagando las cesantías, llegó una persona 1 o 2 veces y el señor llegó con un listado de parte de recurso humanos que por favor nos afiliáramos a Colpensiones, en ese entonces el volumen era alto, me dijo que venía de recursos humanos y que como era trabajador y casado, tenía obligaciones y me dijo que firmara el formulario, me pidió el nombre de mi hija y esposa, él mismo colocó el nombre de mi hija, él no me dijo nada del tema de que yo sabía el tema de Colpensiones, yo estudiaba y trabajaba, uno ni pensaba en esas cosas, solo me dijo firme que vengo de recurso humanos, él ya tenía todos los datos, incluso la dirección de la casa, la verdad es que yo no le puse cuidado a eso, yo trabajaba en el fondo y como empleador era bueno y por eso firme, esa empresa tenía sus fondos y entonces uno decía – firmemos-, yo trabajé en Colmena, presente varios cargos, empecé como mensajero y me empecé a capacitar y a estudiar, yo salí de Colmena porque existía el tema de los 10 años, yo complete 9 años y pico y ahí duré un tiempo desvinculado y para llegar al BBVA el vicepresidente trabajó conmigo en Colmena y le pasé mi hoja de vida, después de tanto tiempo llegó el funcionario a que me afiliara, yo me desempeñé como conductor, mensajero, promotor de servicios en pago de cesantías, mi trabajo era operativo, no tenía experiencia de oficina, yo venía de una empresa de Detergentes S.A., en pensiones yo no sabía, Colmena cuando estaba en el contrato masivo de asesores ellos convocaban en un Hotel y los capacitaba allá, a mí no me hicieron eso, ni la compañía dijo eso, no nos llevó, hoy día en Porvenir cada área es especializada, uno se enteraba por noticias pero e la empresa que se enterara cómo funciona, no, yo trabajo en una empresa seria, excelente empresa así que no mire que me convenía más, yo me vinculé en el 2001 por intermedio del vicepresidente comercial y como yo le había pasado la hoja de vida me dijo que tenían una estrategia y que necesitaba afiliado y nos contrataron a 3 persona para recepción de clientes ,mi función era llevar un regalo, visitarlo, llevar un detalle y de acuerdo a eso yo le decía a mi jefe qué pasaba y ellos enviaban a las personas especializadas, le dábamos un esfero, de acuerdo al salario, le daban un club de descuento con Arturo Calle, hasta del 30% o 40%, esa era mi función, yo quiero regresar a Colpensiones, es que es del estado y no juegan con la plata de uno, he leído hoy mucho y tenía que tener la pensión hace un año, el tema de cómo manejan el dinero en porvenir no me parece, es de 1 smmlv, siempre he ganado más de 1 smmlv, el tema de la mesada pensional en Porvenir es que todo el dinero lo ponen en la bolsa de valores y puedo perder, yo firme voluntario pero en la primera oportunidad estaba con una fila y solo me dijeron que firmara y así fue, hice aportes voluntarios pero que sucede, no ahorre para la pensión, ahorre para la universidad del hijo o comprar la casa pero no para nada más, yo no me acerqué a Colpensiones, la pensión sería un poco más de 3 mínimos”.*

no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración 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 1999, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP PROTECCIÓN antes COLMENA 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 (25 de mayo de 1999 , efectivo el 1º de julio de ese año), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de

régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP, 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 (*SIAFP, página 73 y 42, archivos 6 y 8 expediente digital*).

Con relación a los actos de relacionamiento como indiciarios de la ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que no puede entenderse que los posteriores traslados entre administradoras configuran un acto relacionamiento que demuestre la voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual. Recientemente reiteró esta postura en sentencia SL1055-2022 radicación 87911 de 2 de marzo de 2022, insistiendo en que ello no desvirtúa el hecho del incumplimiento frente al deber de información. Textualmente señaló lo siguiente:

“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.”

Bajo tal orientación, en tratándose de la ineficacia del traslado, como ya se anotó, no resulta relevante los traslados efectuados por el afiliado dentro del mismo régimen.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (ver certificación páginas 118 y archivo 6 expediente digital), así como el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración y comisiones, como también las primas de seguros previsionales pagadas por invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, ésta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo y tercero del fallo de primer grado, en cuanto a 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.

Con relación al recurso interpuesto por PORVENIR, consistente en 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 adocrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

“Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real.” (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

*Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,** junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor.” (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

Es de advertir a PORVENIR en punto a su apelación, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de esta Corporación no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

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.

Finalmente, en lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES de autorizarla a obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios ocasionados, la misma se torna improcedente como quiera que ello lo puede efectuar sin que medie orden alguna a través de la presente decisión, pese a que tal aspecto fue objeto de pronunciamiento de la juez de primer grado, no obstante, ninguna pretensión se erigió tendiente a obtener el pago de este concepto a favor de esa administradora, así como tampoco fue propuesta dicha temática a lo largo del juicio por ese extremo procesal.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁷ (Página 31 a 33, archivo 7 expediente digital), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar

⁷ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 10 de noviembre del 2022, archivo 10 expediente digital página 1 a 3.

no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación por parte de las codemandadas Porvenir y Colpensiones, así como se surtió el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, conforme las motivaciones que preceden se adicionarán 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,

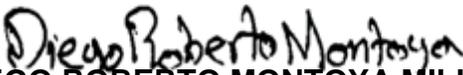
R E S U E L V E

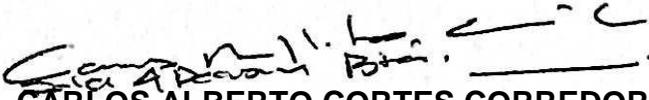
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** y **TERCERO** del fallo de primer grado, en el sentido de, **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 39 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 ARMANDO HUMBERTO HERNANDEZ CASTRO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 39 2022 00117 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada PAOLA ALEJANDRA MORENO VASQUEZ como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, en calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio con los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el 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 las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 2 de diciembre de 2022 (*Audiencia virtual, archivo 13 expediente digital Récord: 53:32*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor Armando Humberto Hernández Castro del régimen de prima media, el régimen de ahorro individual es ineficaz y por ende no produjo efecto alguno, por lo que deberá entenderse que jamás se separó del régimen de prima media.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obra en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, el bono pensional, si ya fue redimido, los gastos por administración, comisiones por administración, así como las primas, también seguros, previsionales de invalidez, sobrevivencia del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima de gastos en adelante, debidamente indexados al momento del pago.

TERCERO: ORDENAR, a COLPENSIONES que reciba los dineros de que trata el numeral anterior y reactive la filiación del demandante sin solución de continuidad al régimen de prima media

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por las demandadas.

QUINTO: INFORMARLE a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios que pueda causar el recibir al señor Armando Humberto Hernández Castro al régimen de prima media en contra de PORVENIR.

SEXTO: CONDENAR en costas a PORVENIR, dentro de los que se fijan como agencias en derecho la suma de un millón de pesos.

SÉPTIMO: CONSULTESE la presente decisión al Superior por decretar algunas órdenes impuestas a COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES la apelaron.

Así, en primer lugar, PORVENIR, indica que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media, al régimen de ahorro individual con solidaridad se realizó de manera libre y voluntaria y consciente, tal como se expresa en el formulario de afiliación suscrito para el mes de julio del año 1998, cuya forma pre impresa se encontraba autorizada por la ley, siendo dicho documento, prueba de la libertad de afiliación que el juzgador de primera instancia no tuvo en cuenta o realizó una apreciación errónea del momento de deber de información en el cual se materializó este traslado, que se reputa como ineficaz. Recalcando, para este momento histórico estaba en cabeza de PORVENIR ese primer momento del deber de información en el cual no podía ir más allá de lo que hoy en día se conoce como un deber de un buen consejo o una doble asesoría.

Señala, del interrogatorio de parte sí se pueden extraer elementos de confesión, pues el demandante claramente manifestó que conocía de los rendimientos financieros, los intereses que se generaban con sus aportes a pensión y sobre la heredabilidad de su ahorro, precisando que no se tuvo en cuenta que ese traslado

si revestía de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con esas obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes para dicho momento.

Por otro lado, se aparta totalmente de la condena a la devolución de los rendimientos financieros junto con los gastos de administración y la suma por seguros previsionales, pues considera que al tenor de la figura jurídica de la ineficacia también deben estudiarse la restituciones mutuas que deban proceder dentro de los efectos de la misma, ya que dicho acto termina entregando unos rendimientos superiores a los que hubiesen podido generarse de haber permanecido el demandante en el régimen de prima media, a lo largo de su vida laboral si ello es así, pues esa agencia oficiosa involuntaria, daría lugar a un reembolso de esa utilidad efectiva obtenida, lo cual se traduce en que PORVENIR, solamente debería estar obligada a entregar a COLPENSIONES esos rendimientos que hubiese podido obtener el demandante de haber permanecido a lo largo de su vida laboral, en este régimen pensional.

Indica que respecto de las sumas por gastos de administración y seguros previsionales, las mismas tienen una destinación específica y han sido descontadas por un mandato legal contenido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 cumpliendo PORVENIR cabalmente con esta obligación y a través de los seguros previsionales amparar la prestación personal del actor durante más de 20 años, refiriendo los gastos de administración se descontaron en procura de la generación de rendimientos financieros y la administración diligente de sus aportes obligatorios a pensión.

Finalmente, frente a la indexación, considera se está desbordando los efectos jurídicos de la ineficacia pues si se está condenando por una parte al reintegro de una cuenta de ahorro individual junto con rendimientos financieros, este bien administrado se está reintegrando, con unas mejoras altamente ostensibles, las cuales satisfacen con creces cualquier actualización del poder adquisitivo de la cotización del demandante y, asimismo los rendimientos le permiten a COLPENSIONES asumir eventuales contingencias al momento de efectuar algún tipo de reconocimiento pensional del accionante. (*Audiencia virtual, archivo 13 expediente digital Récord: 54:55¹*)

¹ Muchas gracias, su Señoría, siendo esta la oportunidad procesal correspondiente presento recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser notificada por su despacho y solicitando a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, revoque las condenas impuestas en contra de mi representada fundamentándome en las siguientes consideraciones Honorables Magistrados, es de señalar que el traslado efectuado por el señor demandante del régimen de prima media, al régimen de ahorro individual con

A su turno, COLPENSIONES expresa que el demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional, de acuerdo con los preceptos

solidaridad se realizó de manera libre y voluntaria y consciente con la AFP PORVENIR, tal como se expresa en el formulario de afiliación suscrito para el mes de julio del año 1998, cuya forma pre impresa se encontraba autorizada por la ley, siendo dicho documento, prueba de la libertad de afiliación considera mi representada que el juzgador de primera instancia no tuvo en cuenta o realizó una apreciación errónea del momento de deber de información en el cual se materializó este traslado, que se reputa como ineficaz.

Debe recalcar que para este momento histórico estaba en cabeza de PORVENIR esa primera etapa o ese primer momento del deber de información en el cual no podía ir más allá de lo que hoy en día, pues se conoce como un deber de un buen consejo, una doble asesoría, en consecuencia, entregó a través de esos asesores comerciales o de ese asesor comercial, concretamente que visita al señor demandante, la información necesaria, ~~necesaria~~ y suficiente para que se determinara, de manera libre y voluntaria, a trasladarse de régimen pensional a través de PORVENIR, quedó acreditado con el interrogatorio de parte y que contó con ese acompañamiento en el cual se le ilustraron prácticas básicas del régimen de ahorro individual y es natural que con el paso del tiempo, pues algo ya más de 20 años que suscribió el formulario de afiliación., no recuerde o se distorsionen algunas de las condiciones de tiempo, modo y lugar en las cuales se materializó ese traslado de régimen pensional, sin embargo, considera esta defensa que en ese interrogatorio de partes sí se pueden extraer elementos de confesión, pues el señor demandante claramente manifestó que conocía de la posibilidad o de los rendimientos financieros los intereses que se generaban con sus aportes a pensión, conocía sobre la heredabilidad de su ahorro por otras razones, se incluyeron a sus beneficiarios en ese formulario de afiliación, entre otras características que le fueron ilustradas en su debido momento, es normal que para, pues, con el paso del tiempo, pues el señor demandante no recuerde alguna de estas características. No obstante, esto no sustrae o no deslegítima que mi representada haya cumplido con ese deber de información para el año 1998, máxime cuando en virtud de la libertad probatoria que existe en la jurisdicción laboral, pues PORVENIR acude ~~en este~~ a este tipo de procesos como en una desventaja probatoria, pues únicamente obra ese documento formulario de afiliación que suscribirá el señor Demandante para dicho momento, ~~de igualmente~~, de igual manera, pues considera mi representada que el juzgador de primera instancia no tuvo en cuenta que ese traslado, pues revista completa validez, en la medida que se cumplió a cabalidad con esas obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo a los parámetros establecidos en las normas vigentes para dicho momento.

Como otro punto, pues debe nos apartamos también respetuosamente, sobre la condena de los rendimientos financieros, junto con gastos de administración, suma por seguros previsionales, esto al tenor de la figura jurídica de la ineficacia pues también deben estudiarse la restituciones mutuas que deban proceder al tenor o más bien dentro de los efectos de la misma, pues debe tenerse en cuenta que respecto de COLPENSIONES mi representada habría actuado como agente oficioso involuntario en los términos que ha establecido el artículo 2304 y 2310 del Código Civil en cuando creyendo administrar su propia actividad, pues termina, administrando los negocios de otro, es decir, el manejo de los aportes a pensión del señor demandante y luego de declarada la ineficacia, pues este acto termina entregando unos rendimientos superiores a los que hubiesen podido generarse de haber permanecido el señor demandante en el régimen de prima media, a lo largo de su vida laboral si ello es así, pues esa agencia oficiosa involuntaria, daría lugar a un reembolso de esa utilidad efectiva obtenida, lo cual se traduce en que PORVENIR, pues solamente debería estar obligada a entregar a COLPENSIONES esos rendimientos que hubiese podido obtener el señor demandante de haber permanecido a lo largo de su vida laboral, en este régimen pensional, estas disposiciones pues tiene plena aplicabilidad, por cuanto mi representada, obró bajo la absoluta convicción de que el señor demandante estaba debidamente vinculado y pues tiene más allá de esto, tiene el deber legal de recibirlo en virtud del artículo 112 de la Ley 100 de 1993, a través de la suscripción de este formulario, que ya se ha reiterado en esta apelación.

Por otra parte, pues respecto de las sumas por gastos de administración y seguros previsionales, las mismas tienen una destinación específica, han sido descontadas por un mandato legal contenido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 PORVENIR, cumplió cabalmente con esta obligación y a través de unos seguros previsionales amparo la prestación personal del señor demandante durante más de 20 años y unos gastos de administración que se descontaron en procura de la generación de rendimientos financieros y la administración diligente de sus aportes obligatorios a pensión, esto también pues se mantiene o permite sostener esta infraestructura que pues abarca no solo al señor demandante, sino a los múltiples afiliados que tiene mi representada, por lo cual, pues está desconociendo la profesional gestión que ha realizado PORVENIR durante estos años, en lo tocante con la indexación, también debemos pues, apartarnos respetuosamente en tanto, pues con la misma se está desbordando los efectos jurídicos de la ineficacia pues si se está condenando por una parte al reintegro de una cuenta de ahorro individual junto con rendimientos financieros, este bien administrado se está reintegrando, con unas mejoras altamente ostensibles, las cuales satisfacen con creces cualquier actualización del poder adquisitivo de la cotización del señor demandante y, asimismo, que los rendimientos le permiten a COLPENSIONES asumir eventuales contingencias al momento de efectuar algún tipo de reconocimiento pensional del señor demandante.

De estas argumentaciones, pues me reservo el derecho de ampliar las mismas en la oportunidad procesal que considere el Tribunal Superior y de esta manera presento mi recurso de apelación. Muchas gracias su Señoría.

legales y jurisprudenciales, sumado a que no acreditó que ha existido algún tipo de engaño por parte de la AFP que diera paso a declarar la eficacia del traslado, teniendo en cuenta que en las oportunidades legales nunca manifestó deseo alguno de retractarse de la afiliación efectuada al RAIS, en un término de más de 20 años, por lo que en su sentir debe asumir las consecuencias legales de tal decisión, que no son otras que las de regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos por el régimen de ahorro individual con solidaridad desde el día que realizó su traslado.

Reitera que no debe desconocerse el cumplimiento de los deberes que recae en los afiliados al sistema general de pensiones, como el de emplear la adecuada atención al momento de tomar decisiones, como son, entre otras, la afiliación, el traslado de administradora o de régimen y que, según las normas, las decisiones que se toman dentro del sistema general de pensiones manifestadas a través de documentos firmados o de otros medios idóneos autorizados para ello, implicarán la aceptación de los efectos legales, costos o restricciones y demás consecuencias derivadas de las mismas, razón por la cual solicita se revoque la sentencia de primer grado. (*Audiencia virtual, archivo 13 expediente digital Récord: 1:00:38²*)

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 5 y 6, archivo 1 expediente digital*), las cuales encuentran fundamento en los

² Gracias, su Señoría, de manera respetuosa, me permito presentar recursos de apelación, teniendo en cuenta que el demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional, de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales. Así mismo, no se acreditó que ha existido algún tipo de engaño por parte de la AFP que diera paso a declarar la eficacia del traslado, teniendo en cuenta que las oportunidades legales nunca se manifestó, deseo alguno retractarse de la afiliación, efectuada al RAIS, en un término de más de 20 años, resultando así en que asumir las consecuencias legales de tal decisión, que no son otras que las de regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos por el régimen de ahorro individual con solidaridad desde el día que realizó su traslado.

También reitero que no debe desconocerse el cumplimiento de los deberes que recae en los afiliados al sistema general de pensiones, como el de emplear la adecuada atención y cuidar momento de tomar decisiones, como son, entre otras, la afiliación, el traslado de administradora o de régimen y que, según las normas, las decisiones que se toman dentro del sistema general de pensiones manifestadas a través de documentos firmados o de otros medios idóneos autorizados para ello, implicará la aceptación de los efectos legales, costos o restricciones y demás consecuencias derivadas de las mismas.

Así las cosas, objeto respetuosamente a la honorable sala del Tribunal laboral, revoque la presente, sentencia de conformidad con lo expresado en estos términos, dejó sentado mis recursos su Señoría, gracias.

hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 2 a 5, ibidem), aspirando de manera principal se declare la anulación por ineficacia del traslado al RAIS ante la omisión de Porvenir del deber de profesional de información, en consecuencia se ordene el traslado a Colpensiones y por ende la devolución de todos los dinero que recibió como cotizaciones, bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro, los cuales debe asumir la AFP con su propio patrimonio, costas del proceso que incluyan las agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaro la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor, condenando a PORVENIR, devolver a COLPENSIONES los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, el bono pensional si ya fue redimido, gastos por administración, comisiones por administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, no se logro acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía a la AFP con el demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 2 de noviembre de 1955 (*Página 105, Archivo 1 expediente digitalizado*), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 10 de febrero del 2022 (*Página 89 ibidem*) y ante PORVENIR el 11 de febrero del 2022 (*Página 94 ibidem*), esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 382.43 semanas cotizadas al sistema (*Página 88, archivo 5 expediente digital Historia Laboral válida para bono pensional*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende 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 **2 de julio de 1998** con fecha de efectividad a partir del **1° de septiembre de ese año** (*páginas 34 y 91, archivo 5 expediente digital*), por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión «*libre y voluntaria*» contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».

En tal sentido, «es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez» (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

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

⁴ Al tema puede consultarse la sentencia CSJ SL2877 de 2020 y CSJ SL4875 de 2020

que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».*

Frente a este aspecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

«I. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen

Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.

*Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC).*

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad.

Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en esta litis de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

⁵ «Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características dla demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo

335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por la demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

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.

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

«(...) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(...)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...).»

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información al accionante cuando efectuó el tránsito entre 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 demandante⁶, no acreditan que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que a la oficina en la cual trabajaba, llegó el asesor PORVENIR, señalando que el ISS se iba acabar, que los

⁶Audiencia 2 de diciembre de 2022, récord 19:24

rendimientos en dicho fondo serian supremamente buenos con grandes intereses y con una mesada pensional mayor a la podría obtener en el extinto ISS.

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR, haya cumplido con su obligación de buen consejo, como lo sostiene en su apelación.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PORVENIR proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia CSJ SL1688-2019 reiterada en la CSJ SL-3708-2021 y CSJ SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.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 promotores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1998, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (2 de julio de 1998, efectivo el 1° de septiembre de ese año), el deber de información para con el promotor de este juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Con relación al hecho de permanecer el demandante en el RAIS por mucho tiempo (20 años), a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar a la impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar al demandante al momento de su traslado no fue acreditada por dicha AFP, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (*ver certificación pagina 35 archivo 5 expediente digital*), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, como también la activación de su afiliación

por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmara la decisión de primer grado en este aspecto.

No obstante, se adicionará tal decisión, en cuento 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.

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado objeto de apelación por parte de Porvenir, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

«Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.»

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor,

garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real» (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia CSJ SL3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

*Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,** junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor» (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

En relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A., relacionados con la devolución de los rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos conceptos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración, rendimientos y seguros previsionales. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos

pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Igualmente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

*«Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, (...) que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. **deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración** al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...).»*

Por otro lado, téngase en cuenta en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que el convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues 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.

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁷, (páginas 33 a 35, archivo 6 expediente digital), entidad esta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el

⁷ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 10 de noviembre del 2022, archivo 8 expediente digital

reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará conforme a lo expuesto y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de 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,

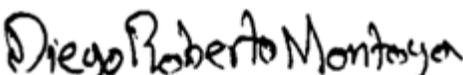
RESUELVE

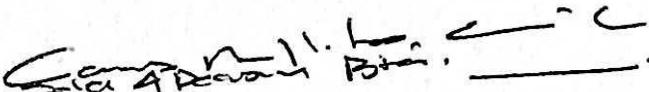
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que se **DISPONE** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

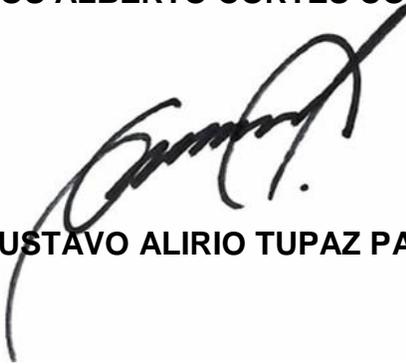
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primera instancia de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ORLANDO GARCÍA
QUINTERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. (RAD. 41 2021 00216 01)**

Bogotá D.C. treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 41 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 9 de diciembre del 2022 (*Audiencia virtual, archivo 26 expediente digital récord: 33:06*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por ORLANDO GARCÍA QUINTERO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones debidamente indexados al momento de efectuarse la transferencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP COLFONDOS S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas COLFONDOS S.A y COLPENSIONES, y a favor del demandante en la suma de un millón de pesos.

SEXTO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia de primera instancia toda vez que al momento de dictar sentencia no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica entendiendo que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el actor y la AFP, por lo que no puede ser favorecida ni perjudicada, pues COLPENSIONES nada tuvo que ver con la decisión tomada por el demandante.

Señala, con la decisión tomada se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia y adicionado por el artículo 1 del acto legislativo del 2005, expresando se debe tener en cuenta el impacto del PIB en la reserva pensional que se ha venido afectando con este tipo de procesos.

Aduce la demandante al momento de volver al RPM ya se encontraba inmersa en la prohibición para trasladarse de régimen pensional.

Finalmente solicita al tribunal se condene a la AFP que incumplió su deber legal de información pague a su representada los perjuicios económicos que ello genera en virtud de la teoría del daño en civil que señala quien causo el daño es quien debe repararlo. (Audiencia virtual, archivo 26 expediente digital récord: 34:37¹)

¹ “Gracias su señoría, estando dentro del término legal me permito presentar recurso de apelación para ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, recurso que sustento en los siguientes términos:

Solicitó a los Honorables Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se revoque la sentencia proferida por el Juez de primera instancia en su totalidad, toda vez que el a quo al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en el entendido que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el actor y Colfondos, y pues en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo cual independientemente de la decisión adoptada por el juez pues en razón a la declaratoria o no de ineficacia del traslado, pues mi representada no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma, pues como ya se ha manifestado Colpensiones nada tuvo que ver con la decisión tomada por el actor, por lo que solicito al Honorable Tribunal Sala Laboral que no se condene a mí representada a recibir al actor como afiliado de nuevo al RPM, ya que con esta decisión consecuencia de la declaratoria de existencia, pues se está afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones, pues el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el artículo primero del Acto Legislativo 01 de 2005 ya que en caso de esta condena debe tenerse en cuenta

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 reforma de la demanda (Páginas 1 y 2, archivo 1 Expediente Digitalizado), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Página 2 *ibidem*), aspirando de manera principal se declare la ineficacia del traslado realizado del RPM al RAIS a través de COLFONDOS S.A. en el mes de marzo de 1997 o en subsidio la nulidad de ese traslado, en consecuencia se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes realizados, así como los rendimientos y demás sumas causadas y se ordene a Colpensiones a contabilizar para los efectos de la pensión las semanas cotizadas en el RAIS, condenas *ultra y extra petita* y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora y se condenó a COLFONDOS S.A a devolver a COLPENSIONES los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones debidamente indexados al momento de realizar la transferencia. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado,**

el impacto al PIB y en la reserva pensional, pues que día tras día se ha venido afectando de manera excesiva preocupante con este tipo de procesos.

De esta manera también le solicitó a la sala que estudie de manera juiciosa este escenario en el cual pues la AFP que faltó a su deber legal de información, pues no acarrea graves consecuencias con la posible declaratoria de inexistencia, pero mi representada Colpensiones, quien como ya se dijo es un tercero que no tuvo injerencia en la celebración del acto jurídicos si las acarrea, ya que con el regreso del actor al régimen del RPM, pues existe una alta posibilidad de un futuro reconocimiento de derechos pensionales, lo cual genera, como ya se dijo, un alto impacto en el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para esos fines.

Ahora bien, pues conforme a lo estipulado en el artículo segundo de la Ley 797 del 2003, pues el cual modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 del 93, se debe decir que el actor ya se encuentra inmerso en la prohibición para trasladarse de régimen pensional y en últimas, pues si se determina que no hay otra posibilidad que ordenar el retorno del demandante al RPM, pues solicitó al Tribunal condene a la AFP que incumplió su deber legal de información al afiliado, pague a mí representada los perjuicios económicos que ello genera para mi representada, lo anterior pues en atención a que en virtud de la teoría del daño del derecho civil, pues quien causa el daño es que en debe repararlo y no un tercero en el acto jurídico como lo es Colpensiones, de esta manera dejó sustentado el recurso presentado pues reiterando al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que revoque el fallo proferido por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar absuelva a mi poderdante de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el escrito introductor.”

precisando no le explicó las consecuencias de su traslado, aunado a que ni tan siquiera aportó el formulario de afiliación como prueba de la información proporcionada.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

Así las cosas, se tiene como fecha de nacimiento del actor el 16 de mayo de 1961 (*Conforme se registra en la cedula de ciudadanía Página 23, Archivo 1 Expediente Digitalizado*), por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y COLFONDOS el 20 de abril del 2021 (*páginas 34 a 44 Archivo 1 expediente digital*), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 5.71 semanas cotizadas al sistema que (*Historia Laboral aportada por Colpensiones Archivo 13 expediente digital página 44*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como bien lo señala Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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”.

ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, tuvo como fecha de efectividad **1° de abril de 1994** (Ver *Página 48, rta dada por Colfondos a un derecho de petición elevado por el actor, archivo 1 expediente digital*) por afiliación que hiciera a la entonces AFP COLFONDOS, **precisándose**, aun cuando no obra el formulario de afiliación a esta AFP se debe indicar, para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito no constituye un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente. Lo anterior impone entonces a la AFP COLFONDOS, acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

“Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.”

En tal sentido, *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”* (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex 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

³ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. *En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.”*

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

“1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen

Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.

*Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC).*

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la

consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)”.

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de

la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor al fondo accionado COLFONDOS.

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 las

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN –

PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política

estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de 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.

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en 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, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante (Audio Archivo 25 record: 8:12) no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor le dijo que el fondo tenía mayor liquidez, además, que podría pensionarse a una edad menor a la establecida en la Ley, y que sus aportes tendrían mayor estabilidad dada la liquidación en su momento del ISS, sumado a los rendimientos que se generaría, pero de manera alguna le indicaron sobre las modalidades pensionales en el RAIS, requisitos para pensionarse anticipadamente, entre otros aspectos, situación que en manera alguna da a entender que el actora conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que COLFONDOS haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones COLFONDOS proporcionara 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.

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 1997, cuando se produjo el traslado del aquí demandante a la AFP COLFONDOS estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (efectivo el 1 de abril de 1997), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia

SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de la AFP COLFONDOS, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y comisiones, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, en relación con el principio de la relatividad jurídica, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliada.

Debe precisarse, ésta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior COLFONDOS S.A. también deberá retornar las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁵, y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁶, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento

⁵ Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

⁶ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…)

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor**, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. **En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.**”*

Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

“Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.”

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la

prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real.” (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor.” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Por otro lado y en punto a la apelación de COLPENSIONES, téngase en cuenta en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que el convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan “*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones,*

puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.” (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁷ (Página 22, archivo 13 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.

Finalmente, en lo que toca a la solicitud de COLPENSIONES de reconocer el valor de los perjuicios ocasionados, la misma se torna improcedente como quiera que tal aspecto no fue objeto del debate probatorio pues ninguna pretensión se erigió tendiente a obtener el pago de este concepto a favor de esa administradora, así como tampoco fue propuesta dicha temática a lo largo del juicio por ese extremo procesal.

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,

⁷ Se tuvo por contestada la reforma a la demanda en auto del 16 de febrero del 2022, archivo 16 expediente digital.

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a COLPENSIONES retornar las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

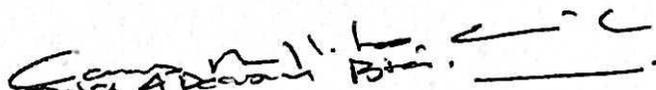
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

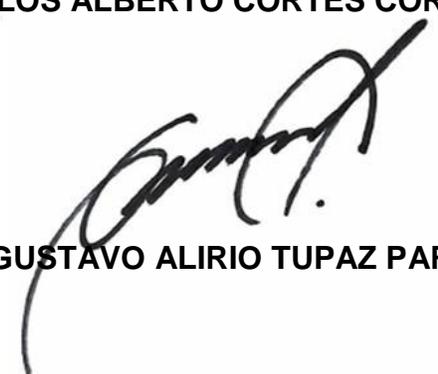
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANDRÉS MAURICIO
DURÁN GUTIERRÉZ CONTRA FRANQUICIAS COMIDA AMERICANA BOGOTÁ
S.A.S. (RAD. 39 2017 00062 01)**

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la Curadora Ad Litem de la sociedad demandada contra la sentencia proferida por la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de septiembre de 2022 (archivo "09VideoAudiencia".mp4, Récord: 51:53), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre señor ANDRES MAURICIO DURAN GUTIERREZ y la compañía FRANQUICIAS COMIDA AMERICANA S.A.S., desde 1 de diciembre de 2014 hasta el 31 de mayo de 2015, conforme a lo explicaba en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada FRANQUICIAS COMIDA AMERICANA S.A.S., al reconocimiento y pago a favor del demandante las siguientes sumas de dinero:

- *Por concepto cesantías \$586.833.*
- *Por concepto intereses sobre las cesantías \$70.420*
- *Por concepto prima de servicios \$586.833*
- *Por concepto de vacaciones la suma de \$275.000*
- *Por concepto de sanción moratoria con ocasión al no pago de las prestaciones sociales la suma de \$26.400.000 más los intereses moratorios que nacen desde el 1º de junio de 2017 y hasta que se efectuó el pago, sobre las prestaciones sociales adeudadas, esto es, cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios.*

TERCERO: CONDENAR a la demandada compañía **FRANQUICIAS COMIDA AMERICANA S.A.S.**, al pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral en pensiones a favor del demandante ante el fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado, teniendo como base los montos para 2014 y 2015 un IBC de \$1.100.000,

CUARTO: DENEGAR El reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos y festivos e intereses moratorios solicitados.

QUINTO: DECLARAR probada la parcialmente denominada, la excepción denominada inexistencia a la obligación, únicamente frente a las horas extras, recargos nocturnos y los intereses moratorios y no probadas las demás, todo conforme a lo expuesto.

SEXTO: CONDENAR en costa a la demanda incluyendo dentro de las mismas las agencias de derecho en la suma de \$1.000.000”.

Inconforme con la sentencia, la Curadora Ad Litem de la demandada interpuso recurso de apelación frente a la decisión proferida por la Juez de Primer Grado¹ con base en los argumentos relacionados en la contestación de la demanda, y en ejercicio al derecho a la defensa y al debido proceso que le asiste como Auxiliar de la Justicia. Básicamente en la contestación a la demanda desconoció la existencia de la relación laboral que anhela el demandante y llamó la atención del operador judicial, en el sentido de exponer que el contrato arrimado se encuentra suscrito el 22 de mayo de 2015 y tiene como fecha de inicio el 1º de diciembre de 2014, así mismo, adujo, que las planillas de pago de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral aportadas por el actor registran como ingreso Base de Liquidación -IBC- 1 smmlv y no la suma de \$1.100.000 como lo petitiona el demandante, atendiendo la Sala el recurso bajo la comprensión garantista del traslado de los argumentos de la contestación de la demanda a este estadio, según apelación.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor ANDRÉS MAURICIO DURÁN GUTIERRÉZ en éste ordinario, las pretensiones consignadas en el escrito de demanda y subsanación (archivo 01DemandaOrdinaria.pdf páginas 4 a 5 y 43 a 44 del expediente digital), las que encontraron sustento en los hechos visibles en las páginas 3 a 4, y 43 a 44 ibidem, solicitando se declare,

¹ (APODERADA DEMANDADA) (58:45): *Pues, con todo respeto me permito interponer recurso de apelación con base en los argumentos relacionados en la contestación de la demanda, todo lo anterior en ejercicio de derecho a la defensa y al debido proceso entonces, solicito se conceda se envíe el proceso al tribunal para que este surta el recurso interpuesto, Muchas gracias.*”.

entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo con fecha de inicio 1º de diciembre de 2014 hasta el 24 de mayo de 2015, devengando un salario de \$1.100.000, como consecuencia se condene a la demandada a pagar a su favor la indemnización moratoria, cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones y aportes a seguridad social causados, intereses moratorios sobre las sumas adeudadas, indexación, horas extras dominicales y festivos, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto, se declaró la existencia de un contrato fijo entre el 1º de diciembre de 2014 al 31 de mayo de 2015, devengando un salario de \$1.100.000 y se condenó a la demandada a pagar por concepto de cesantías, la suma de \$586.833, por concepto de intereses sobre las cesantías, la suma de \$70.420, por concepto de prima de servicios, la suma de \$586.833, por concepto de vacaciones, la suma de \$275.000, por concepto de sanción moratoria (artículo 65 del C.S.T.), con ocasión del no pago de las prestaciones sociales, la suma de \$26.400.000 más los intereses moratorios que nacen desde el 1º de junio de 2017 y hasta que se efectuó el pago, sobre las prestaciones sociales adeudadas, esto es, cesantías, intereses a las cesantías, y prima de servicios, se condenó al pago de los aportes al sistema de seguridad social integral y costas del proceso. **Lo anterior tras considerar** la a quo que se acreditó la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre las partes hasta el 31 de mayo de 2015, toda vez que le dio credibilidad al contenido del contrato aportado, dando por hecho que el actor prestaba los servicios en el restaurante de manera personal, en el cargo de administrador con un salario de \$1.100.000, adicionalmente, analizó las planillas allegadas donde registra como aportante la sociedad demandada, así como consideró que existe pre aviso entregado al actor el 29 de mayo de 2015.

Coligió la juzgadora, el actor cumplió con la carga procesal impuesta, demostrando un contrato fijo del 1º de diciembre de 2014 y el 31 de mayo de 2015, extremo inicial que corroboró con la carta de preaviso aportada. Absolvió a la demandada de las horas extras o tiempo suplementario, así como los dominicales y festivos solicitados al no existir prueba de la jornada laborada, en su sentir se presentó una omisión probatoria en tal sentido y en el contrato se plasmó que la jornada era la máxima legal, pese a que el único testigo recaudado declaró que se trabajaban más de 10 horas, no se pudo extraer un horario concreto en días, fechas y horas para liquidar con certeza un trabajo suplementario.

De tal manera, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en el punto concreto objeto de censura, esto es, la existencia del contrato de trabajo fijo desde el 1º de diciembre de 2014 al 31 de mayo de 2015 y el consecuente pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes al Sistema de Seguridad Social Integral e indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., 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*).

Precisado lo anterior y con el ánimo de dar desarrollo a los puntos esgrimidos, debe señalarse inicialmente, en los juicios del trabajo es primordial para el Juez establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, la existencia o no de un contrato de trabajo resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, en tanto su declaración judicial constituye la pretensión principal del demandante, mientras que la traída a juicio representada por Curadora Ad Litem se opone al afirmar que no se probaron los elementos del mismo. En esa medida, sea lo primero resaltar por parte de Sala, no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

De igual forma, es menester señalar, a la parte actora le basta acreditar la prestación personal del servicio, por cuanto en virtud de la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, correspondiendo por tanto a la llamada a juicio desvirtuar su existencia (Al respecto, puede consultarse la sentencia CSJ SL2480-2018 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia²).

² «Sea lo primero recordar que tal y como lo ha reiterado esta Sala, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica –que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral–, no es menester su acreditación cuando la primera se hace manifiesta, pues en tal evento, lo pertinente es hacer uso de la prerrogativa legal prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, según el cual «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo».

Pues bien, descendiendo del caso bajo estudio, milita a páginas 11 a 16 copia del contrato de trabajo a término fijo con fecha de inicio el 1º de diciembre de 2014, pactándose un salario de \$1.100.000 para que el actor ejerciera el cargo de Administrador; contrato que se encuentra debidamente suscrito por el representante legal de la demandada. Ahora, si bien este contrato tiene como fecha de suscripción el 1º de enero de 2015, lo cierto es que la Sala al analizar las pruebas recaudadas logró determinar que el señor **ANDRÉS MAURICIO DURÁN GUTIÉRREZ** prestó sus servicios desde el 1º de diciembre de 2014, por lo que, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas, debe darse prevalencia a lo que surge en la realidad y, esto es, que el vínculo jurídico que ató a las partes aquí en contienda se desarrolló desde el 1º de diciembre del 2014.

Concretamente, la misma demandada notificó al actor el escrito de fecha 30 de abril de 2015, en el que textualmente, expresó (*página 36, archivo 01*):

“Por medio del presente nos permitimos informarle que el próximo 31 de mayo de 2015 finaliza su contrato laboral a término fijo de seis (6) meses suscrito con nuestra empresa FRANQUICIAS COMIDA AMERICANA S.A.S. el 01 de diciembre de 2014, desempeñando el cargo de Administrador General”.

Por otro lado, se aportaron las planillas de aportes efectuados al sistema de seguridad social integral a través del operador Aportes en Línea, correspondiente a los periodos enero a mayo de 2015, donde registra como aportante la sociedad **FRANQUICIA COMIDAS AMERICANAS BOGOTÁ S.A.S.** y empleados el aquí demandante, entre otros, adicionalmente, se plasma un salario equivalente al smmlv de dicha anualidad.

En suma, se recibió la declaración del señor **MAICOL STIVE RAMÍREZ ALARCÓN**³. quien trabajó con el demandante en “*Winner Sport Bar*”, inició en

De acuerdo con lo anterior, al actor le basta con probar en el curso de la litis su actividad personal, para que se presuma en su favor el vínculo laboral, y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción, evidenciando que la relación fue independiente y no subordinada.”

³ **MAICOL STIVE RAMÍREZ ALARCÓN. récord 16:40:** *”soy técnico en gastronomía, soy independiente, soy soltero, estoy acá porque el señor Andrés está demandando a un restaurante en el que trabajamos porque no cumplió con los pagos, trabajé allá en Winner Sport Bar o Franquicias algo, inicié en diciembre de 2017 y duré un año o un poco más y salí primero que él, él duró más ahí, él era el administrador, el jefe se llamaba José Ramón, él era uno de ellos dueños y el jefe mayor por decirlo así, el demandante tenía que hacer funciones de costos, inventarios, servicio al cliente, que no se perdieran las cosas, todos estos temas, Andrés ganaba una cifra como de \$1.400 pero no estoy seguro, lo sé porque el sueldo de los dos era similar, no teníamos un horario establecida, yo era el jefe de cocina y él el administrador, a veces llegamos temprano y salíamos tarde, estábamos más de 8 horas diarias en el lugar, sé que trabajó más de un año, yo fui quien lo recomendó a él para que fuera contratado, sé y tengo conocimiento del tema, entonces por esa razón sirvo de testigo en lo que él dice, los pagos al sistema de seguridad social se hacían, los dueños querían contratar una cooperativa para hacer los pagos, creo que nunca lo lograron, eso no lo hicieron, los pagos los hacían tardío, nunca lograron*

diciembre de 2017, duró un año o un poco más y salió primero que el demandante, afirmó, el actor duró más tiempo en la sociedad demandada, se desempeñaba como administrador, el jefe se llamaba José Ramón y era uno de los dueños, agregó, el demandante tenía que hacer funciones de costos, inventarios, servicio al cliente, que no se perdieran las cosas, todos estos temas relacionados con la administración y ganaba una cifra como de \$1.400.000 aproximadamente, lo sabe porque el salario de los dos era similar, no tenían un horario establecido, a veces llegaban temprano y salían tarde, estaban más de 8 horas diarias en el lugar, fue quien lo recomendó para que fuera contratado, los pagos los hacían tardío, siempre se atrasaban, tenían que esperar una semana de más, eso no era cumplido, el conocimiento que tiene es porque tenía y tiene contactos de personas que trabajaron allí y no les pagaban las prestaciones, adicional al salario daban propinas que era lo que recogían semanalmente o quincenal y se dividía entre los empleados del restaurante, terminó explicando, el demandante luego que salió del restaurante trató de comunicarse con ellos y solicitó la liquidación pero nunca le dieron respuesta.

Analizados los anteriores medios de prueba, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, tal y como lo impone el artículo 61 del CPTSS, estima la Sala, se encuentra demostrada la prestación personal del servicio del demandante en favor de la demandada por cuanto, en primer lugar, el contrato de trabajo aportado se encuentra suscrito por el representante de la demandada, así como existen aportes efectuados al sistema de seguridad social integral por medio de los cuales la demandada registró como trabajador al aquí demandante, sumado al preaviso entregado de fecha 29 de abril de 2015, siendo claro que el promotor del juicio sí demostró haber prestado sus servicios en favor de la entidad accionada, por tanto, se encuentra cobijado por la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes referida, y en ese orden, le correspondía a la demandada desvanecer la presunción en comento, ya sea oponiéndose o desvirtuando el contenido de los anteriores documentos o aportando elementos que demostraran lo contrario de lo allí contenido y eso no sucedió.

el pago, no sé bien, los pagos quincenales o mensuales laborados, siempre se atrasaban, esperábamos una semana de más, eso no era cumplido, nosotros trabajábamos y nos tocaba esperar siempre, el conocimiento que tengo es porque tenía y tengo contactos de personas que trabajaron allí no pagaban las prestaciones ni nada, por eso lo sé, adicional al salario que brindaban, daban un tema de propinas que era lo que recogían semanalmente o quincenal y se dividía entre los empleados del restaurante, no tengo conocimiento exacto de cuánto era, tengo conocimiento que él luego que salió del restaurante trató de comunicarse con ellos y solicitó la liquidación pero nunca le dieron respuesta y por eso estamos en este tema”.

Así las cosas, contrario a lo esgrimido por la Curadora Ad Litem de la accionada, se logra establecer en esta litis que el demandante suscribió un contrato de trabajo fijo desde el 1º de diciembre de 2014, pactándose un salario de \$1.100.000 para ejercer el cargo de Administrador, por lo que esta Sala da por cierta esta situación.

Con relación al extremo final, debe advertirse que el propio demandante al absolver interrogatorio de parte, aceptó que entregó el puesto el **24 de mayo de 2015**⁴, debiéndose tener dicha data como extremo final y no la establecida por la a quo, pues si bien, la propia parte no puede crear su propia prueba y en tal sentido la aseveración del actor no podría ser valorada para tener por cierto un contrato de trabajo, en este caso, debe acudir la Sala a la misma con el fin de establecer cómo se desarrolló la relación laboral. Además, el actor puso en conocimiento dicha situación en los fundamentos fácticos de la demanda (hecho 5º), entendiéndose que como extremo final se solicitaba el 24 de mayo de 2015, pues al realizar una lectura de las pretensiones se desprende que no relacionó extremos.

En ese orden, y acreditada como se encuentra la prestación personal del servicio, lo correspondiente es dar aplicación a la ventaja probatoria establecida en el artículo 24 del C.S.T., entendiéndose por tanto que el vínculo que ató a las partes estuvo regido por una relación laboral desde el **1º de diciembre de 2014 al 24 de mayo de 2015, devengando un salario de \$1.100.000.**

Establecido lo anterior, procede la Sala a verificar las condenas impuestas por la Juez de Primer Grado como consecuencia del contrato de trabajo ventilado, procediendo a la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones, toda vez que la juzgadora declaró como extremo final el 31 de mayo de 2015 y, como ya quedó establecido, solo existió prestación personal del servicio hasta el 24 del mismo mes y año. De tal forma, resulta consecuente entrar a modificar las condenas impuestas por la a quo por las siguientes sumas y conceptos, advirtiéndose, los mismos se ordenan en atención a que no existe prueba del pago de las prestaciones sociales y vacaciones.

⁴ **Interrogatorio Demandante, récord 04:20** “Trabajé desde el 1 de diciembre de 2014 hasta el 24 de mayo de 2015, a través de un contrato fijo, ganaba \$1.100.000, me pagaron salarios pero el resto, las acreencias no las pagaron, no pagaron auxilio de transporte, el contrato se terminó porque ellos me dieron un pre aviso y como me salieron otras ofertas envié una carta de terminación y entregué el puesto el **24 de mayo**, no me pagaron cesantías, intereses, vacaciones ni prima, me afiliaron el primer mes, el segundo mes me afiliaron al sistema de seguridad social integral, pagaban mes vencido, no me llamaron la atención durante el contrato, no me afiliaron a un fondo de pensiones”.

Dicho esto, procede la Sala a efectuar las operaciones aritméticas correspondientes, hallando valores inferiores al haberse modificado el extremo final, siendo estos:

CESANTIAS

AÑO	CONCEPTO	DIAS A LIQUIDAR	AUXILIO DE TRANSPORTE	SALARIO	TOTAL
2014	CESANTIAS	30	\$ 72.000	\$1.100.000	\$ 97.667
2015	CESANTIAS	144	\$ 74.000	\$1.100.000	\$469.600
				SUBTOTAL	\$567.267

INTERESES A LAS CESANTIAS

AÑO	CONCEPTO	DIAS A LIQUIDAR	SALARIO	TOTAL
2014	INTERESES A LAS CESANTIAS	30	\$ 1.100.000	\$ 977
2015	INTERESES A LAS CESANTIAS	144	\$ 1.100.000	\$ 22.541
			SUBTOTAL	\$ 23.517

PRIMAS DE SERVICIOS

AÑO	CONCEPTO	DIAS A LIQUIDAR	AUXILIO DE TRANSPORTE	SALARIO	TOTAL
2014	PRIMA DE SERVICIOS	30	\$ 72.000	\$1.100.000	\$ 97.667
2015	SERVICIOS	144	\$ 74.000	\$1.100.000	\$469.600
				SUBTOTAL	\$567.267

VACACIONES

AÑO	CONCEPTO	DIAS A LIQUIDAR	SALARIO	TOTAL
2014	VACACIONES	30	\$ 1.100.000	\$ 45.833
2015	VACACIONES	144	\$ 1.100.000	\$ 220.000
			SUBTOTAL	\$ 265.833

Frente a lo anterior, conviene precisar que en la liquidación se incluyó el auxilio de transporte, en la medida que no se superó el monto de dos salarios mínimos legales mensuales vigente para las anualidades 2014 y 2015.

Ahora bien, en lo que toca al pago de **la indemnización moratoria** prevista en el artículo 65 del C.S.T., sentado está por la jurisprudencia que la sanción moratoria no procede de manera automática, sino que ha de analizarse la buena o mala fe con la que actuó el empleador, examinando la situación específica del mismo en cada caso, en otros términos, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del empleador a efectos de determinar si tuvo la intención de desconocer los derechos de su trabajador; así lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral, entre otras muchas, en sentencia CSJ SL3288-2021, donde puntualizó:

«Pues bien, esta Corporación ha señalado de manera inveterada que la sanción moratoria prevista en la normativa atrás citada no constituye una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al finiquitar el contrato de trabajo, deje de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudados, de ahí que la misma encuentre lugar cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones serias y atendibles de su conducta, en la medida que razonablemente lo hubiere llevado al convencimiento de que nada adeudaba por salarios o derechos sociales, lo cual de acreditarse conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe, y en este caso no procedería la sanción prevista en los preceptos legales referidos. Situación que fue justamente la que descartó el ad quem, toda vez que estableció que el ánimo de la demandada con las formas aparentes dadas a la relación contractual fue la de sustraerse de sus obligaciones laborales» (Subrayado fuera de texto).

En suma, tal indemnización surge como una sanción por la mala fe del empleador, al sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones obrero –patronales, por lo que debe analizarse la conducta omisiva por el patrono con el fin de dilucidar si existió o no buena fe.

Conforme a lo anterior, en el sub examine, la demandada no aludió a circunstancia alguna que explicara su actuación, desapareciendo cualquier obrar con rectitud y honestidad para con el demandante, por lo que, no se aviene a una conducta desprovista de buena fe y por tanto, se confirmará este puntual aspecto de la sentencia, habiendo lugar a la condena por indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., tal como lo concluyó la a quo.

En este punto se aclara, la Juez de primer grado liquidó la indemnización moratoria por los 24 meses siguientes a la terminación del contrato (31 de mayo de 2015 al 31 de mayo de 2017) y, a partir del 1º de junio de 2017, ordenó el pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados

por la Superintendencia Bancaria, situación que quedará incólume en aplicación al principio de la «non reformatio in pejus»⁵, pues al haberse establecido por esta Corporación un extremo final diferente, se haría más gravosa la situación para la demandada siendo el único apelante, al tener que asumir 6 días adicionales de condena, bajo el entendido que la a quo declaró el contrato hasta el 31 de mayo de 2015 y esta Sala modificó para en su lugar tener como fecha de terminación del contrato el **24 de mayo de 2015**.

Por último, frente a la condena impuesta por concepto de aportes al sistema de seguridad social integral, concuerda la Sala con la juez de primer grado, en el sentido de entender que, demostrada la relación laboral, una de las obligaciones que le asiste al empleador es este pago, no pudiéndose evadir al Sistema en tal sentido, acatando los principios y reglamentaciones de la Ley 100 de 1993.

Por ende, fue acertada la decisión y la empresa demandada deberá corregir el Ingreso Base de Liquidación -IBC- reportado en el Sistema de Seguridad Social Integral a través del operador Aportes en Línea, procediéndose a efectuar los aportes correspondientes entre el 1º de diciembre de 2014 al **24 de mayo de 2015**; extremo final que se estableció en esta alzada.

En los términos que anteceden, agotándose de esta manera la competencia de la Sala, por el estudio de los aspectos que la motivaron, habrá de modificarse la sentencia de primer grado en los numerales primero y segundo (numerales 1 a 5).

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,

⁵ Sobre dicho “principio” y su aplicación en materia laboral, el máximo órgano de dicha especialidad ha sostenido:

(...) el principio prohibitivo de la reformatio in pejus, consiste en que el superior no puede empeorar, agravar o perjudicar la situación del apelante único que busca mejorar su situación, o respecto de la parte en cuyo favor se surtió la consulta, puesto que constituye un límite al poder jurisdiccional del juez de alzada, como garantía del derecho fundamental al debido proceso (SL5596-2019).

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada, para en su lugar **DECLARAR** como extremo final el **24 de mayo de 2015**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** (numerales 1, 2, 3 y 4), para en su lugar ordenar el pago de las siguientes sumas y conceptos:

1. CESANTIAS

AÑO	CONCEPTO	DIAS A LIQUIDAR	AUXILIO DE TRANSPORTE	SALARIO	TOTAL
2014	CESANTIAS	30	\$ 72.000	\$1.100.000	\$ 97.667
2015	CESANTIAS	144	\$ 74.000	\$1.100.000	\$469.600
				SUBTOTAL	\$567.267

2. INTERESES A LAS CESANTIAS

AÑO	CONCEPTO	DIAS A LIQUIDAR	SALARIO	TOTAL
2014	INTERESES A LAS CESANTIAS	30	\$ 1.100.000	\$ 977
2015	INTERESES A LAS CESANTIAS	144	\$ 1.100.000	\$ 22.541
			SUBTOTAL	\$ 23.517

3. PRIMAS DE SERVICIOS

AÑO	CONCEPTO	DIAS A LIQUIDAR	AUXILIO DE TRANSPORTE	SALARIO	TOTAL
2014	PRIMA DE SERVICIOS	30	\$ 72.000	\$1.100.000	\$ 97.667
2015	SERVICIOS	144	\$ 74.000	\$1.100.000	\$469.600
				SUBTOTAL	\$567.267

4. VACACIONES

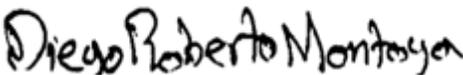
AÑO	CONCEPTO	DIAS A LIQUIDAR	SALARIO	TOTAL
2014	VACACIONES	30	\$ 1.100.000	\$ 45.833
2015	VACACIONES	144	\$ 1.100.000	\$ 220.000
			SUBTOTAL	\$ 265.833

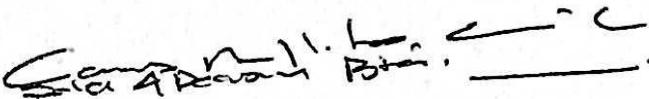
TERCERO: PRECISAR que los aportes ordenados en el numeral **TERCERO**, con destino al Sistema de Seguridad Social Integral, deberán efectuarse entre el 1º de diciembre de 2014 y hasta el **24 de mayo de 2015**, conforme a lo expuesto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

QUINTO: SIN COSTAS.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA