

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JESUS DANIEL TORRES MEJIA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. (RAD. 03 2021 00252 01).

Bogotá D.C. veintiocho (28) de abril 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 3º Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 1º de febrero de 2023 (*Exp. Digital: audio archivo 13, récord: 50:51*), en la que se resolvió:

***“ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado del actor Jesús Daniel Torres Mejía del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado el 18 de octubre del año 2000, para entender válidamente vinculado al demandante en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, todo conforme a la parte motiva de esta providencia.*

***ARTÍCULO SEGUNDO: CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en el caso de que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produce dinero mientras estuvo en su poder. De igual manera, deberá devolver lo que hubiese descontado durante el tiempo de permanencia en ese fondo por concepto de gastos de administración, el valor de la prima de seguros previsionales, el porcentaje destinado a constituir la garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, todo conforme a la parte motiva de esta providencia.*

***ARTÍCULO TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- a que acepte y reciba ese dinero proveniente*

de COLFONDOS S.A., para que proceda a activar la afiliación del accionante como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo le actualice su historia laboral de semanas cotizadas.

ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción propuesta por COLPENSIONES, que denominó principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema. De igual manera se declara no probada la excepción de prescripción propuesta por ambas demandadas conforme a la parte considerativa.

ARTÍCULO QUINTO: CONDENAR a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho, las cuales se tasan en la suma de 2 millones de pesos para cada una de ellas.

ARTÍCULO SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES, consúltese con el Superior en los términos del artículo 69 del Código de procedimiento del trabajo y la Seguridad Social.”

Inconforme con la decisión COLPENSIONES¹ presenta recurso de apelación frente a la determinación de condenarla en costas, estimando que la negativa de la entidad de recibir al demandante en dicho régimen se sostuvo en el impedimento legal establecido en la Ley 797 del 2003, esto la proximidad del actor de cumplir el requisito de edad para acceder a una eventual prestación pensional de vejez, de modo que se atuvo al imperio de la ley.

Expresa que el accionante en ningún momento fue obligado a afiliarse a un fondo privado específico no abandonar el antiguo ISS, sumado a que mostró nulo interés en regresar al régimen de prima media con prestación definida, lo cual hizo tan solo hizo 22 años después de su traslado inicial, por lo que estima no se dan los presupuestos que conlleven a la ineficacia del traslado.

¹**APODERADO COLPENSIONES (Récord 54:20)**

Muchas gracias señor juez de manera respetuosa y rápida me permitió presentar recurso de apelación, frente a la determinación proferida por el despacho y esto es conforme la directriz de Colpensiones frente a la inconformidad por la condena en costas suscitada, pues estima Colpensiones que la negativa de haber recibido al señor Jesús Daniel Torres Mejía en el régimen de prima media con prestación definida en su momento cuando realizó la solicitud de retorno a dicho régimen Colpensiones por lo menos se sostuvo en un impedimento legal palmario, como lo es el precepto de la Ley 797 del año 2003, esto ante la proximidad del señor Torres Mejía de cumplir ese requisito de edad para acceder a una eventual prestación pensional de vejez. Así las cosas, Colpensiones se atuvo al imperio legal y él mismo fue el que desencadenó el presente por lo menos proceso judicial que nos atañe.

Ahora en lo demás, por lo menos conceptos que se pudieron avizorar en el relato del señor Torres Mejía en ningún momento ni fue obligado a afiliarse a un fondo privado específico y tampoco fue obligado a abandonar el Seguro Social y mostró nulo interés en regresar al régimen de prima media con prestación definida, solamente 22 años después de su traslado inicial, mostró un ánimo distinto de ella, de retorno en régimen de prima media, haciendo este bastante tardío. Así las cosas, estima Colpensiones de que no se dan los presupuestos que llevan a una ineficacia de traslado. Y espera que el honorable despacho del magistrado al cual llegue el presente proceso del honorable tribunal prevea la determinación y por lo menos revea la misma. Muchas gracias.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Página 4, del archivo 1 expediente digital*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 2 y 3, ibidem*), aspirando de manera principal se declare la ineficacia de la afiliación efectuada a Colfondos el 1° de diciembre del 2000 por existir falla en el deber de información, en consecuencia se ordene realizar todos los tramites pertinentes para el retorno al RPM incluyendo la devolución de los aportes, rendimientos y bonos pensionales si hubiere lugar, cuotas de administración entre otros, así mismo se ordene a Colpensiones realizar todos los tramites tendientes al retorno al RPM haciendo la convalidación con los dineros que reciba de COLFONDOS S.A., 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 señor Jesus Daniel Torres Mejía del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS, ordenando a la AFP a trasladar a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con el bono pensional y los rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir la garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, ordenando a Colpensiones aceptar y recibir el dinero proveniente de Colfondos activando la afiliación del accionante como si nunca se hubiere trasladado de régimen y así mismo actualizar la historia laboral.**

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía 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 9 de septiembre de 1951 (*Página 434, Archivo 4 expediente digital*), por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2013, advirtiéndose a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1° de abril de 1994, aún cuando contaba con 42 años de edad, esto es, que en principio podría ser beneficiario del régimen de transición; lo cierto es que conforme a la historia laboral aportaba por Colpensiones el accionante se afilió al RPM solo hasta el 1° de julio de 1995 (*Archivo 4 expediente digital, pág. 43*), procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante COLFONDOS y COLPENSIONES el 23 de marzo del 2021 (*Páginas 20 a 39 Archivo 1 expediente digital*), esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho 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 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 **18 de octubre del 2000** con fecha de efectividad a partir del **1° de diciembre del 2000** (págs. 22 y 23, *Archivo 8 expediente digital*), por afiliación que hiciera a COLFONDOS, específicamente

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”.

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

«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

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

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, radicales 31989 y 31314, dijo:

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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.

(...).

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 demandante⁵, no acreditan que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que un asesor de Colfondos le paso un formulario y él lo firmo porque creyó que se estaba afiliando a Cesantías en ese fondo, asegurando desconocía que había realizado era un traslado de régimen, sin recibir otra clase de información.

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.

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

⁵ Archivo 31, audiencia 10 de febrero del 2023 Interrogatorio absuelto por el demandante récord 032:05

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 23, archivo 8), 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:

«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, omitió en el momento del traslado de régimen (18 de octubre del 2000 con fecha de efectividad a partir del **1° de diciembre del 2000)**, 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, con relación al hecho de permanecer el demandante en el RAIS por mucho tiempo, a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar a la impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar al demandante al momento de su traslado no fue acreditada por la AFP COLFONDOS, 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 COLFONDOS del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁶ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades⁷.

No obstante, debe precisarse ésta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en virtud del grado jurisdiccional de

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

Consulta que se surte en favor de Colpensiones, en cuanto a que PORVENIR deberá retornar todo lo ordenado debidamente **indexado**, como también las **comisiones** e 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.

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.**”*

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 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)

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

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan «el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a

Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas» (Sentencia CSJ SL2877-2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES – entidad a favor de quien se surte la consulta (págs. 15 y 16, *Archivo 4 expediente digital*)⁸ 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 acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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.

⁸ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 13 de mayo del 2022 (*Archivo 5 expediente digital*)

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

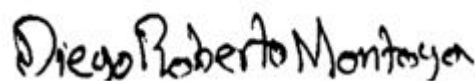
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en su numeral **SEGUNDO**, en el sentido de **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a retornar todo lo ordenado por el Juez de primer grado debidamente **indexado**, al igual que devolver las **comisiones** con cargo a sus propias utilidades, conforme a lo considerado.

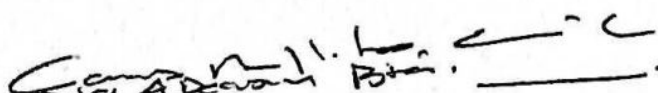
Igualmente se **DISPONE** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

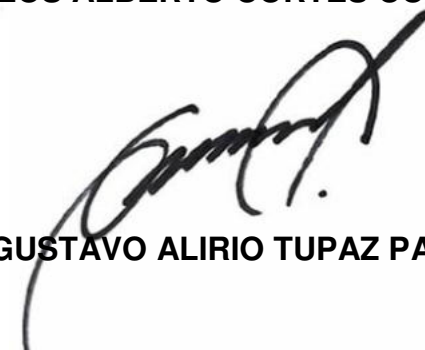
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA 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 LABORAL PROMOVIDO POR AUGUSTO JOSÉ ALMEIRA QUINTERO CONTRA LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y COLMENA ARL (RAD. 11 2014 00253 01).

Bogotá D.C. veintiocho (28) de abril 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,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia proferida por el Juez Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 12 de diciembre de 2022 (10Audiencia20221212), en la que se resolvió:

“PRIMERO. - ABSOLVER a las demandadas JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, COLMENA ARL, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de AUGUSTO JOSÉ ALMEIRA QUINTERO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - DECLARAR probado los hechos sustento de las excepciones denominadas legalidad de la calificación dada por la JUNTA NACIONAL, inexistencia de periodos para controvertir el dictamen, falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación, falta de requisitos formales para formular pretensiones de carácter pecuniario esgrimidos por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y la de falta de legitimación en la causa por pasiva de COLMENA ARL.

TERCERO. - CONDENAR en costas a la parte demandante liquídese por Secretaría, incluyendo la suma de 300.000 pesos valor en que se fijan las agencias en derecho.

CONSULTAR esta decisión con la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá en el evento de no ser apelada.”.

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante presentó recurso de apelación manifestando¹ de manera suscita que existen factores de riesgo de tipo ocupacional, descritos en el análisis del puesto de trabajo que no fueron tenidos en cuenta por el juzgador, contradiciendo el espíritu del artículo 4º de la Ley 1562, el cual establece que se debe declarar el origen laboral cuando existe una relación causal con los factores de riesgo ocupacionales en el sitio del trabajo, mismos que estuvieron demostrados en este proceso y que fueron aceptados por el perito, reuniéndose las condiciones de tiempo modo y lugar para determinar que la patología es de origen laboral, máxime cuando no están presentes otras patologías de tipo inflamatorio, crónico u hormonal que puede explicar la aparición de la patología.

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 AUGUSTO JOSÉ ALMEIRA QUINTERO las pretensiones que relacionó a páginas 45 y 46 del archivo 01 (expediente digital), las cuales encuentran sustento en los hechos consignados en las páginas 46 a 47, ibidem, aspirando principalmente a que se declare por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que la patología “*Síndrome del Túnel del Carpo Derecho Leve*” es de ORIGEN LABORAL al guardar relación directa con las actividades y los factores de riesgo laboral a los que estaba expuesto como trabajador al servicio de DRUMMOND LTD. Como consecuencia de esto, solicitó se revoque el dictamen No. **17815228 del 28 de abril de 2011**, con relación al origen de la patología mencionada, condenándose a las demandadas ARL COLMENA y JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ al pago de todos los daños y perjuicios ocasionados con ocasión a la emisión del dictamen, se condene a la ARL COLMENA al pago de prestaciones económicas, a título de

¹ **Recurso Demandante:** “Gracias señor juez, presento el recurso de apelación contra el fallo que ha emitido el señor juez, baso mi disenso en que precisamente existen factores de riesgo de tipo ocupacional, descritos en el análisis del puesto de trabajo que no fueron tenidos en cuenta lo que realmente contradice el espíritu del artículo 4 de la ley 1562 donde habla que se debe declarar, el origen laboral cuando existe una relación causal con los factores de riesgo ocupacional en el sitio del trabajo como estuvieron perfectamente demostrados aquí incluso aceptados por el señor perito y que se reúnen las condiciones de tiempo modo y lugar como para determinar que la patología es de origen laboral, máxime cuando no están presentes ninguno ninguna otra patología de tipo inflamatoria crónica u hormonal que puede explicar la aparición de la misma.

Señor juez, yo considero que dada la ausencia del señor demandante yo presento este recurso de apelación, sin renunciar a que posteriormente cuando lo logre ubicar de común acuerdo con él y según su decisión se pueda presentar un desistimiento de este recurso, muchas gracias señor juez”.

incapacidades e indemnizaciones surgidas en la enfermedad laboral que padece el actor y las secuelas de la misma, al pago de costas y lo que resulte probado extra y ultra petita. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus pretensiones**, por cuanto se absolvió a las demandadas JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y COLMENA ARL, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declarándose probados los hechos sustento de las excepciones denominadas legalidad de la calificación dada por la Junta Nacional, inexistencia de periodos para controvertir el dictamen, falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación, falta de requisitos formales para formular pretensiones de carácter pecuniario esgrimidos por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y falta de legitimación en la causa por pasiva de COLMENA ARL. **Lo anterior, tras considerar**, el dictamen del 28 de abril de 2011, objeto de nulidad en esta demanda, estableció que la enfermedad que padece el demandante es de origen común, esto, sin tener en cuenta que la EPS COOMEVA determinó en primera oportunidad que era de origen laboral, por lo que, el juzgador se remitió al Decreto 1072 de 2015 indicando que las controversias que se susciten frente a los dictámenes serán dirimidos ante la Jurisdicción Laboral siendo del caso indicar que el origen que calificó nuevamente la Junta Nacional de Calificación de Invalidez por medio del dictamen ordenado por dicho despacho y expedido por una sala diferente, estableció que el origen de la enfermedad es de **origen común** y no laboral como lo anhela el actor en esta demanda. Ante dicha situación el a quo se remitió al contenido de la sentencia de la CSJ con radicado No. 84640 que indica que por tratarse de conceptos técnicos y científicos constituyen un medio de prueba y deben ser valorados por el juez en virtud de la sana crítica. Así las cosas, la solicitud de nulidad incoada por el actor no está llamada a prosperar ya que se trató de un experticio rendido por la Junta Nacional con los elementos fácticos y jurídicos legales, brindando credibilidad y persuasión al juzgador, respecto al diagnóstico que sufre el actor sumado a que este extremo no acreditó bajo ningún otro medio de prueba que la patología sea de origen laboral como lo plantea en el libelo.

Pues bien, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del 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*).

En primer lugar, se advierte, el Decreto 2463 de 2001², estableció en su artículo 6°, que la calificación del origen del accidente, enfermedad o muerte debe ser realizada por la institución prestadora de servicios de salud que atendió a la persona por motivo de la contingencia en primera instancia y por la entidad administradora de riesgos laborales en segunda y si se presentan discrepancias por el origen, éstas deben ser resueltas por la Juntas Regional y, en caso de apelación por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

De igual forma, en se establece que los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez no son actos administrativos y las controversias que surjan con ocasión de éstos, pueden ser sometidas a un control ante la jurisdicción ordinaria laboral, que abarca tanto el origen de la enfermedad o accidente, como del grado de pérdida de la capacidad laboral.

Adicionalmente, es claro que la determinación de la pérdida de capacidad laboral debe realizarse con sujeción al Manual Único para la Calificación de Invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, de acuerdo con el cual, el dictamen debe contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado de desempeñar su trabajo por la pérdida de la capacidad laboral, además de contener detalladamente los fundamentos de derecho y de hecho que dan lugar al resultado.

Y es así, que el Decreto 1072 de 2015, especialmente en su artículo 2.2.5.1.28. *“Requisitos mínimos que debe contener el expediente para ser solicitado el dictamen ante la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez”*, determina que las calificaciones del origen y grado de pérdida de la capacidad laboral, se deben fundamentar en las historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos, fruto de una calificación integral, para establecer la deficiencia, discapacidad y minusvalía, de acuerdo con todas las afectaciones de la persona. Así mismo, los dictámenes que se emitan en tal sentido, deberán contener los aspectos señalados en el Decreto 1072 de 2015³ así como la calificación integral que dispone el artículo 2.2.5.1.50⁴.

² Artículo compilado por el artículo 2.2.5.1.27 del Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo - artículo derogado parcialmente por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013.

³ **ARTÍCULO 2.2.5.1.49.** *Fundamentos tenidos en cuenta para la calificación. Toda calificación que llegue a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez dada por las Empresas Promotoras de Salud, las Administradoras de Riesgos Laborales, las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, las Administradoras del Sistema General de Pensiones, y en primera y segunda instancia las Juntas*

En el caso de marras, el demandante fue calificado en primera oportunidad por la EPS COOMEVA determinando en fecha 23 de junio de 2009 que el origen de la enfermedad - SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO- era de origen profesional.

Posteriormente, mediante dictamen de fecha 08 de enero de 2010, la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó que la enfermedad que aqueja al demandante es de origen común (páginas 106 a 107, archivo 01).

Acto seguido, a través del dictamen del 28 de abril de 2011, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez calificó el diagnóstico del actor consistente en -SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO-, estableciendo como origen **COMÚN** dicha enfermedad, teniendo en cuenta aspectos relacionados con estado actual y revisión del estudio del puesto de trabajo (archivo 01, páginas 22 a 28 y 113 a 118):

Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, sin perjuicio de los documentos y soportes de la calificación, deberán contener:

1. Los fundamentos de hecho que debe contener la calificación con el cual se declara el grado, el origen de pérdida de la capacidad laboral o de la invalidez y la fecha de estructuración, son todos aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia y se encuentran relacionados en el presente capítulo en el artículo denominado requisitos mínimos que debe contener la calificación en primera oportunidad para ser solicitado el dictamen ante la Junta regional y nacional de Calificación de Invalidez.

2. Los fundamentos de derecho, son todas las normas que se aplican al caso concreto.

(Decreto 1352 de 2013, art. 51)

⁴ **ARTÍCULO 2.2.5.1.50.** *Procedimiento aplicado para la calificación integral de la invalidez. Las solicitudes que lleguen a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez y la Nacional por parte de las Administradoras de Riesgos Laborales o las Administradoras de Fondos de Pensiones, las Entidades Promotoras de Salud o las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, las Administradoras del Sistema General de Pensiones, deben contener la calificación integral para la invalidez de conformidad la Sentencia C-425 de 2005 de la honorable Corte Constitucional y su precedente jurisprudencial, esto mismo aplicará para el correspondiente dictamen por parte de las Juntas de Calificación de Invalidez Regional o Nacional.*

ESTADO ACTUAL:

El (La) paciente fue evaluado(a) en la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el día 3 de Noviembre de 2010, encontrando al examen físico lo siguiente:

Aceptables condiciones generales, conciente, orientado.
Tensión arterial 110/70
Frecuencia Cardíaca 74 por minuto
Frecuencia Respiratoria 12 por minuto
Cardiopulmonar normal
No hace Punta- Talones
Marcha antálgica sin apoyo externo
Reflejos Osteotendinosos ++/++
Lasegue negativo
Arcos de Movilidad Articular Columna Dorso lumbar limitada en grados.

No hay Síndrome Doloroso Regional Complejo ni atrofia tenares
Tinel y Phalen (+) Miembro superior derecho

REVISIÓN DEL ESTUDIO DE PUESTO DE TRABAJO POR TERAPEUTA OCUPACIONAL

Los siguientes aspectos encontrados en la descripción del Estudio de Puesto de Trabajo obrante al expediente se exponen en audiencia con el fin de definir el origen de la patología de acuerdo con el estudio integral del caso y demás documentos obrantes al expediente:

Se revisa estudio de puesto de trabajo elaborado por DRUMOND LTD para el cargo de Operador camión de lubricación con fecha año 2008 el cual describe:

- El operador del camión de lubricación conduce el vehículo a las diferentes aéreas de la mina suministrando el lubricante a los diferentes equipos pesados y generadores. Labora que alterna entre la intemperie y la cabina del vehículo.
- categoría de acción global para el segmento de los miembros superiores =1.66 se aproxima a 2 (carga física y categoría de acción baja).
- Recibe el reporte a través de la radio 16.2% de la jornada laboral.
- Suministro de lubricante 66.2% de la jornada laboral.
- Llenado de los tanques del vehículo lubricante 13.2% de la jornada laboral. Aplicación de metodología OWAS resultado: Bajo para Miembros Superiores con éstos dentro de ángulos de confort.

Realizado lo anterior, concluyeron los médicos especialistas de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, lo siguiente:

DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES:

Una vez revisados todos los elementos de carácter médico laboral obrantes en el expediente, considerando los argumentos de la impugnación, teniendo en cuenta el concepto de la terapeuta ocupacional de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez se propone a los miembros de la primera sala calificar de la siguiente manera:

En relación con el origen de la patología Síndrome de Túnel del Carpo Derecho se tiene que:

- En Factor de Riesgo Ergonómico Carga Física Laboral el Estudio de Puesto de Trabajo no evidencia asociación de posturas, fuerza y movimiento para muñecas durante la Jornada Laboral.
- Por lo anterior la Sala UNO de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez considera insuficiente la frecuencia e intensidad del Factor de Riesgo Ergonómico Carga Física Laboral para relacionar con el dx Síndrome de Túnel del Carpo Derecho.
- **Diagnóstico Síndrome de Túnel del Carpo Derecho Enfermedad Común.**

Como quiera que el debate giró en torno al origen de la enfermedad que padece el actor, relacionada con el diagnóstico de SINDROME DEL TÚNEL CARPIANO- y se decretó como prueba pericial una nueva valoración encomendada a los profesionales de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, tal como se constata en el dictamen de fecha 18 de marzo de 2020 (archivo 01, páginas 341 a 351), observa la Sala que esta experticia estableció que el diagnóstico del demandante, el cual se ataca a través de esta demanda es de origen **COMÚN**, confirmando así lo sostenido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen No. 17815228 del 28 de abril de 2011, siendo justamente la inconformidad planteada por el recurrente, dirigida a controvertir la decisión del a quo, de tener como válido el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de fecha 18 de marzo de 2020, razón por la cual procede la Sala con el estudio del dictamen pericial en comento, atendiendo los argumentos expuestos en la alzada.

En primer lugar, advierte la Sala, el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, evaluó el origen de la enfermedad con base en las patologías de síndrome de túnel carpiano, evaluando los siguientes criterios:

Descripción del cargo:

El operador del camión de lubricación conduce un equipo o camión 777 (Cisterna) el cual cuenta con una cabrilla que tiene selector de posición (ecualizable) lo que permite que el operario lo utilice de la forma que se sienta más cómodo, a lado y lado de esta, tiene 3 dispositivos (el retardador, freno de emergencia y direccionales, en este equipo recorre las diferentes áreas de la Mina suministrando el lubricante, grasa, combustible a los diferentes equipos pesados (tractores, retroexcavadoras, tractor de llanta, camiones 793, 777, taladros, palas y Generadores), labor que alterna entre la intemperie y la cabina del vehículo.

El operador de camión de lubricación maniobra también un equipo kodlak que posee una caja mecánica de cambios; que igualmente cuenta con pedales (freno de servicio, acelerador y clutch) los cuales se encuentran ubicados a una distancia con respecto al piso de: freno: 7.5cms y acelerador: 11.5cms, entre la silla principal y la auxiliar se encuentra la palanca de cambios, la cual es de tipo manual.

Este equipo también cuenta con un sistema de dispacht (digital, es de fácil alcance para el MMSS del operario), radio de comunicaciones ubicado en la parte superior del lado derecho, de fácil alcance por poseer cable en forma de espiral que permite el contacto cercano, aunque en ocasiones, el operador debe cambiar de canal para comunicarse con las diferentes flotas de equipos dentro de la mina.

En el camión 777, se encuentra una silla neumática tapizada, se adecúa a la estatura del trabajador, es totalmente graduable para las necesidades antropométricas o requerimientos del operario, con medidas adecuadas y confortables, y el camión kodiak, cuenta con una silla transversal que solo cuenta con desplazamientos hacia delante y hacia atrás.

Las mangueras que son utilizadas en este proceso tienen alrededor de 15 a 20 m de largo y un grosor de 2 Vi pulgadas, las mangueras que suministran aceite y grasa tienen un grosor de 1 pulgada.

DESCRIPCIÓN DE LAS OPERACIONES DE LAS POSTURAS Y DE LOS ESFUERZOS – BIOMECANICA CORPORAL

TAREA	DEMANDAS MOTRICES RELACIONADAS CON CARGA FISICA
Inspección pre operacional del equipo: Esta actividad se realiza antes de comenzar el turno, es netamente observacional y de obligatorio cumplimiento y se debe ser responsable de esta, el trabajador observa e inspecciona que las llantas del equipo se encuentren en buen estado, si hay golpes o pangones y los niveles de combustibles y lubricantes. Debe cerciorarse de que todo se encuentre correctamente para iniciar a operar el equipo.	Para esta actividad la cual dura aproximadamente de 5 a 10 minutos, el trabajador realiza desplazamientos a pie sobre terreno irregular alrededor del equipo y por debajo inspeccionando cada uno de sus componentes, en algunas ocasiones debe agacharse realizando ligera flexión de tronco y rodillas.

Operación del equipo hasta el sitio requerido.	Permanece en posición sedente con posibilidad de intercambio a posición bipeda frecuentemente, los recorridos que realiza el camión de lubricación dentro de la mina son de aproximadamente 25 minutos máximo, cada vez que llega al sitio requerido el operario debe descender de la cabina obligatoriamente. Mientras que el operario conduce el equipo el cuello realiza movimientos de ligera flexión y rotaciones hacia ambos lados, la columna dorsal permanecen en ligera flexión y la zona lumbar permanece apoyada sobre el espaldar de la silla, los miembros superiores realizan movimientos simultáneos dentro de los ángulos de confort de hombros, codos y dedos para el agarre y manipulación del volante hidráulico y demás comandos, los cuales no demandan mayor fuerza, Por otra parte los miembros inferiores permanecen en ángulo recto de 90° con ligeros movimientos de flexo extensión de rodillas y constantes movimientos de flexoextensión, inversión y eversion de cuello de pie derecho para presionar los pedales. En los camiones Mack y Kodiak, Para manipular las palancas de la caja de operación, el miembro superior derecho realiza movimientos de flexoextensión de hombro y codo para manipular los cambios, utilización de agarre a mano llena para manipular palanca y pinza fina bidigital con pulgar e índice para manipular los suiches pequeños y demás comandos del camión, los antebrazos permanecen en pronación y las muñecas en neutro. Las rodillas permanecen en flexión entre 70 y 90° grados con los pies operando los pedales (freno, cloche y acelerador). Exposición a vibración de cuerpo entero durante la operación.
Suministro de lubricante, grasa y combustible	Es la actividad principal de este cargo, se realiza el 70 % de la jornada laboral, la posición que predomina es la bipeda, combinada con desplazamientos sobre terrenos irregulares y subida y bajada por las escaleras de los equipos, el tronco realiza movimientos de flexión, rotaciones e inclinaciones ligeras y los miembros superiores realizan movimientos de flexoextensión de hombros y codos con aplicación de fuerza muscular para manipular y halar las mangueras que se encuentran enrolladas en parte posterior del camión y que luego van hacer colocadas en los motores y en tanques hidráulicos de los equipos a lubricar. El operador trabaja en diferentes planos, no se cuentan con planos de trabajo o alturas definidas para el suministro del lubricante, grasa, combustible, es por esto que los miembros superiores continuamente realizan movimientos por encima del nivel de los hombros. Así mismo el operador revisa el nivel de aceite de los diferentes equipos pesados (camiones, palas, tractores, cargadores y generadores), además también le realizan suministro de aceite y combustible a las diferentes plantas de luz y bombas de agua.
Llenado de Aceites hidráulicos, motor grasa y combustible de los equipos de lubricación en las islas	Esta actividad se realiza al final de cada jornada laboral, se debe dejar el camión de lubricación lleno para el inicio del siguiente turno de trabajo, el operador conduce hasta las islas de suministros de lubricantes, al llegar descienden del camión y proceden a realizar el llenado del camión o cisterna, la espalda permanece en flexión mientras se le suministran los diferentes lubricantes y combustibles a los equipos, los miembros superiores realizan movimientos por encima del nivel de los hombros para alcanzar y halar las mangueras que se encuentran enrolladas en los carreteles de las islas e insertarlas en los contenedores del camión dando inicio al tanqueo de los lubricantes.

Observaciones. Su postura principal es la bipeda combinada con desplazamientos sobre terrenos irregulares cuando realiza las actividades de lubricación a los equipos. Mientras conduce el camión de lubricación hasta el sitio requerido, permanece en posición sedente con la posibilidad de intercambio a posición bípeda, esto es cada vez que llega a un área requerida, con exposición a vibración de cuerpo entero, esta vibración puede variar, dependiendo del estado de las vías por donde transite el camión y dependiendo del estado del equipo. Los tiempos de exposición a la Vibración de cuerpo entero y a la carga estática en sedente, no sobrepasan los 30 minutos, son interrumpidos por los cambios frecuentes de posición por exigencias del trabajo (sedente a bípeda).

Lo anterior, para concluir la Junta Nacional de Calificación de Invalidez:

CONCLUSIONES:

De acuerdo con el análisis de puesto de trabajo del cargo de LUBRICADOR, se concluye a través de la aplicación del método OWAS que la carga física global es ALTA (3.6619).

La carga física para Espalda es MEDIA, por los constantes movimientos de flexión, inclinaciones y rotaciones de tronco para la manipulación y acople de las mangueras que suministran los lubricantes. La carga física para Miembros superiores es MEDIA y está dada por los continuos movimientos que se dan por encima del nivel de los hombros y la aplicación de fuerza muscular para halar y desenrollar las mangueras. La carga física para Miembros inferiores es MEDIA y está dada por postura bípeda por tiempos prolongados combinados con actividades de subir y bajar escaleras constantemente y desplazamientos sobre terrenos irregulares.

De las actividades que realiza, la que más le demanda gasto metabólico es el suministro de lubricantes, por la constante manipulación de las mangueras durante el 81.62% de la jornada laboral.

El LUBRICADOR presenta una constante exposición a Ruido y Material particulado (Tanto a Sílice como Carbón), esto debido a que los equipos a los que les suministran el combustible y Lubes, se encuentran al interior de la mina, es por esto que la empresa suministra protección personal tanto auditiva como respiratoria, con el fin de minimizar el riesgo para los trabajadores.

De lo anterior, se extrae que el demandante fue calificado por los médicos especialistas, quienes determinaron que el diagnóstico de SINDROME DEL TÚNEL CARPIANO es de origen común, encontrando que el actor al desarrollar la labor de técnico mecánico - operador camión de lubricación, y por las preexistencias en su salud, pudo desarrollar la incapacidad que hoy lo aqueja. En este orden, los miembros calificadores valoraron la historia clínica del actor, así como le realizaron una valoración médica presencial y analizaron el puesto de trabajo, describiendo las 4 actividades que debía desplegar el actor, a saber:

- i) Inspección pre operacional
- ii) Operación de camión
- iii) Suministro de lubricante, grasa y combustible y,
- iv) Llenado de aceites hidráulicos

Así, analizadas estas actividades los integrantes de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, no encontraron criterios de carga física para miembros superiores, segmento de la muñeca ni para columna lumbar, contenidos en la guía de atención integral para desórdenes musculoesqueléticos, veamos:

COLUMNA:

En la revisión del estudio de puesto de trabajo aportado, no encontramos carga física para columna en suficiente intensidad, frecuencia y duración como para que la exigencia laboral sea la responsable de los hallazgos patológicos. Las Guías de Atención Integral en Salud Ocupacional, para enfermedad de disco intervertebral, establecen como criterios de riesgo los siguientes elementos: "1 Trabajo físico pesado: Esfuerzos físicos demasiado frecuentes o prolongados en los que intervenga en particular la columna vertebral. Periodo insuficiente de reposo fisiológico o de recuperación. Distancias demasiado grandes de elevación, descenso o transporte. Ritmo impuesto por un proceso que el trabajador no puede modular: No evidenciado en APT. 2 Levantamiento de cargas: Es demasiado pesada o grande. Es voluminosa o difícil de sujetar. Está en equilibrio inestable o su contenido corre el riesgo de desplazarse. Está colocada de tal modo que debe sostenerse o manipularse a distancia del tronco con torsión-inclinación del mismo. La carga, debido a su aspecto exterior o a su consistencia, puede ocasionar lesiones al trabajador, en particular en caso de golpe: No evidenciado en APT. 3 Postura forzada a nivel de columna: En flexión a 30° mantenida por más de 4 horas y en 45° mantenida por más de 2 horas por jornada: No evidenciado en APT. 4 Movimientos de flexión y rotación de tronco: Desde la perspectiva biomecánica se puede considerar que existe asociación entre los movimientos de flexión y extensión de columna lumbar con la manipulación de cargas, la imposibilidad de cambio de postura, así como la duración del esfuerzo: No evidenciado en APT. Y 5 Exposición a vibración del cuerpo entero: Inferida del APT, no cuantificada, pero exclusivamente durante 70 minutos, según el APT, durante los trayectos hacia los equipos a recargar.". Desestimamos los argumentos expuestos por la junta nacional en su dictamen de octubre de 2013: 1 Porque no está expuesto a la vibración cuerpo entero, sino durante 70 minutos, no durante 8 horas continuas, como se han fundamentado los respectivos estudios para este factor de riesgo; 2 porque la mayor parte de la jornada el tronco se mantiene en neutro, sea por sedente o por bipedestación; 3 porque no se documentan cargas mayores a 15 kilos y 4 porque los desplazamientos por terrenos escabrosos y la subida y bajada de los equipos por escaleras, no supone factor de riesgo; sin embargo, dado que ya le fue calificado el origen laboral para la discopatía, no queriendo vulnerar un derecho adquirido, nos pronunciaremos exclusivamente en relación con el síndrome de túnel carpiano derecho, que es la otra patología objeto de demanda ordinaria.

MUÑECA:

- 1 Posturas en flexión y extensión de dedos, mano y muñeca, así como, la desviación ulnar o radial que implique agarre, pronación y supinación combinada con el movimiento repetitivo en ciclos de trabajo: No evidenciado en APT.
- 2 Fuerza ejercida en trabajo dinámico por manipulación de pesos en extensión y flexión de los dedos y la mano: No evidenciado en APT.
- 3 Vibración segmentaria derivada del uso de herramientas vibratorias: No evidenciado en APT.

En relación con las deficiencias, de acuerdo con la historia clínica obrante al expediente y teniendo en cuenta que el paciente asistió a la valoración médica, nos permitimos asignar las siguientes deficiencias:

Como se puede extraer del dictamen proferido como consecuencia de este proceso, se consideró el rol laboral que ejerce el demandante, teniendo en cuenta el impacto a nivel ocupacional, en la ejecución de las actividades de autocuidado, tiempo libre y trabajo, logrando concluir que: *"...de acuerdo a la descripción biomecánica la mayor parte del tiempo las muñecas está (sic) dentro de ángulos de confort. Las muñecas realizan movilidad completa manifiesta parestesias"*, aspecto

que cobra relevancia, por cuanto se tuvieron en cuenta todas las patologías que padece el demandante y no solo el SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO más DISCOPATIA L2. L3, causadas, atendiendo que justamente la prueba del dictamen pericial, sirve para establecer la idoneidad o validez del dictamen inicial y en esa medida resulta apenas lógico que el dictamen pericial, que sirve como punto de evaluación o contraste del dictamen primigenio, verse sobre los mismos padecimientos calificados, en aras de que se pueda hacer una comparación entre las calificaciones realizadas en las experticias de fechas 28 de abril de 2011 y 18 de marzo de 2020 (dictamen No. 17815228), hecho que justamente constituye el objeto de la prueba pericial.

Así las cosas, a juicio de esta Sala de decisión, el dictamen pericial ofrece total credibilidad y elementos de juicio que permiten corroborar las decisiones primigenias del dictamen que se pretende atacar en esta oportunidad (No. 17815228 del 28 de abril de 2011), por cuanto, el dictamen pericial contiene conclusiones y afirmaciones de carácter objetivo, que confirman la finalidad científica de la prueba, aspectos que se advirtieron en las respuestas dadas por el mismo perito, quien funge como Médico principal de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en la audiencia celebrada el día 12 de diciembre de 2022 (archivo 10. Récord 05:10), al afirmar textualmente:

“... el proceso de calificación se hizo para 2 patologías uno de ellos en el 2011 síndrome del túnel y en el 2013 el trastorno de discos intervertebral, respecto al primero fue calificado como de origen común, tiene además por al Junta Nacional un tercer dictamen del 25 de abril de 2017 por un infarto agudo de origen común, el detalle de esos procesos patológicos no podía decir que los presentaba al momento del ingreso, no conozco antecedentes del demandante, el cargo que desempeñaba José Augusto era Operador de camión de lubricación y lo ejerció desde el 2004 hasta que en el año 2010 se hizo una modificación en sus funciones, consideramos que el demandante pudo haber sido indemnizado y había un dictamen previo en el 2011 como de origen común y fue corroborada la calificación, respecto al factor de riesgo se encontró que no había una condición de origen laboral por lo que se confirmó la patología como de origen común, si bien existen divergencias para la patología lumbar no nos pronunciamos frente a ella manteniendo el origen, frente a la manipulación que debía hacer el demandante se encontró que la exposición a vibración de cuerpo entero no se daba en este caso y el tiempo que laborara el actor no implicaba un tiempo que desgastara el cuerpo, es decir, los 30 minutos que el demandante hacía esta función no tiene mayor implicación, el demandante la gran mayoría del tiempo estaba sentado, había un corto tiempo de exposición del 2004 al 2010 (6 años es corto tiempo), el demandante no tenía carga física propiamente dicha, más allá de los 15 kilos que eran las mangueras que manipulaba, eso no está escrito en la ponencia, existe un nivel de compromiso que es L2 y L3, los niveles afectados son bajos, eso nos permitió decir que la patología era de

origen común, independientemente de existir un dictamen previo, las cargas físicas del demandante en las muñecas no es un factor de riesgo porque la postura en neutro es ergonómica, es decir, el riesgo ergonómico está fundamentalmente dado para la muñeca en relación con posturas que van más allá en desviaciones cubitales o radiales, la muñeca en neutro aunque allí manipulación en mangueras el riesgo se atenúa, el estudio del puesto el trabajo indica que la mano en neutro al tener que introducir líquidos hace que no hubiese movimiento en flexo extensión, en riesgos laborales para el síndrome carpiano el 50% de los casos positivos se quedan sin un origen etiológico dicho, en este caso se discute si hay o no carga física laboral, ergonómica para que el síndrome del túnel sea laboral o no, lo que revisamos es que no, es de origen común”.

Igualmente, las manifestaciones contenidas en el dictamen fueron ratificadas y justificadas en audiencia, pues el Médico Ponente al analizar el caso del demandante tuvo en cuenta las funciones ejercidas desde el ingreso a la Compañía, esto es, desde el 2004, asimismo, analizó cada función que desempeñó, emitiendo conclusiones que se soportan en hechos reales y acorde al cargo del actor, aspectos que en suma evidencia claramente la objetividad del galeno emisor del dictamen y por ende se tornan acertadas las conclusiones, en especial al evidenciar que evaluó todos los documentos que hacen parte de la historia clínica y estudio del puesto de trabajo.

Adicionalmente, encuentra la Sala, que para que una enfermedad sea calificada como de rígen laboral, deben concurrir los elementos propios del artículo 200 del C.S.T., estos son:

“1. Se entiende por enfermedad profesional todo estado patológico que sobrevenga como consecuencia obligada de la clase de trabajo que desempeña el trabajador o del medio en que se ha visto obligado a trabajar, bien sea determinado por agentes físicos, químicos o biológicos.

2. Las enfermedades endémicas y epidémicas de la región sólo se consideran como profesionales cuando se adquieren por los encargados de combatirlas por razón de su oficio.”.

A su vez, el artículo 4º de la Ley 1562 de 2012, prevé:

“Es enfermedad laboral la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar. El Gobierno Nacional, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales y en los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional será reconocida como enfermedad laboral, conforme lo establecido en las normas legales vigentes.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Riesgos Laborales, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales... ”.

Establecido lo anterior, es claro que los médicos deben verificar la existencia de una enfermedad laboral en los temas asignados, determinando si existe relación de causalidad, con los factores de riesgos ocupacionales. Es decir, se debe emitir un análisis con criterios científicos para establecer si las funciones realizadas tienen una causa directa con el trabajo y ambiente laboral, evaluando vibración, postura, repetición y fuerza, criterios y aspectos que sí revisten toda la certeza para esta Sala ya que el dictamen es acucioso y menciona las principales funciones y actividades que realizó el actor.

Con el dictamen presentado, se logra extraer que las labores manuales por sí solas no son factor de riesgo suficiente para producir todas las y cada una de las enfermedades que presenta una persona, existiría una fuerte evidencia de factor de riesgo laboral cuando concurren la repetición, concentración del ciclo de trabajo, fuerza representada en manipulación de carga, y postura inadecuada, presupuestos que la parte actora no desvirtuó en esta litis, pues solo se limitó a indicar que el diagnóstico de SINDROME DEL TUNEL DEL CARPO tiene un origen laboral, sin demostrar de manera certera y objetiva que el rol que desempeñó en la empresa fue la causa de la patología que hoy lo aqueja, nótese al respecto, que el demandante pudiendo ilustrar al despacho en el interrogatorio de parte sobre las funciones explícitas y riesgos que desempeñaba en el trabajo, decidió no asistir a la diligencia programada, dejando de un lado la carga probatoria que le asiste en virtud de lo previsto en el artículo 167 del C.G.P.

Conforme lo anterior, se itera que, para esta Sala de decisión, el dictamen pericial goza de credibilidad, pues el perito emitió conceptos de carácter técnico, para soportar las conclusiones arribadas, de tal forma, teniendo en cuenta que la prueba pericial constituye un apoyo para el operador judicial en aspectos técnicos y de conocimiento específico en determinada materia, se le da plena validez en esta instancia, coincidiendo con ello en la conclusión arribada por el a quo⁵.

⁵ La doctrina tradicional en materia probatoria confiere al dictamen pericial una doble condición: Es, en primer término, un instrumento para que el juez pueda comprender aspectos fácticos del asunto que, al tener carácter técnico, científico o artístico, requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate. En segundo lugar, el experticio es un medio de prueba en sí mismo considerado, puesto que permite comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso. Es por esta última razón que los ordenamientos procedimentales como el colombiano, prevén que el dictamen pericial, en su condición de prueba dentro del proceso correspondiente, debe ser sometido a la

Visto lo que antecede, no le asiste razón al recurrente y, en consecuencia, es dable acoger las conclusiones de la prueba pericial, advirtiéndole que, a juicio de esta Sala, los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de Invalidez son válidos, pues las conclusiones consignadas se advierten razonables y ajustadas a la historia clínica del demandante, ajustándose a lo previsto en el artículo 226 del C.G.P.⁶, los

posibilidad de contradicción de las partes, mediante mecanismos como las aclaraciones, complementaciones u objeciones por error grave. Este carácter dual es confirmado por autores como Silva Melero, quien sostiene que el dictamen pericial cumple una doble función. De un lado “... llevar al proceso conocimientos científicos o prácticos que el juez podría conocer, pero que no está obligado a ello, y que son precisos para adoptar la decisión.” Por otro lado, el dictamen también opera como “concepto de pericia de constatación de hechos”, o lo que es lo mismo “... constataciones objetivas, que pueden ser independientes la persona del inculcado.” A idéntica conclusión arriba la jurisprudencia constitucional. Sobre el particular, en la sentencia T-796/06 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), se pone de presente cómo el dictamen pericial responde a una naturaleza jurídica dual. De un lado, es comprendido como “...un verdadero medio de prueba, debido a que el dictamen pericial se dirige a provocar la convicción en un determinado sentido, esto es, la actividad que realiza el perito tiene finalidad probatoria, ya que tiende a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos.” De otro, la experticia también es comprendida como “...un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso, sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez. Mientras los medios de prueba introducen en el proceso afirmaciones fácticas relacionadas con las afirmaciones iniciales de las partes, con interés exclusivo para el proceso concreto, la pericia introduce máximas de experiencia técnica especializadas de validez universal para cualquier tipo de proceso”.

⁶**“Procedencia.** La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

Sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial. Todo dictamen se rendirá por un perito.

No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera. Sin embargo, las partes podrán asesorarse de abogados, cuyos conceptos serán tenidos en cuenta por el juez como alegaciones de ellas.

El perito deberá manifestar bajo juramento que se entiende prestado por la firma del dictamen que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional. El dictamen deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito.

Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.

El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones:

- 1. La identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración.*
- 2. La dirección, el número de teléfono, número de identificación y los demás datos que faciliten la localización del perito.*
- 3. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.*
- 4. La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere.*
- 5. La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen.*

cuales no pueden ser en manera alguna refutados en esta instancia en tanto como se ha venido señalando, la prueba decretada y practicada para tal fin, además de provenir del ente especializado en este material es resultado de la evolución minuciosa de un equipo interdisciplinario del área de la medicina.

Si bien, esta Corporación no desconoce que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral ha dispuesto que el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez no es prueba solemne⁷, puesto que la pérdida de capacidad laboral y su origen se puede demostrar por otros medios, lo cierto es que en el caso objeto de estudio existen dos dictámenes que coinciden en el origen de la patología del SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO, así como el médico ponente de manera concreta y acuciosa soportó por qué los miembros de la Junta arribaron a las conclusiones plasmadas en el dictamen de fecha 18 de marzo de 2020 (archivo 01, páginas 341 a 351).

Aunado a lo anterior, se itera, las entidades encargadas de la calificación (Juntas de Calificación) dieron cumplimiento a la normatividad (Ley 100 de 1993, Decreto Ley 019 de 2012, Decreto 1295 de 1994, Ley 776 de 2002, Decreto 2463 de 2001, Decreto 1352 de 2013, Ley 1562 de 2012 y Decreto 1507 de 2014), otorgándole un valor a cada ítem que compone la descripción de discapacidad, minusvalía y deficiencia, conforme a los conocimientos especializados del tema, integrando así las patologías, veamos:

6. Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen.

7. Si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50, en lo pertinente.

8. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.

9. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.

10. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen.”.

⁷ CSJ SL1420-2022.

6. Fundamentos para la calificación del origen y/o de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional										
Título I - Calificación / Valoración de las deficiencias										
Diagnósticos y origen										
CIE-10	Diagnóstico	Diagnóstico específico					Origen			
M518	Otros trastornos especificados de los discos intervertebrales	Discopatía L2L3					Enfermedad común			
G560	Síndrome del túnel carpiano	derecho					Enfermedad común			
Deficiencias										
Deficiencia	Capítulo	Tabla	CFP	CFM1	CFM2	CFM3	Valor	CAT	Total	
Neuropatía por atrapamiento (Mediano por debajo del antebrazo (síndrome túnel carpiano)) Derecha + dominancia	12	12.14	2	0	NA	NA	11,80%		11,80%	
							Valor combinado 11,80%			
Capítulo							Valor deficiencia			
Capítulo 12. Deficiencias del sistema nervioso central y periférico.							11,80%			
Valor final de la combinación de deficiencias sin ponderar							11,80%			

Aunado a ello, y como quiera que la pretensión de la parte actora de dejar sin valor ni efecto el dictamen de la Junta Nacional de Calificación, se fundó en la configuración del origen de la enfermedad -laboral-, es menester indicar que no es posible acceder a ello dado que los dos dictámenes proferidos en el caso del señor AUGUSTO JOSÈ QUINTERO ALMEIRA, tienen un respaldo probatorio, razonable, coherente y fundamentado, máxime teniendo en cuenta que los argumentos consignados derivan de la especialidad médica y valorativa de los miembros de la Junta calificadora.

En otro giro, se recalca que el demandante como soporte de sus anhelos aportó una electromiografía, constancia de restricciones laborales y el dictamen de fecha 28 de abril de 2011, por medio del cual se determinó que la patología de SÍNDROME DEL TÚNEL DEL CARPO es de origen común, elementos probatorios que permiten establecer que el actor sí tiene una patología del SINDROME DEL TUNEL DEL CARPO, situación que no esta en discusión, empero, debió probar que las actividades que desarrollaba tuvo incidencia o nexo causal con la patología que hoy padece.

Corolario de todo lo anterior, ante la validez de los dictámenes de las Juntas de Calificación de Invalidez, deberán despacharse de manera desfavorable las pretensiones incoadas desde el libelo introductor, dado que las mismas derivaban de la prosperidad del origen de la enfermedad – SINDROME DEL TÚNEL DEL CARPO-, pues al tenor de las conclusiones expuestas, conforme a los dictámenes

calendados No. 17815228 del 28 de abril de 2011 y 18 de marzo de 2020, el actor tiene un origen común y en esa medida se confirmará la decisión de primer grado, pues las razones hasta aquí expuestas resultan más que suficientes para arribar a las conclusiones anotadas, esto es, dar plena validez y credibilidad al dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

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

Sin **COSTAS** en esta instancia.

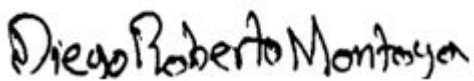
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

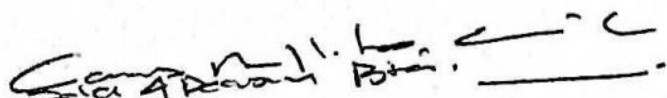
RESUELVE

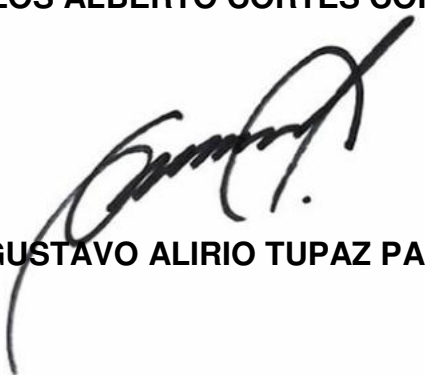
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Once Laboral Del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones anteriormente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

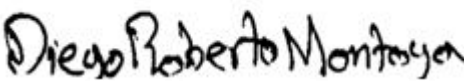
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CELIANO RAMOS TINJACÁ CONTRA LA NACIÓN MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO y como vinculada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 11 2019 00248 02).

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

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


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral 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 el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida

por el Juez 40¹ Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 28 de octubre de 2022 (Audio archivo 28, récord: 1:00:22), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y ausencia de consolidación del derecho reclamado formulada por la demandada la NACIÓN - MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO a través de apoderado judicial, absteniéndose de hacer pronunciamiento sobre los demás medios exceptivos conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, ABSOLVER a la demandada LA NACIÓN - EL MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del demandante CELIANO RAMOS TINJACA, conforme a lo expuesto.

TERCERO: En caso de que la presente decisión no sea apelada, consúltese con el Tribunal Superior de Bogotá Sala de Decisión Laboral en la forma indicada.

CUARTO: COSTAS a cargo de la parte demandante, se señalan como agencias en derecho a favor de la demandada NACIÓN - EL MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

QUINTO: El despacho se abstiene de hacer cualquier pronunciamiento frente a la vinculada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES en esta decisión, conforme quedo expuesto en precedencia.”

Inconforme con la decisión la apoderada del demandante apela la decisión señalando que el señor CELIANO RAMOS sí laboró para la entidad Instituto de Fomento Industrial - IFI Concesión Salinas durante 5649 días, equivalentes a 15 años 8 meses y 9 días efectivamente laborados, como también que fue constreñido al negociar la finalización del vínculo laboral determinado, por lo que se trata de un despido sin justa causa debido a que la voluntad de dicho empleador nunca consistió en efectuar una real efectiva desvinculación sino por el contrario lo continuó vinculando a través del proceso de tercerización laboral siendo su real voluntad mantener un vínculo laboral con dicha empresa.

Expresa que con el testimonio del señor Vidal Páez se corrobora que el actor continuó laborando en las mismas instalaciones, recibía ordenes de los mismos jefes y desarrollaba las mismas labores que venía desempeñando, refiriendo lo que se pretendía por la persona que tenía a su cargo las responsabilidades del IFI era generar una ficción o apariencia de finalización de una relación laboral con un empleador y el inicio de otra diferente, sin embargo este comportamiento ficticio

¹ El expediente fue remitido a ese juzgado de conformidad con los Acuerdos PCSJA20-11686 del 10/12/2020 y CSJBTA20-109 del 31 de diciembre del 2020, conforme se anota en el auto que avoca el conocimiento del proceso (Ver archivo 6 expediente digital).

escapa de lo que realmente sucedió, pues lo cierto es que en virtud del principio de primacía de la realidad el IFI fue la entidad que se benefició de estos servicios, por lo que considera el demandante logró acreditar una prestación de servicios superior a 15 años tal como se puede concluir en el caudal probatorio debidamente aportado y practicado en el presente proceso.

Por otro lado, solicita se debe tener en cuenta la sentencia del 24 de enero del 2012 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso 2009 00623 00, debido a que en esa sentencia lo que se tuvo en cuenta especialmente fue que, si existía una aparente solución de continuidad en las formas contractuales, en la práctica o realidad del desarrollo contractual.

También refiere que el propósito que se tenía con Colpensiones como litisconsorte era para que se pronunciara respecto a la actualización de la historia laboral del señor Celiano y los consecuentes efectos de dicha actualización que afectará directamente la reliquidación de la pensión de vejez, hecho que nunca hizo Colpensiones pues no aportó la citada historia laboral del actor.

En consecuencia señala para el caso del demandante sí se dan todos estos presupuestos para el pago de la pensión especial establecida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 a su favor, atendiendo al hecho de que su desvinculación laboral fue sin justa causa y que efectivamente laboró para el IFI Concesión Salinas por un lapso superior a 15 años teniendo en cuenta la vinculación directa con dicha entidad y el tiempo durante el cual laboró en calidad de trabajador en misión ejerciendo las mismas funciones para las cuales había sido inicialmente vinculado con dicho empleador público, solicitando por ende se reconozca y pague los valores correspondientes al reconocimiento de la pensión especial consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 junto con los respectivos intereses de mora e indexación al igual que las costas procesales y las agencias en derecho. *(Audio archivo 28, récord: 1:01:50²)*

² “Gracias su señoría en mi calidad de apoderada de la parte demandante me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho, por no estar de acuerdo con los argumentos expuestos y el cual me permito a continuación sustentar de la siguiente forma:

El señor Celiano Ramos sí laboró para la entidad del Instituto de Fomento Industrial - IFI Concesión Salinas durante 5649 días, equivalentes a 15 años 8 meses y 9 días efectivamente laborados, igualmente se logró acreditar que fue constreñido al negociar la finalización del vínculo laboral determinado, así que se trata de un despido sin justa causa debido a que la voluntad de dicho empleador nunca consistió en efectuar una real efectiva desvinculación de mi representado sino por el contrario lo continuó vinculando a través del proceso de tercerización laboral siendo su real voluntad mantener un vínculo laboral con dicha empresa, una de las

razones por las cuales el señor Celiano repito aceptó la suscripción de un acuerdo supuestamente beneficioso para él fue precisamente por la promesa de ser vinculado nuevamente al IFI como se pudo evidenciar en el testimonio realizado por el señor Vidal Páez quien corrobora que el señor Celiano continuó laborando en las mismas instalaciones, en el mismo lugar donde laboró durante el tiempo que lo conoció, es más recibía órdenes de los mismos jefes anteriores a la desvinculación para ejercer las mismas labores que venía desempeñando, sin embargo esto solo ocurrió por intermedio de la empresa de servicios temporales de suministro de trabajadores en comisión a través de la cual se vinculó nuevamente al demandante en calidad de trabajador en misión, vinculación en la cual fue designado para ejecutar las mismas labores y desempeñar las mismas funciones para las cuales fue contratado inicialmente por el IFI, con la suscripción de los diferentes documentos y el supuesto cambio de empleador se evidencia que lo que se pretendía por la persona que tenía a su cargo las responsabilidades del IFI era generar una ficción o apariencia de finalización de una relación laboral con un empleador y el inicio de otra diferente, sin embargo este comportamiento falacio, ficticio escapa de lo que realmente sucedió, puesto que la relación de trabajo que se reanudó con el señor Celiano en los mismos términos y bajo la prestación del mismo tipo de servicios a los contratados en la relación inicial lo que implica es que en realidad no existió tal voluntad de dar la finiquitada relación laboral, lo que desvirtúa en todos los aspectos la suscripción del acuerdo de finalización del vínculo laboral en calidad de trabajador oficial y lo que deviene consecuencialmente en que dicha finalización fue sin justa causa.

Ahora bien, más allá de todas estas discusiones el despido fue injusto o no, que como se ha argumentado a todas luces lo que resulta evidente que si la relación laboral se prolongó en el tiempo bajo un mismo patrón de prestación de servicios y de desempeño en labores subordinadas al servicio del IFI Concesión Salinas con independencia de la interrupción en la prestación del servicio y de la vinculación del demandante a través de terceros intermediarios como lo fue a través de la empresa de servicios temporales, lo cierto es que en virtud del principio de primacía de la realidad el IFI fue la entidad que se benefició de estos servicios, es así como el demandante logró acreditar una prestación de servicios superior a 15 años tal como se puede concluir en el caudal probatorio debidamente aportado y practicado en el presente proceso, aunque no se pudo presentar pues la debida prueba en cuanto a la empresa de servicios temporales, sí se pudo demostrar que el señor Celiano Ramos continuó laborando después de la desvinculación de la empresa.

El contrato celebrado con el señor Celiano Ramos y la empresa de servicios temporales Suministro de Trabajadores en Comisión realmente demuestra que al ser la empresa usuaria el IFI Concesión Salinas y por ende la beneficiaria del servicio prestado, siempre se trató de una misma relación laboral entre el demandante y la mencionada entidad pública, nuevamente cito la sentencia del 24 de enero del 2012 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá proceso 2009 00623 00 con base a lo que ya había manifestado en los alegatos, debido a que en esta sentencia sí se dio y si se tuvo en cuenta lo que se tuvo en cuenta especialmente en esta sentencia fue que si existía una aparente solución de continuidad en las formas contractuales en la práctica o realidad del desarrollo contractual, la continuidad se mantuvo sin solución alguna lo que permite afirmar con certeza que las empresas de servicios temporales ostentaron la calidad de empleadores aparentes siendo verdaderos intermediarios que ocultan su calidad en los términos del artículo 35 numeral dos del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual conllevaría necesariamente a que el usuario Instituto de Fomento Industrial IFI Concesión Salinas sea ficticio y por ende debe tenerse como verdadero empleador, en consecuencia para el caso del demandante si se dan todos estos presupuestos para el pago de la pensión especial establecida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 a su favor, atendiendo al hecho de que su desvinculación laboral fue sin justa causa y que efectivamente laboro para el IFI Concesión Salinas por un lapso superior a 15 años teniendo en cuenta la vinculación directa con dicha entidad y el tiempo durante el cual laboró en calidad de trabajador en misión ejerciendo las mismas funciones para las cuales había sido inicialmente vinculado con dicho empleador público, en este caso de conformidad con lo preceptuado legal antes citado tendría derecho a la pensión patronal a partir de los 50 años esto es el 28 de julio de 2006, si considero que quedó demostrado por intermedio del testimonio del señor Vidal Páez que el señor Celiano Ramos laboró durante más de 15 años en la misma empresa debido a que este testimonio fue muy claro, fue real, el señor Vidal manifiesta que el señor Celiano Ramos trabajo durante todo el tiempo con el, que luego se conocían desde hace mucho tiempo y que a él le consta que laboraba en la misma empresa y siguió laborando después de su desvinculación por lo que considero muy importante este testimonio para que se tenga en cuenta en la segunda instancia.

Resulta irrelevante pues todas estas contestaciones tanto de la demanda relacionada con los apartes afectados con el destino de Colpensiones y la existencia de la pensión de vejez que se encuentran disfrutando el demandante, puesto que en ello en ningún momento impide o inhabilita que se haga efectivo el reconocimiento de la pensión patronal establecida en el artículo 8 de la Ley 171 del 61 debido a la compatibilidad existente entre ambos tipos de pensiones conforme con lo anterior expuesto, ello quiere decir que en virtud de dicha compatibilidad las condenas relativas al reconocimiento y pago de la prestación

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la parte demandante, en este ordinario, las pretensiones relacionadas en las páginas 4 a 6 (*Archivo 01 expediente digital*), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos relatados en las páginas 6 a 9 (*ibídem*), encaminadas a que se declare que laboró por más de 15 años al servicio del extinto IFI – CONCESIÓN DE SALINAS y por ende tiene derecho a la pensión de jubilación establecida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 compatible con la pensión de vejez reconocida por Colpensiones, en consecuencia de manera principal solicita se condene a su reconocimiento con un IBC de lo devengado en el ultimo año de servicios, junto con el retroactivo a partir del 28 de julio del 2006 fecha en que cumplió los 50 años de edad por haber sido despedido sin justa causa o a partir de los 60 años de edad 28 de julio del 2016 por cumplir con más de 15 años de servicio, junto con los intereses moratorios o la indexación de los valores reconocidos, derechos *ultra y extra petita*. Como pretensión subsidiaria solicita se declare que tiene derecho a la pensión de jubilación del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 la cual es de carácter compartido la pensión del RPM y se profiera condena en los mismos términos

patronal deberán efectuarse en un 100% sin que ello afecte de forma negativa el disfrute de la pensión de vejez que actualmente devenga el demandante.

En lo que respecta a otras situaciones incompatibles evidenciadas en las contestaciones de las integraciones del litisconsorcio es que la apoderada de Colpensiones señala que la pensión patronal es a su vez compatible compartida con la pensión de vejez del régimen de prima media con prestación definitiva, sin embargo, pues no se tuvo en cuenta pues todas estas circunstancias, por lo que no me encuentro de acuerdo con la argumentación proferida por el despacho.

Finalmente, el propósito que se tenía con Colpensiones como litisconsorte era para que se pronunciara respecto a la actualización de la historia laboral del señor Celiano y los consecuentes efectos de dicha actualización que afectarán directamente con la reliquidación de la mesada pensional de la pensión de vejez, hecho que nunca hizo Colpensiones y que Colpensiones jamás realizó pues esta acción, ya que la finalidad de vincular a Colpensiones siempre fue la que presentará la historia laboral del señor Celiano.

De acuerdo a todo lo anteriormente expuesto solicito su señoría se conceda a la Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo reconocer y pagar los valores correspondientes al reconocimiento de la pensión especial consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, junto con los respectivos intereses de mora e indexación al igual que las costas procesales y agencias en derecho, en virtud de los argumentos expuestos solicitó se conceda el recurso de apelación interpuesto para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que sea revocada la sentencia proferida por su despacho y en su defecto se reconozca y pague los valores correspondientes al reconocimiento de la pensión especial consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, junto con los respectivos intereses de mora e indexación al igual que las costas procesales y las agencias en derecho, gracias su señoría.”

atrás señalados. **Obteniendo sentencia de primera instancia adversa a sus aspiraciones**, por cuanto absolvió a la demandada de todas las pretensiones, tras considerar en primer lugar que no se probó el contrato realidad alegado con la empresa SUMINISTRO DE TRABAJADORES EN COMISIÓN, con posterioridad al 13 de diciembre de 1993 desconociéndose los extremos de esa relación y las condiciones en que se pudo haber dado sin que la testimonial recaudada acreditara ello. En relación con el despido sin justa causa expresó el *a quo* que el mismo no ocurrió pues conforme a la documental obrante en el expediente el retiro del actor fue voluntario al acogerse al plan de retiro ofrecido por el IFI, por lo que su retiro se ha de catalogar como de mutuo acuerdo y no sin justa causa, y finalmente en relación con la pensión de jubilación establecida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 indicó que como la terminación del contrato con el IFI fue voluntaria debía acreditar 15 años de servicios allí prestados, los cuales no cumplió pues solo prestó sus servicios por espacio de 14 años y 61 días.

Así las cosas, asume la Sala el conocimiento de las diligencias en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, advirtiéndose en primer lugar se estudiará lo relativo a la **relación laboral** que señala el demandante existió con la empresa SUMINISTRO DE TRABAJADORES EN COMISIÓN “*durante el lapso de siete (7) meses durante el año 1994*” y “*entre el 1 de febrero de 1998 y el 12 de junio de 1998*” (ver hechos Nos. 3 y 4) y que alega fue en favor del INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL (IFI) – CONCESIÓN DE SALINAS.

Pues bien, para resolver dicho aspecto 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, resultaría factible efectuar las consideraciones a que hubiere lugar.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados apunta a determinar la existencia del contrato de trabajo del demandante con INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL (IFI) – CONCESIÓN DE SALINAS con posterioridad al 13 de diciembre de 1993 y si SUMINISTRO DE TRABAJADORES EN COMISIÓN actuó o no como intermediaria en esa 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, por lo que corresponde definir si en autos reposa prueba de la prestación personal del actor en favor de la extinta IFI en los periodos alegados en la demanda y, de ser ello así, se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y dicha entidad, correspondiendo por tanto a ésta última desvirtuar su existencia.

En este orden de ideas, para acreditar las afirmaciones del actor en este punto se recibieron los testimonios de las siguientes personas:

JOSÉ VIDAL PAEZ (Audio Archivo 22 récord: 15:00) indicó conocer al demandante desde el año 1979 en el IFI CONCESION SALINAS porque fueron compañeros de trabajo hasta diciembre de 1993, en tanto el actor se retiró según su dicho a mitad de ese mes y el testigo el 27 de diciembre, refiriendo que el actor posterior a ello continuo en la entidad, pero a través de una temporal como 6 meses según le comentaron, no obstante, no sabe a ciencia cierto si ello fue así.

LUIS ISIDRO VALERA (Audio Archivo 22 récord: 48:05) afirmó haber sido compañero del accionante por espacio de 14 años y 22 días en el IFI ya que ambos ingresaron el mismo día 14 de marzo de 1979, señalando el testigo haberse retirado el 31 de octubre de 1993 y que tiene entendido que el demandante continuó trabajado para esa empresa a través de otra compañía porque el accionante se lo comentó, pues el deponente después de su salida no volvió al IFI por lo que desconoce lo sucedido.

Así las cosas, del análisis de la testimonial recaudada cuyas declaraciones son valoradas bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (*artículo 61 del C.P.L.*), sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte esta Sala de decisión, las mismas resultan precarias para acreditar la prestación del servicio del señor CELIANO RAMOS TINJACA con el extinto IFI CONCESIÓN SALINAS en los extremos aducidos en la demanda (7 meses en el año 1994 y del 1° de febrero

al 12 de junio de 1998) a través de la empresa SUMINISTRO DE TRABAJADORES EN COMISION, pues no se aportó ningún medio de convicción diferente que apoye la versión dada por el accionante en su libelo.

Precisando esta Corporación, la afirmación del demandante frente a la existencia de un contrato trabajo con el extremo accionado en el periodo alegado, 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, razón por la cual lo único que se puede concluir es que la vinculación del actor con el IFI CONCESIÓN SALINAS se dio solo del **17 de marzo de 1979 al 13 de diciembre de 1993** (14 años, 8 meses y 31 días) conforme la certificación que obra en la página 110 (archivo 01 expediente digital) y se corrobora con el certificado CETIL, aportado por el Ministerio de Industria y Comercio (Archivo 16 expediente digital pág. 11), incluso en la historia laboral obrante en el expediente administrativo del actor se evidencia para los periodos 26/01/1994 a 11/05/1994, 19/07/1994 a 12/09/1994 y 06/12/1994 a 31/12/1994 afiliación es con la empresa SUMINISTRO DE TRABAJADORES EN COMISION sin que de allí se pueda extraer que sus servicios fueron prestados para el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL. Se confirma en este aspecto la sentencia de primer grado.

Es de advertir al accionante en punto a la apelación, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras sedes Judiciales, en concreto la del Juzgado 5° Laboral del Circuito 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, situación que no se da en el caso de autos.

Ahora en cuanto al tema del **despido sin justa causa** alegado en la alzada, se tiene que obra misiva suscrita por el demandante y dirigida a la directora de la I.F.I. CONCESION DE SALINAS el 23 de septiembre de 1993 en la que manifiesta

su voluntad de acogerse al plan de retiro voluntario establecido por la empresa a
partir del 14 de diciembre de 1993 así (Archivo 1 expediente digital pág. 98):

RECIBIDO
23 SET. 1993 70
3743

Zipaquirá, Septiembre 23 de 1993

Doctora:
LIGIA HERNANDEZ AGUILERA
DIRECTORA DE I.F.I. CONCESION DE SALINAS
SANTAFÉ DE BOGOTÁ D.C.

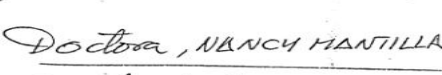
Respetada Doctora:

La presente tiene como fin acogerme al Plan de Retiro Voluntario
establecido por la Empresa, de acuerdo a la Circular N°008 de fe-
cha 8 de Septiembre de 1993, laboro hasta el día 13 de Diciembre
del presente año y salir a partir del día 14 de Diciembre del pre-
sente año.-

Agradesco a la Empresa, sus Directivos y Compañeros la colaboración
y ayuda que me brindaron durante mi permanencia laboral.-

Cordialmente,


CELIANO RAMOS TINJACA
C.C.N°11.337.056 de Zipaquirá.-


Doctora, NANCY MANTILLA
Aprobada!

Seguidamente se encuentra el acta de AUDIENCIA PUBLICA ESPECIAL DE
CONCILIACION celebrada ante el JUZGADO 15 LABORAL DEL CIRCUITO DE
BOGOTÁ de fecha 15 de diciembre de 1993 a través de la cual se formalizó el
arreglo conciliatorio sobre la terminación del contrato de trabajo entre el
accionante y el IFI, en los siguientes términos y para lo que aquí interesa (Archivo
1 expediente digital págs. 99 a 101):

Seguidamente los comparecientes de común acuerdo
manifiestan:

10. Entre las partes comparecientes existió una
relación laboral entre el 17 de Marzo de 1979 y el 13 de
Diciembre de 1993, la cual terminó por acuerdo mutuo
configurado por la aceptación del extrabajador del plan de
retiro voluntario propuesto por el INSTITUTO DE FOMENTO
INDUSTRIAL - I.F.I. CONCESION DE SALINAS.

De este modo, conforme a tal documental se extrae por esta Corporación que la
terminación de la relación laboral del señor RAMOS TINJACA con el extinto IFI
obedeció fue a un retiro voluntario por mutuo acuerdo y no a un despido injusto
como es alegado en la alzada, razones por las cuales no pueden salir avante los
anhelos de la parte actora en este aspecto.

Finalmente, y en punto al reconocimiento de la **pensión de jubilación**, definido que el actor laboró para el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL -IFI del 17 de marzo de 1979 al 13 de diciembre de 1993 y que su desvinculación fue de manera voluntaria por haberse acogido al plan de retiro voluntario ofrecido por su empleador habrá de recordarse, el contenido del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en lo que aquí interesa:

“El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de esa ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión, pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad”. (Subrayado y negrilla de la Sala).

Así pues, de la norma en cita es claro que el actor debe acreditar para el reconocimiento de la prestación pensional haber laboral por el término de 15 años, iterándose en virtud del retiro voluntario que realizó, y en esa medida teniendo en cuenta los extremos aceptados por la pasiva y que corresponden a los mismos que se encuentran certificados, esto es, del 17 de marzo de 1979 al 13 de diciembre de 1993 (págs. 38, 93 a 95, 98, 99 y 110 Archivo 01 expediente digital y Archivo 16 pág. 11), encuentra esta Sala de decisión que solo cumplió con **14 años, 8 meses y 26 días** de labores, tiempo inferior al exigido por la normatividad ya citada.

Dilucidado lo anterior, es claro que no puede tener éxito el reconocimiento de la pensión de vejez que se reclama en aplicación del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, pues se repite, no cumplió con el tiempo de servicio requerido para aplicarle tal normativa.

Finalmente, y en cuanto a los argumentos relacionados con Colpensiones dirigidos al hecho de que no se aportó la historia laboral del accionante, baste con señalar la misma sí reposa en el expediente administrativo en la carpeta denominada “03CDFolio93ExpedienteAdministrativo” en el Archivo “GRP-SCH-HL-

66554443332211_1592-201909" con fecha de actualización 5 de septiembre del 2019, advirtiéndose frente a la reliquidación de la pensión de vejez, ello no será objeto de pronunciamiento por las consideraciones ya expuestas frente a la petición del reconocimiento de la pensión de jubilación, de la cual derivaba el estudio frente a esa pensión de vejez del RPM.

Así las cosas, se agota la competencia del Tribunal, y habiéndose arribado a las mismas conclusiones absolutorias halladas por el Juez *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

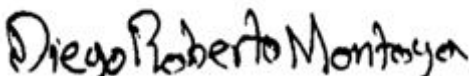
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

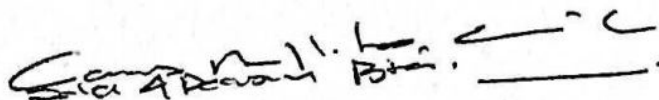
RESUELVE

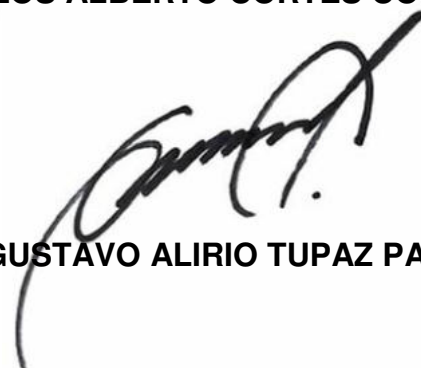
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 40 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

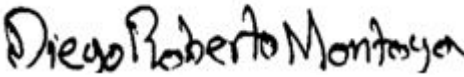
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALIRIO TORRADO
ALVAREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 12 2021 00490 01).**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por la Juez Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de febrero del 2023 (*Audio Archivo 12, Récord: 34:21*), en la que se resolvió:

“PRIMERO. - CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor ALIRIO TORRADO ÁLVAREZ la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del 9 de enero de 2020 en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, es decir, \$877.803 por 13 mesadas al año, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al actor los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 10 de julio de 2020 y hasta que se efectúe el pago de la prestación objeto de condena a la tasa máxima de interés bancarios certificada por la superintendencia financiera de Colombia, a la fecha de su pago.

TERCERO. - DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

CUARTO. -COSTAS en esta instancia, a cargo de COLPENSIONES inclúyase como agencias en derecho, la suma de 2 millones de pesos.

QUINTO. - en caso de no ser apelada, la presente decisión por parte de **COLPENSIONES**, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral a fin de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a su favor.”

Inconforme con la decisión, el apoderado de Colpensiones en su alzada manifiesta que no hay lugar al reconocimiento y pago de la prestación de vejez teniendo en cuenta que la prestación que pretende el actor es totalmente incompatible con la pensión de jubilación otorgada por el FOMAG, teniendo en cuenta la previsión legal señalada en el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia así como el artículo 19 de la ley 4° de 1992, solicitando por ende revocar la condena como también las costas impuestas, en virtud de que COLPENSIONES de acuerdo a la labor misional está facultada para conceder o negar derechos pensionales que se encuentren ajustados a derecho y que cumplan con las condiciones que se tiene para el reconocimiento de los mismos. (Audio Archivo 12, Récord: 36:01¹)

¹Sí señora doctora, muchas gracias. Siendo este el momento procesal oportuno me permite interponer y sustentar, el recurso de apelación, que en derecho corresponde. Es así, su Señoría, cómo solicito muy respetuosamente al Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral se sirva revocar la condena impuesta en contra de administradora colombiana de pensiones en su integralidad, acordé a los siguientes lineamientos y teniendo en cuenta las consideraciones planteadas en los argumentos de hecho y de derecho, tomados en la contestación de la demanda, como los alegatos de conclusión que se rindieron en primera instancia.

Es así como a la entrada en vigencia de la ley 100 del 93, se tiene que mediante la circular 01 se estableció la compatibilidad pensional entre pensiones del magisterio y pensiones e indemnizaciones del sistema general de pensiones se produca (sic) según los siguientes grupos de docentes clasificados, teniendo en cuenta la fecha de ingreso así: los docentes vinculados antes de la vigencia del Decreto 1278 de 2002, 20 de junio, inscritos en el escalafón docente de conformidad con el decreto de 2277 de 1979, dependiendo de la fecha de causación adquisición del inscrito, de pensionados, se tiene en cuenta las siguientes reglas del derecho causado a la pensión de jubilación, de forma con anterioridad al 17 de mayo del 92, día anterior a la entrada en vigencia de la ley 4, existe compatibilidad entre las pensiones reconocidas por actividad docente y las prestaciones registradas (sic) reconocidas por el sistema general de pensiones causadas en ese mismo segmento de tiempo derecho causado a la pensión de forma entre el 18 de mayo de 1992 y 11 de agosto de 1993, día anterior a la entrada en vigencia de la Ley 60 del 93, existen incompatibilidad entre las pensiones reconocidas por la actividad docente y las prestaciones reconocidas por el sistema general de pensiones, de acuerdo a lo establecido en el literal G de la ley 4 del 92, derecho causado a la pensión de jubilación del formato entre el 12 de agosto de 1993 y el 12 (sic) y el 20 de diciembre de 2010 (sic) de 2001, perdón, día anterior a la entrada en vigencia de la ley 715 de 2001, existe compatibilidad entre las pensiones reconocidas por la actividad docente y las prestaciones reconocidas por el sistema general de pensiones causadas en ese mismo sentido segmento de tiempo, derecho causado a la pensión de forma ante el 21 de diciembre de 2001 y el 19 de junio de 2010 (sic) y 2012 y anterior a la entrada en vigencia del decreto 1278 de 2012, existe incompatibilidad entre las pensiones reconocidas por actividad docente y las prestaciones reconocidas por el régimen general de pensiones, en la medida que la ley 80 fue derogada por la ley 115 de 2001, y esta no contemplo nada relacionado con la compatibilidad de las prestaciones de la actividad docente.

La reclamación de pensión de vejez, ante **COLPENSIONES**, de un docente que se vinculó el magisterio antes del 21 (sic), 20 de junio de 2002, con causación de la pensión de jubilación en fomag y cuyo derecho, se consolida desde con posterioridad al 19 de junio de 2010, se tiene que el otorgamiento pensional de Fomag, es incompatible con la pensión que eventualmente pueda solicitar ante el régimen de prima media con Prestación definida. En razón a lo anterior y de acuerdo a la prohibición constitucional de que trata el artículo 128, de incompatibilidad conforme se manifiesta en el acto administrativo que niega la prestación solicitada.

En virtud de lo anterior, se solicita muy respetuosamente derogar, derogar no (sic) y revocar la condena impuesta, en cuanto al reconocimiento pensional, por parte del juzgado de primera instancia. Ahora bien, también se solicita muy respetuosamente se le nieguen y se le revoquen las costas impuestas en contra de la administradora colombiana de pensiones, en virtud de que **COLPENSIONES**, de acuerdo a la labor misional, está facultada para conceder o negar recursos de derechos pensionales, los cuales se encuentran ajustados y que se cumplan con las condiciones que se tiene para el reconocimiento de las mismas.

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 actor las pretensiones elevadas en la página 26 del Archivo 01 del expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 5 y 6 ibidem, pretendiendo principalmente se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 11 de enero del 2020 día siguiente al cumplimiento de los 62 años de edad, junto con los intereses moratorios y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones** pues se dispuso el reconocimiento de la pensión de vejez bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del cumplimiento de los 62 años de edad, esto es, 9 de enero del 2020, en cuantía de un salario mínimo disponiendo el pago de intereses moratorios a partir del 10 de julio del 2020 (6 meses después de la reclamación pensional), declarando no probada la excepción de prescripción y motivando su decisión en la compatibilidad de dicha pensión con la de jubilación del magisterio que devenga el demandante, tras considerar que la pensión de vejez se causó con tiempos de aportes privados diferentes a los tenidos en cuenta para la pensión de jubilación.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio, estableciendo en primer lugar si las pensiones reconocidas al demandante son de carácter compatible, a efectos de verificar las condenas impuestas a la pasiva.

Así las cosas, no es objeto de controversia la calidad de pensionado que ostenta el demandante, en tanto actualmente devenga una Pensión Vitalicia de Jubilación otorgada por la Secretaría de Educación de San José de Cúcuta, a través de la Resolución No. 611 del 10 de septiembre del 2013, en cuantía de \$554.453 a partir del 10 de enero del 2013 (págs. 54 a 56 del Archivo 01 expediente digital).

De este modo dejo por sentado, el recurso de apelación, solicitando nuevamente y muy respetuosamente se revoque la condena impuesta en contra de la administradora colombiana de pensiones, muchas gracias.

En este orden y con el fin de estudiar los argumentos de apelación de la entidad demandada, a efectos de determinar la compatibilidad entre tal pensión y la aquí reclamada, la Honorable Corte Suprema de Justicia en el pronunciamiento realizado desde la sentencia SL 17447 de 24 de septiembre de 2014, señaló:

“(...) los referentes actuales de esta Sala de Casación Laboral para definir la compatibilidad o incompatibilidad de dos pensiones son los siguientes: (i) el origen de la contingencia o riesgo que amparan –criterio principal-, ello siempre que no existe una normativa especial que prohíba la compatibilidad; (ii) la existencia de una reglamentación propia, y (iii) la autonomía de la fuente de su financiación (...)”.

Corolario de lo anterior, es claro que en autos se dan los presupuestos citados, pues la pensión de jubilación reconocida desde el 10 de enero del 2013 está a cargo de la FIDUPREVISORA como entidad administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (ver contenido acto reconocedor del derecho), mientras que la pensión de vejez que aquí se reclama se encontraría a cargo de COLPENSIONES únicamente, aunado a que la reglamentación aplicable a estas dos prestaciones es totalmente distinta, ya que para la primera prestación, esto es, la Pensión de Jubilación se aplicaron las Leyes 33 de 1985, 91 de 1989 y 962 del 2005, mientras que la que aquí se reclama se analizará en virtud de lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003.

De otro lado resulta, que los aportes con los cuales se va a reconocer la pensión de vejez aquí pretendida provienen de aportes efectuados en calidad de trabajador independiente (*conforme se evidencia de la historia laboral aportada por Colpensiones visible en el expediente administrativo GRP-SCH-HL-66554443332211_2225-20220405100711*), por lo que no obedecen a las mismas cotizaciones que dieron lugar a la pensión de jubilación, pues estas se dieron con cotizaciones efectuadas al servicio público conforme se indica por la Secretaría de Educación en su acto reconocedor del derecho, tratándose entonces como ya se dijo de dos prestaciones que tienen diferente causa, razón por la cual es claro que el promotor del litigio logró acreditar cotizaciones distintas a las que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión que actualmente disfruta, no generándose incompatibilidad alguna, confirmándose en este aspecto el fallo apelado y consultado.

Al punto el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección B., en sentencia del 22 de octubre de 2009. Expediente. 050012331000200100423 01. Número interno 0262-2008 adujo:

“Bajo estas consideraciones, puede concluirse, que no es acertada la decisión de la Administración relativa a la negativa del derecho pensional reclamado, fundada en la incompatibilidad pensional, máxime si, como en el presente asunto, la pensión reconocida por el ISS es resultado de aportes eminentemente privados, efectuados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En un asunto con contornos fácticos y jurídicos similares al presente, la Subsección A, Sección Segunda de esta Corporación concluyó:

“La anterior jurisprudencia es aplicable al caso concreto. En efecto, se trata de dos asignaciones completamente diferentes por su origen y por su fuente: una, la que reclama el actor del Fondo de Prestaciones del Magisterio y otra la que recibe del ISS; la primera obedece a servicios prestados al Estado; la otra por haber cotizado como trabajador independiente, lo cual conduce a indicar que las dos pensiones son compatibles por cuanto no se opone a lo señalado en la norma constitucional que prohíbe, salvo excepciones, percibir una pluralidad de asignaciones provenientes del Tesoro Público.”².

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4117-2020 Rad. 60702 del 26 de agosto del 2020 expresó: *“Sea oportuno señalar que el hecho de estar inmerso en el régimen prestacional del Magisterio, no le impide al docente en cuestión, de primera mano, cotizar al ISS por servicios a órdenes de otros empleadores de carácter privado que en virtud a la obligatoriedad que sobre el particular impone la Ley, se ven constreñidos a afiliarlo, y consecuentemente, a que éste logre una pensión bajo las reglas de dicho ente de seguridad social”*

En esta misma dirección, tampoco podría generarse una vulneración a la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política³, por cuanto los recursos pertenecientes a la seguridad social no son propiedad del Estado como los bienes y rentas de la Nación, dado que estos tienen una destinación definida, al tenor de lo previsto en la ley 797 de 2003 artículo 2⁴ y en esa medida tales recursos son de origen parafiscal. Al tema puede consultarse el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de marzo de 2011, expediente 37959, como también la SL 3359 del 2020 en la que se

² Sentencia de 19 de octubre de 2006, C. P. doctor Jaime Moreno García, radicado interno No. 3691-05.

³ *“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.*

⁴ *“Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenece a la Nación ni a las entidades que lo administren”.*

consideró:

“...de ninguna manera puede afirmarse que se quebranta la prohibición del artículo 128 de la CN, por recibir más de una asignación del tesoro público, porque será Colpensiones, la que en reemplazo del ISS, como administradora del RPMPD, la responsable de pagar a la Nación la cuota parte financiera con los recursos del fondo común formado por las cotizaciones de todos sus afiliados, lo que desvirtúa el argumento de que es la Nación la que está asumiendo el pago del bono pensional.

Al respecto, se ha pronunciado la Sala, por ejemplo, en la sentencia SL9730-2014, de esta forma:

[...] aun cuando el Instituto de Seguros Sociales, es el encargado de reconocer y pagar las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, es una situación que no aparece que sea propietario del fondo económico con el que se financian esas prestaciones, pues se reitera, solo actúa como su administrador; además, aun cuando en la Constitución Política se hace una discriminación de las entidades que contribuyen a conformar el tesoro público, entre ellas, las entidades descentralizadas (de las que hace parte el ISS, por ostentar el carácter de empresa industrial y comercial del Estado), solo integran dicho erario los bienes y valores que le sean propios, y como las reservas pensionales, no son de su propiedad, no hacen parte de ese concepto. Al efecto puede consultarse las sentencias CSJ SL, 27 Feb 2003, Rad. 37453, CSJ SL, 6 May 2010, Rad. 37453, y CSJ SL, 19 Nov 2013, Rad. 41306.”

Dilucidado lo anterior, se procede entonces a determinar si el demandante le asiste el derecho a acceder a la pensión solicitada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993⁵, disposición que exige para el caso de los hombres, haber alcanzado 62 años, y cotizaciones en total de 1.000 semanas las cuales se aumentaron desde el 1° de enero del año 2005 en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Al efecto, se encuentra la copia del documento de identidad del accionante (pág. 32 Archivo 01 expediente digital), en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 9 de enero de 1958, por lo que acreditó la edad exigida de 62 años, el mismo día y mes del año **2020**; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización para tal calenda, se concluye que el actor cotizó una cantidad de **1448,71 semanas**, siendo su ultimo aporte para el ciclo de noviembre del 2013

⁵ “**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”.

(historia laboral aportada por Colpensiones en el expediente administrativo), esto es, antes de cumplir los 62 años de edad, reuniendo con ello el requisito de semanas previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues para ese entonces (2014) las semanas requeridas eran 1300.

Ahora, respecto de la fecha desde la cual debe ser otorgada la prestación, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 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 mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.”*

En ese orden, se advierte si bien en la historia laboral ya citada se evidencia como última cotización la del mes de noviembre del 2013, lo cierto es que solo podría proceder el reconocimiento pensional a partir de la calenda en que el demandante adquirió el status de pensionado, que no es otra que la fecha en que cumple con el número de semanas y edad exigidos por la normatividad aplicable al presente asunto.

Es esta medida, si bien el accionante adquirió el status pensional el 9 de enero del 2020 pues para esa data cumplió los 62 años y ya contaba con las 1300 semanas requeridas, resulta que tan solo elevó la solicitud de reconocimiento pensional el **10 de enero del 2020** (pág. 30 Archivo 01 expediente digital), por lo que a juicio de la Sala, y contrario a la 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. Se modifica, por tanto, en este punto el fallo de primer grado en virtud de la Consulta que se surte en favor de Colpensiones.

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.

En otro giro, en lo relacionado con la cantidad de mesadas anuales a imponer a cargo de la accionada, se debe precisar el demandante tiene derecho a devengar

13 mesadas anuales, como quiera que la pensión se causó con posterioridad al 31 de julio del 2011 (inciso 8º y párrafo 6º del Acto Legislativo 01 de 2005), confirmándose este punto.

En ese orden, procede la Sala a concretar el retroactivo adeudado como quiera que en primera instancia no se efectuó, encontrando que del 10 de enero del 2020 al 28 de abril del 2023 (fecha de la presente sentencia) se adeuda la suma de **\$40.521.602.77**, la cual se seguirá causando a la fecha de inclusión en nómina, razón por la cual se adiciona en este aspecto el fallo de primer grado.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
10/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 877.803,00	12,70	\$ 11.148.098,1
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 908.526,00	13,00	\$ 11.810.838,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.000.000,00	13,00	\$ 13.000.000,0
01/01/23	28/04/23	13,12%	\$ 1.160.000,00	3,93	\$ 4.562.666,7
Total retroactivo				\$ 40.521.602,77	

En cuanto a los intereses moratorios que fueron objeto de condena, atendiendo a que, el derecho pensional de la accionante está siendo reconocido con fundamento en la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, 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, como es el caso de la aquí demandante, pudiendo colegirse, el pago tardío de mesadas pensionales de una prestación debe ser sancionado en los términos de tal normativa, dado que no se evidencia razón que justifique el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía a la actora al tenor de lo expuesto en Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.

De ésta suerte, como quiera que la pensión de vejez fue solicitada el 10 de enero del 2020 (pág. 30 Archivo 01 expediente digital), los intereses moratorios deberían ser impuestos a partir del 11 de mayo del 2020, que sería la fecha de vencimiento del plazo de **cuatro meses** previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de Ley 797 de 2003⁶, no obstante como la Juez de

⁶ “Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de Ley 797 de 2003 “Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el petitionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte”

primer grado señaló una fecha posterior -10 de julio del 2020⁷-, se confirmará tal decisión por cuanto no se puede hacer más gravosa la situación de Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta.

En cuanto a la excepción de prescripción, propuesta oportunamente por la demandada⁸, se tiene que no está llamada a prosperar, toda vez que la exigibilidad del derecho lo fue a partir del 9 de enero del 2020 data en que el actor cumplió los 62 años de edad y tenía más de 1300 semanas cotizadas, presentando reclamación ante Colpensiones el 10 de enero del 2020 y la demanda el 22 de octubre del 2021⁹ (acta reparto archivo 2) , por lo que es claro que no transcurrió el termino trienal establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S para la operancia del fenómeno prescriptivo, tal como así lo determinó la operadora judicial de primer grado, por lo cual se prohijara tal decisión.

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 results 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.

Por otro lado, se adicionará la sentencia para autorizar a COLPENSIONES a descontar del 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

⁷ Tomo los 6 meses a partir del 10 de enero del 2020 fecha de la radicación de la reclamación del derecho pensional.

⁸ En la contestación de la demanda (pág. 4 Archivo 7), la cual se tuvo por contestada mediante auto del 21 de octubre del 2022 (Archivo 10).

⁹ Se admitió la demanda por auto del 2 de febrero del 2022 (archivo 4 expediente digital), notificada por anotación en el estado No. 016 del 3 de febrero del 2022 y a Colpensiones le fue notificado el libelo el 1º de abril del 2022 (Archivo 5 expediente digital), esto es, se notificó dentro del año establecido en el artículo 94 del C.G.P.

entidades pagadoras "descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud".

Agotada como se encuentra esta instancia, y conforme a las consideraciones expuestas se habrá de confirmar la sentencia de primera instancia, adicionándola en los puntos atrás referidos.

Sin **COSTAS** en el grado de jurisdiccional de Consulta. **COSTAS** de la apelación a cargo de la parte demandada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **PRIMERO** del fallo de primer grado en cuanto a que el retroactivo adeudado al señor ALIRIO TORRADO ALVAREZ del 10 de enero del 2020 hasta la fecha de esta sentencia (28/04/2023) asciende a **\$40.521.602,77** el cual se seguirá causando hasta la inclusión en nómina.

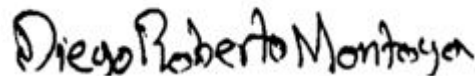
Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
10/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 877.803,00	12,70	\$ 11.148.098,1
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 908.526,00	13,00	\$ 11.810.838,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.000.000,00	13,00	\$ 13.000.000,0
01/01/23	28/04/23	13,12%	\$ 1.160.000,00	3,93	\$ 4.562.666,7
Total retroactivo				\$ 40.521.602,77	

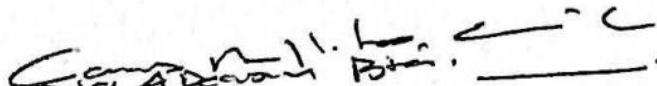
SEGUNDO: ADICIONAR la decisión del Juzgado 12 Laboral del Circuito con el fin de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a efectuar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, del retroactivo que le sea reconocido al demandante.

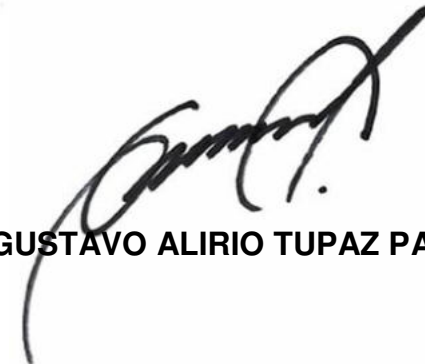
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, conforme a lo considerado.

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

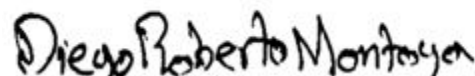
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


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 MILLAN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLARA MERCEDES ARANGO MERCADO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. (RAD. 14 2019 00552 01)

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 31 de enero de 2023 (archivo 21 Link Audiencia, récord 56:08), en la que se resolvió:

*“**PRIMERO. - DECLARAR** la ineficacia del acto de traslado que hicieron los demandantes. Señores, **CLARA MERCEDES ARANGO MERCADO** proceso 552 de 2019 (...) del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, administrado por **COLFONDOS S.A.**, señalando como consecuencia, que ningún efecto jurídico surtió tal acto y por tanto, se considera que estuvieron siempre vinculados al régimen de prima media administrado hoy por **COLPENSIONES**.*

***SEGUNDO. - ORDENAR** a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, donde se encuentran vinculados actualmente los accionantes, a trasladar a la administradora de pensiones **COLPENSIONES** el saldo total de las cuentas individuales de ahorro de los demandantes, incluyendo rendimientos financieros, sin descontar, suma alguna por de gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión ~~misma~~ (sic), mismos que deben retornarse a **COLPENSIONES**, debidamente indexados, obligación, que también se impone a los fondos hacia donde inicialmente se produjo la migración de régimen, esto es, a **COLFONDOS S.A** (...), por el lapso en que permanecieron vinculados los demandantes en esas AFP.*

TERCERO. - ORDENAR a COLPENSIONES a registrar en la historia laboral de cada uno de los aquí demandantes, los aportes que cada uno de ellos realizó, en el régimen de ahorro individual.

CUARTO. - DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo.

QUINTO. - NEGAR las pretensiones, del llamamiento en garantía que hizo **SKANDIA- ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A** a la aseguradora **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** Como consecuencia de ello, **CONDENAR a SKANDIA**, en las costas de este llamamiento en garantía, oportunamente serán tasadas.

SEXTO. CONDENAR a todos los fondos demandados, a asumir las costas del proceso.”

Inconforme con la decisión 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 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, lo cual genera, un alto impacto en el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para tales fines.

Agregó, que conforme a lo estipulado en el artículo segundo de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993 la demandante, ya se encuentra inmersa en la prohibición para trasladarse de régimen pensional, por lo que solicita se absuelva a su representada de todas las pretensiones incoadas en su contra.¹

¹ **APODERADA PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES)** Gracias, su Señoría, estando en el término legal, me permito presentar recursos de apelación para ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral, en contra de las sentencias proferidas por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, en los procesos (...) y 2019 -00552, recursos que sustento en los siguientes términos.

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: «Archivo01», páginas 35 y 36), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (página 34, ibidem), aspirando principalmente se declare la nulidad de traslado del RPM al RAIS, como consecuencia se condene a SKANDIA HOY COLPENSIONES al traslado de los aportes cotizados en el RAIS a COLPENSIONES y a dicha entidad aceptar dichos aportes y a registrarla como su afiliada, costas y agencias en derecho. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional realizado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con COLFONDOS S.A.,

Se solicita a los Honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se revoquen las sentencias proferidas por el Juez de Primera instancia en su totalidad, pues toda vez que el a quo al momento de dictar sentencia, no tuvo en cuenta la (sic) el principio de relatividad jurídica, entendido en que COLPENSIONES es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre los actores COLFONDOS, PORVENIR Y OLD MUTUAL y pues en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter-partes, por lo cual, pues independientemente de la decisión adoptada por el juez, en razón a la declaratoria o no, pues de la ineficacia de traslado de mi representada no puede ser favorecida en mi práctica con la misma, ya que como se manifestó, pues COLPENSIONES nada tuvo que ver con la decisión tomada por los actores y por lo que le solicitaron al Tribunal Sala Laboral, pues que no se condene a mi representada a recibir a los actores como afiliados de nuevo al RPM.

Pues con la decisión, pues consecuencia, declaratoria de inexistencia, pues está afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones, pues el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el artículo primero del acto legislativo 001 de 2005 pues en caso de esta condena, pues debe tenerse en cuenta el impacto al PIB y en la reserva pensional, pues que día tras día, se ha venido afectando con este tipo de procesos y le solicitó a la Sala igualmente que estudié de manera juiciosa, este escenario, en el cual la AFP, que faltó a su deber legal de información, pues no acarrea graves consecuencias con la posible declaratoria de inexistencia para mi representada COLPENSIONES que como ya se dijo es un tercero que no tuvo injerencia en relación de los actos jurídicos, pues si les acarrea, ya que con el regreso de los actores al régimen de la RPM, pues existe una alta posibilidad de un futuro reconocimiento de derechos pensionales por lo cual genera como ya se dijo un alto impacto en el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en Pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para esos fines.

Ahora bien, conforme a lo estipulado, el artículo segundo de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993 pues se señala que, según la anterior norma, los demandantes, pues ya se encuentran inmersos en la prohibición para trasladarse de régimen pensional. De esta manera dejo sustentado el recurso presentado, reiterando al Honorable Tribunal superior de Bogotá Sala laboral, que revoque los fallos proferidos por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá y pues en su lugar absuelva a mi poderdante de todas y cada una de las pretensiones incoadas en los escritos introductorios.

condenando a SKANDIA S.A. a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la accionante, incluyendo rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima, debiendo igualmente la demandada COLFONDOS S.A. reintegrar a COLPENSIONES los citados valores. 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 demandadas y negó el llamamiento en garantía de la aseguradora Mapfre Colombia. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante al momento del traslado.

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.

Así las cosas, en el expediente se registra como fecha de nacimiento de la actora el 23 de enero de 1961 (Páginas 20 y 23, archivo 02 expediente administrativo), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante COLPENSIONES el 27 de junio de 2019 (Página 4, ibidem) y ante OLD MUTUAL el 28 de junio del 2019 (Página 6, ibidem), esto es, cuando ya había alcanzado la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 57 años-; y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para 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, ni tan siquiera se encontraba afiliada al sistema de seguridad social en pensiones pues su

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”.

primera afiliación fue al ISS el 1° de agosto de 1995 (*ver historia laboral aportada por Colpensiones en el expediente administrativo*), 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:

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:

Número de Documento:

Nombre:

Dirección:

Estado Afiliación:

Cédula de Ciudadanía

42821151

CLARA MERCEDES ARANGO MERCADO

CL 53 NRO 4A 38 APTO 504

Trasladado

Fecha de Nacimiento:

Fecha Afiliación:

Correo Electrónico:

Ubicación:

23/01/1961

24/08/1995

claraango@hotmail.com

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
860007386	UNIVERSIDAD DE LOS A	01/08/1995	30/11/1995	\$240.000	17,14	0,00	0,00	17,14
860007386	UNIVERSIDAD DE LOS A	01/02/1996	30/04/1996	\$300.000	12,86	0,00	0,00	12,86
860007386	UNIVERSIDAD DE LOS A	01/05/1996	31/05/1996	\$150.000	2,14	0,00	0,00	2,14
860007386	UNIVERSIDAD DE LOS A	01/09/1996	30/11/1996	\$300.000	12,86	0,00	0,00	12,86
860007386	UNIVERSIDAD DE LOS A	01/12/1996	31/12/1996	\$10.000	0,14	0,00	0,00	0,14
860007386	UNIVERSIDAD DE LOS A	01/02/1997	30/06/1997	\$540.000	21,43	0,00	0,00	21,43
860007386	UNIVERSIDAD DE LOS A	01/09/1997	31/12/1997	\$540.000	17,14	0,00	0,00	17,14
860007386	UNIVERSIDAD DE LOS A	01/03/1998	30/06/1998	\$450.000	17,14	0,00	0,00	17,14
					[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:			
					100,86			

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 **1° de marzo de 2000 con fecha de efectividad 01 de mayo de 2000** (páginas 19 y 153, «*Archivo 01 expediente digital*»), por afiliación que hiciera a COLFONDOS S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³ 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 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 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 sentencias CSJ

⁴ «Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por

el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

“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 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 accionante⁵ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que cuando ingresó a la laboral a la UNIVERSIDAD DEL EXTERNADO la oficina de recursos humanos le dio el formulario de la AFP COLFONDOS para que lo firmara. La actora indica que para ese momento no había un asesor de dicha AFP y que no le explicaron características del régimen, ni mucho menos los requisitos para pensionarse.

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

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (página 19, Archivo 01 expediente digital), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la

⁵ Audiencia 21 de noviembre del 2022, récord 15:33

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, COLFONDOS S.A., no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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:

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (1° de marzo del 2000, efectivo el 01 de mayo del 2000) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia 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 SKANDIA (fondo actual al que se encuentra afiliada la actora) , del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto, aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, en relación con el principio de la relatividad jurídica, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima

media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliada.

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de COLPENSIONES, que se adicionará el ordinal segundo del fallo de primer grado, en cuanto a la devolución indicada, COLFONDOS S.A. y SKANDIAN S.A. deben devolver a COLPENSIONES, además de lo ordenado por la *a quo* las **comisiones**, 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**».*

Precisándose, 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 adocrinó 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.

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).

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁶, a favor de quien se surte la consulta (página 226, «*Archivo 01*»), 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, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará la sentencia en los puntos anteriormente expuestos y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a **COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A.** devolver a **COLPENSIONES** además de lo ordenado por la Juez *a quo* las **comisiones** debidamente **indexadas**

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 7 de marzo de 2022 (Págs. 288, 289 «01ExpedienteDigital.pdf»).

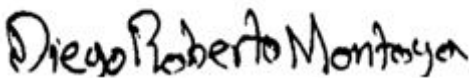
con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, conforme lo considerado.

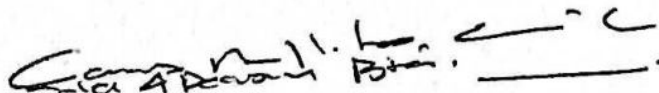
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia 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 ROMI DAYANA BERRIOS AZUL S.A.S. CONTRA TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S. (RAD. 15 2021 00183 02).

Bogotá D.C. veintiocho (28) de abril 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,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la sociedad **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.**, contra la sentencia proferida por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de octubre de 2022 (59Audiencia20221019.mp4, récord 02:46:39), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora ROMI DAYANA BERRIOS CUESTA y la demandada TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 26 de julio de 2018 y que tuvo su vigencia hasta el 27 de julio del año 2020 en el cargo de asesor de recaudo, devengando la señora demandante una asignación salarial básica \$876.803 y el cual fue terminado en forma unilateral y sin justa causa por parte de la empleadora, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandada TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S, al pago a favor de la señora demandante de la suma de \$2.547.438 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la cual se pagará debidamente indexada desde el 27 de julio del año 2020, hasta su momento efectivo de pago, todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO: ABSOLVER a la parte demandada de las demás pretensiones invocadas en la acción, específicamente y especialmente en lo que tiene que ver con el reintegro, reliquidación de derechos laborales pagados al momento de la terminación y pago de indemnización por no entrega de dotación y frente a estas declarar demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, conforme se expuso en la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a medio salario mínimo legal vigente para el año 2022.”.

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación¹, frente a la condena que recae sobre la indemnización por despido sin

¹ **Recurso TOUR VACATION (2:51:04):** “Gracias señor juez, entonces frente a estas aclaraciones proceda a presentar el recurso de apelación contra la sentencia acabada de proferir por su Honorable Despacho, únicamente en los aspectos que le fueron desfavorables a mi representada, esto es frente a la indemnización por despido sin justa causa o la condena emitida al respecto.

En ese sentido, pues me permito hacer alusión al pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia, el cual como indique en los alegatos de conclusión, si bien es de vieja data, pues ha sido incluido por la Sala de Casación Laboral en el reciente compendio jurisprudencial con ocasión a la pandemia del COVID-19, en esa oportunidad en sentencia 5122 del 18 de febrero de 1976, con ponencia del Dr. Juan Hernández Sáenz, publicada en la Gaceta Oficial tomó CL 2 número 2393, páginas 602 – 60, se indicó que el problema jurídico que en ese momento debía resolver la sala era determinar si la fuerza mayor o caso fortuito procedía como circunstancia exonerativa de responsabilidad en caso de terminación del contrato de trabajo y pues con esto concluirse el despido en su momento de la actora fue justificado o no, como antecedentes la parte actora solicitaba la indemnización por despido sin justa causa, que es la que nos ocupa en esta oportunidad y por la mora en la que incurrió la empresa demandada, como sustento de sus pretensiones en esa oportunidad expresó que la fuerza mayor o caso fortuito no constituyen en la legislación laboral como causales de terminación de los contratos de trabajo que es precisamente el ataque o el reproche que se manifiesta contra la sentencia acabada de proferir e igual argumento dio en esa oportunidad la parte demandante y que resolvió en esa oportunidad la Honorable Corte Suprema de Justicia, dijo en el ámbito laboral, cuando la fuerza mayor o caso fortuito aparezcan realmente comprobados hace cesar el contrato por imposibilidad absoluta de continuar la prestación del servicio y sin que ninguna de las partes tenga responsabilidad en ello, ninguno de los dos contratantes es culpable del infortunio de su antigua contraparte, ni por ende está obligado a indemnizar perjuicios y esto aquí quiero hacer o solicitó a los Honorables Magistrados se aplique este precedente judicial vinculante y de obligatorio cumplimiento plasmado en esta sentencia acabada de referenciar, pues porque coinciden los elementos fácticos y jurídicos de las situaciones que se invoca en esta oportunidad y pues del medio o de la defensa planteada por la sociedad demandada, y esto es que el caso fortuito y la fuerza mayor el constituyen una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo de la demandante y por ende pues se debe absolver a mi representada de esta condena impuesta por el señor Juez de primera instancia.

También debe tenerse en cuenta, pues que el objeto social de mi representada es el relacionado con el alojamiento, alimentación y apoyo vivencial en campamentos, cafeterías, clubes sociales, apartamentos y edificios similares en todas sus formas y que la actividad principal económica de la demandada según consta en certificado de existencia y representación está debidamente comprobado son las actividades de agencias de viajes, según el código actividad económica CIU con el código 7911.

Asimismo, pues es un hecho notorio y que nos afectó pues de forma directa a la población mundial y que hemos tenido que afrontar o que tenía que afrontar la empresa Tour Vacation y pues todos los presentes en esta oportunidad a raíz del contagio pues masivo provocado por el COVID-19, fue un hecho irresistible, imprevisible que mi representada de ninguna forma podía, pues adelantarse a este acontecimiento y pues quiero hacer alusión a que esté afecto más o mayormente o de forma protuberante importante a distintos sectores de la economía, pero principalmente a las actividades hoteleras y turísticas, como son las que ejercen mi representada de forma principal, esto como quedo comprobado ósea, no sólo mi representad, adujo o se basó en este hecho notorio para la población mundial, sino que también aportó pruebas contundentes relativas a demostrar pues esa situación económica por la que tuvo que atravesar y esto fue pues el inicio del proceso de trámite de negociación de emergencia a un acuerdo de reorganización ante la Superintendencia, sufrir el cierre definitivo del Hotel Carla, el cierre temporal del Hotel Amazon, Madre Selva el hotel entre otros, y la apertura gradual de los demás establecimientos hoteleros que a la fecha, pues aún no funcionan con normalidad, pues se cuenta con los límites o restricciones de aforo.

Asimismo, paso pues de una ocupación en los meses de enero a febrero de aproximadamente de 27.000 pasajeros movilizados a contar con 12.502 pasajeros en el mes de marzo y 0 en los meses de abril a julio del 2020, presentándose pues una disminución del 59% de pasajeros movilizados en los meses de enero a julio de 2020 respecto del año anterior, pues como se certificó y obra en el expediente ya si se analizan las cifras únicamente entre los meses de enero a abril de 2020 respecto a estos meses del año anterior, se obtuvo una disminución de pasajeros movilizados del 78%, en el periodo de marzo a julio del 2020 también se cambiaron el estado de las reservas de 13.314 operaciones de reservas a fecha abierta y esto pues debido a la imposibilidad de prestar el servicio en las fechas inicialmente pactadas y si se examina pues específicamente los meses de abril a marzo del 2020 también se ve obligada a pasar 6155 reservas a fecha abierta, también debido a esta imposibilidad de prestar los servicios, presentó una reducción del 99% de sus ingresos para el mes de abril del 2020, 93% para mayo del 2020 y 96% para el mes de junio del 2020, además, pues como se demostró con las certificaciones estadísticas expedidas por el DANE, el sector del turismo y el turístico hotelero se vio gravemente afectado pasando a tener ocupaciones incluso en porcentajes del 0%, situación pues que vino a ratificar aquí la testigo Luz Dary Bernal y dio cuenta de todas y cada una de las situaciones económicas por la que ha tuvo que presentar o atravesar mi representada Tour Vacation e incluso hizo alusión a situaciones financieras o como la empresa tuvo que recurrir a todas estas situaciones antes mencionadas, el cierre

justa causa. Al respecto, manifestó, la Honorable Corte Suprema de Justicia desde vieja data en su Sala de Casación Laboral y con ocasión a la pandemia del COVID-19 (sentencia 5122 del 18 de febrero de 1976), indicó que el problema jurídico que en ese momento debía resolver la sala era determinar si la fuerza mayor o caso fortuito procedía como circunstancia exonerativa de responsabilidad en caso de terminación del contrato de trabajo, resolviendo en dicha oportunidad que, cuando la fuerza mayor o caso fortuito aparezcan realmente comprobados hace cesar el contrato por imposibilidad absoluta de continuar la prestación del servicio y sin que ninguna de las partes tenga responsabilidad en ello, además, ninguno de los dos contratantes es culpable del infortunio y por ende no está obligado a indemnizar perjuicios. En su sentir, este precedente judicial es vinculante y de obligatorio cumplimiento porque coinciden los elementos fácticos y jurídicos de las situaciones que se invocan en esta oportunidad así como del medio de defensa planteado, constituyendo entonces, el caso fortuito y la fuerza mayor una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo de la demandante y por se debe absolver a la enjuiciada.

Agregó, debe tenerse en cuenta que el objeto social de la demandada está relacionado con el alojamiento, alimentación y apoyo vivencial en campamentos, cafeterías, clubes sociales, apartamentos y edificios similares en todas sus formas, siendo la actividad principal económica, según consta en certificado de existencia y representación legal, las actividades de agencias de viajes, con el código CIU No. 7911.

Asimismo adujo, se trató de un hecho notorio y que afectó de forma directa a la población mundial y que tuvo que afrontar o la empresa Tour Vacation a raíz del contagio masivo provocado por el COVID-19, constituyéndose en un hecho imprevisible e irresistible, siendo viéndose afectados distintos sectores de la economía, pero principalmente a las actividades hoteleras y turísticas, aunado a ello, indicó que se aportaron pruebas contundentes y relativas a demostrar la situación económica que atravesó la empresa, dándose apertura a un acuerdo de

temporal de establecimientos, el inicio del proceso de reorganización y esto lo dio cuenta en atención al cargo que desempeñaba para ese momento con la empresa.

Entonces, insisto, no estamos ante un caso pues que se le hubiese terminado el contrato de trabajo a la demandante, pues si la empresa hubiese continuado su operación sin ninguna eventualidad, pues es claro que aquí existe una fuerza mayor que devino en una existencia de una justa causa, entonces por estas situaciones y las ya manifestadas y el análisis de la testigo Luz Dary Bernal solicitó a los honorables magistrados estudien nuevamente la terminación del contrato de trabajo de la demandante, considerando que este constituyó una justa causa y por ende no hay lugar al pago de la indemnización que en esta oportunidad o bajo la condena que en esta oportunidad emitió el juez de primera instancia, eso sí, hago alusión a que se trata de un análisis bastante juicioso del operador judicial en esta oportunidad del cual únicamente me aparto de esta indemnización, en todo lo demás pues solicitó se mantenga la absolución de mi representada y en estos términos dejó sustentado mi recurso de apelación su señoría, muchas gracias.”.

reorganización ante la Superintendencia, asumiendo el cierre definitivo del Hotel Carla, el cierre temporal del Hotel Amazon, Hotel Madre Selva, entre otros, así como la apertura gradual de los demás establecimientos hoteleros que a la fecha no funcionan con normalidad, al tener límites o restricciones de aforo.

Explicó, la sociedad pasó de una ocupación en los meses de enero a febrero de 27.000 pasajeros movilizados a 12.502 en el mes de marzo y 0 en los meses de abril a julio del 2020, presentándose una disminución del 59% de pasajeros movilizados en los meses de enero a julio de 2020 respecto del año anterior, conforme se prueba con la certificación que analiza las cifras entre los meses de enero a abril de 2020, obteniendo una disminución de pasajeros movilizados del 78%, así como en el periodo de marzo a julio del 2020 se cambió el estado de las reservas de 13.314 operaciones a fecha abierta, esto, debido a la imposibilidad de prestar el servicio en las fechas inicialmente pactadas. Específicamente los meses de abril a marzo del 2020 también se vio obligada a pasar 6.155 reservas a fecha abierta, presentando una reducción del 99% de los ingresos para el mes de abril del 2020, 93% para mayo del 2020 y 96% para el mes de junio del 2020, quedando demostrado que el sector turismo y hotelero se vio gravemente afectado pasando a tener ocupaciones incluso en porcentajes del 0%, situación que además, ratificó la testigo Luz Dary Bernal al exponer sobre la situación financiera, cierre temporal de establecimientos e inicio del proceso de reorganización.

Concluyó, es claro que aquí existe una fuerza mayor que devino en una existencia de una justa causa, entonces por estas situaciones la terminación del contrato de trabajo de la demandante constituyó una justa causa y por ende no hay lugar al pago de la indemnización por despido.

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 ROMI DAYANA BERRIOS CUESTA en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones de la demanda (páginas 27 a 32, archivo 01) los cuales encuentran sustento en los hechos relatados en las páginas 1 a 8, ibidem), solicitando se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 27 de julio del 2018, hasta el 27 de julio del 2020, contratada con el cargo de Asesor Recaudo, devengando un salario de \$ 2.174.210, se declare que el que el despido fue ilegal y sin efecto alguno, al no contar con la anuencia de la autoridad de trabajo competente y al no realizarse, con los requisitos, para la terminación unilateral del contrato,

imputable al empleador, declarándose el reintegro definitivo y sin solución de continuidad, a falta de entrega de dotación y por ende, se declaren los respectivos daños y perjuicios, así como la mala fe de la empresa demandada por el no pago en su totalidad de la liquidación de prestaciones sociales. Consecuente con ello, solicitó la señora Romi Dayana Berrios Cuesta se condene al reintegro sin solución de continuidad por ser sujeto de especial protección en la pandemia, facultades extra y ultra petita, costas indemnización por daños y perjuicios causados por la no entrega de dotación. Subsidiariamente, solicitó se condene al reconocimiento y pago de la indemnización por despido, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., indexación y reliquidación de la liquidación final de acuerdo al salario realmente devengado.

Obtuvo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto se condenó a la demandada a pagar a la demandante la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del C.S.T en cuantía de \$2.543.438 debidamente indexada, absolviéndose a la parte demandada del pretendido reintegro, reliquidación de derechos laborales y pago de perjuicios por no entrega de dotación. Lo anterior tras considerar el *a quo*, si bien la demandada invocó una fuerza mayor o caso fortuito en la carta de terminación, lo cierto es que en el artículo 64 del C.S.T. va envuelta la condición resolutoria del contrato de trabajo, adicionalmente las causas legales de terminación están contempladas en el artículo 61 del C.S.T. así como las justas causas previstas en el artículo 62 de la misma codificación, sin que se contemple la fuerza mayor o caso fortuito como un modo legal o justa causa de terminación. Tuvo en cuenta que dado el principio protector y el carácter de orden público de dicha norma el empleador no puede crear justas causas para la terminación el contrato, advirtió, el artículo 51 del C.S.T. es una causal de suspensión del contrato, por ende, si bien la empresa presentó una situación generada por el COVID -19, lo cierto es que el riesgo de la situación empresarial no puede ser asumida por el trabajador, declarando para tal efecto, que la empresa terminó el contrato sin justa causa. Frente a las demás pretensiones adujo el juzgador, el reintegro solo procede de manera taxativa en los casos de fuero de maternidad, sindical, pre pensionado y salud, en los cuales no se encuentra la aquí demandante, tornándose improcedente. Igualmente consideró, la demandante reclamó la reliquidación de los conceptos laborales teniendo en cuenta el salario de \$2.174.210, monto que no fue probado en esta litis conforme a lo previsto en el artículo 167 del C.G.P., aunado a que el juzgador verificó el salario promedio con los desprendibles de pago aportados, coincidiendo con el monto base tomado por la demandada para efectuar la liquidación.

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).

Así las cosas, previo a analizar de fondo los motivos expuestos en la alzada, es menester precisar, no fue motivo de controversia la existencia de la relación laboral entre ROMI DAYANA BERRIOS CUESTA y la sociedad TOUR VACATION S.A.S, mediante contrato de trabajo indefinido entre el 26 de julio de 2018 y el 27 de julio del año 2020, ocupando la demandante el cargo de asesor de recaudo, devengando una asignación salarial básica \$876.803; circunstancias que no fueron objeto de alzada al declararse así por el juzgador de primer grado.

En este orden, y teniendo en cuenta los antecedentes procesales relacionados, se definirá como problema jurídico que debe desatar esta Sala, el de determinar si la terminación del contrato de trabajo de la demandante estuvo precedida de una justa causa o modo legal de terminación del contrato, al aducir la encartada que acaeció debido a una situación de fuerza mayor fortuito, originado por la emergencia sanitaria (COVID-19).

Bajo tal orientación, 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 (...)”* de manera que, la terminación del contrato de trabajo corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en aquellos casos en los cuales se incumpla, por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

Por su parte, el parágrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*, advirtiéndose entonces que, al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa².

De tal suerte, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada mediante comunicación del 27 de julio de 2020; documento obrante en el archivo 11, páginas 1 a 5.

² Sentencia 28 de Julio de 2021, radicado SL-3482 de 2021 Magistrada Ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo *“(…) El empleador tiene la carga de probar la ocurrencia de los motivos aducidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral, por lo que es necesario que se complemente con otros medios de convicción -la carta de despido es el mero acto formal mediante el cual el empleador comunica al trabajador la decisión de terminación, sus causas y fundamentos.”*

En dicha misiva, la enjuiciada alegó como causa de despido la situación de emergencia sanitaria con ocasión al COVID-19, lo cual afectó gravemente su actividad económica, dando lugar a la configuración de una fuerza mayor como causa de despido. Es decir, TOUR VACATION HOTEL AZUL S.A.S, arguyó la fuerza mayor como causa del despido, en razón a que no pudo continuar ejecutando su objeto social por circunstancias imprevisibles e irresistibles, por lo cual la demandante ROMI DAYANA BERRIOS CUESTA no podía prestar el servicio, dando lugar a la finalización del contrato por imposibilidad absoluta.

Bajo esta premisa, es pertinente exponer sobre las causales previstas para dar terminado al contrato de trabajo, teniendo en cuenta que el artículo 61 del C.S.T. establece las causales objetivas o legales y el artículo 62 las causales subjetivas:

“ARTICULO 61. TERMINACION DEL CONTRATO.

1. El contrato de trabajo termina:

- a). Por muerte del trabajador;*
- b). Por mutuo consentimiento;*
- c). Por expiración del plazo fijo pactado;*
- d). Por terminación de la obra o labor contratada;*
- e). Por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento;*
- f). Por suspensión de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días;*
- g). Por sentencia ejecutoriada;*
- h). Por decisión unilateral en los casos de los artículos 7o., del Decreto-ley 2351 de 1965, y 6o. de esta ley;*
- i). Por no regresar el trabajador a su empleo, al desaparecer las causas de la suspensión del contrato.”.*

Por su parte, el artículo 62, ibidem, prevé:

“Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

- 1. El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido.*
- 2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el {empleador}, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.*
- 3. Todo acto grave de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del {empleador}, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores.*
- 4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.*
- 5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores.*
- 6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.*
- 7. La detención preventiva del trabajador por más de treinta (30) días, a menos que posteriormente sea absuelto; o el arresto correccional que exceda de ocho (8) días, o aun por tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato.*

8. El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa.
 9. El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del {empleador}.
 10. La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales.
 11. Todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento.
 12. La renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas, prescritas por el médico del {empleador} o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes.
 13. La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada.
 14. El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa.
 15. La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al {empleador} de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.
- En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el {empleador} deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días.”.

Así las cosas, revisada la normatividad en cita, se extrae, la fuerza mayor o caso fortuito no se encuentra enlistada como una justa causa o un modo legal de terminación del contrato de trabajo, pese a ser el argumento central de la demandada en el recurso de apelación.

Dicho lo anterior los efectos o análisis de la fuerza mayor, derivada de la pandemia del Covid – 19, como medio exculpatario para acceder a una calificación de justa a la terminación unilateral que del contrato efectuó el empleador, no tiene asidero legal en el caso que nos ocupa ahora la atención, análisis que seguramente habría de abordarse cuando se decreta la suspensión del contrato de trabajo por esas razones, lo que imposibilitaría temporalmente la ejecución del contrato, aspecto que como se ha visto no es el de autos.

En otro giro, si bien se presenta en el archivo 30.AnexoCorreo2021806.pdf, información relativa a los estudios efectuados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE- en época de COVID y el testimonio rendido por la señora LUZ DARY BERNAL GONZÁLEZ (59Audiencia20221019.mp4), quién corroboró que, en efecto, la sociedad demandada tuvo que cerrar por un tiempo prolongado varios establecimientos de comercio en los que operaba, esto, en atención a la baja del sector turístico y las restricciones dadas por el Gobierno Nacional en la pandemia, lo cierto es que la demandada cimentó la terminación del contrato en la causal de fuerza mayor o caso fortuito cuando la misma no está enlistada en los artículos 61 ni 62 del C.S.T., como ya se explicó, siendo procedente que el empleador asuma el pago de los perjuicios causados por terminar el contrato de manera injustificada, así lo dispuso la CSJ en sentencia SL 1393 de 2022: “El artículo 64 del CST, modificado por el artículo 8 del Decreto 2351 de 1965,

*contempla la indemnización de perjuicios a cargo de **quien rompe injustamente el contrato de trabajo, lo cual constituye el resarcimiento de perjuicios que involucra, por disposición legal, tanto el lucro cesante como el daño emergente***. (Negrilla fuera del texto).

Por ende, en virtud de que el empleador dio por terminado el contrato de trabajo por “fuerza mayor”, la cual no está establecida como causal legal ni justa para dar por terminada la relación laboral, se colige que el contrato de trabajo fue terminado por la demandada de manera unilateral, ilegal e injusta, es más, solo en gracia de la discusión, si como lo advierte la testigo LUZ DARY BERNAL GONZÁLEZ, la accionada tuvo que cerrar varios establecimientos por un lapso, debió acogerse a lo normado en el artículo 466 del C.S.T., asumiendo en todo caso el pago de la indemnización a que hubiere lugar, esto es, la eventual o presunta presencia de las figuras de la fuerza mayor o caso fortuito, no eclipsan las indemnizaciones que se generan por la ruptura unilateral del contrato de trabajo.

Se reitera, si bien la crisis de emergencia sanitaria ocasionada por el COVID – 19, fue un hecho notorio y la emergencia no se puede atribuir a la demandada, las obligaciones laborales de los empleadores no fueron suspendidas con ocasión a la pandemia y, por ende, no era viable terminar el contrato de trabajo por una fuerza mayor presuntamente atribuida al Covid, pues como se refirió, la fuerza mayor es una causa de suspensión del contrato de trabajo **más no de terminación justa del vínculo laboral**, no pudiéndose entonces, acceder a lo reclamado por la parte demandada cuando el mismo legislador previos los casos taxativamente.

En tal sentido, agotada la competencia en esta instancia analizados los puntos objeto de apelación, habiéndose arribado a similares conclusiones a las halladas por el juez a quo, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primera instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

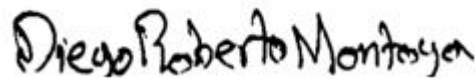
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

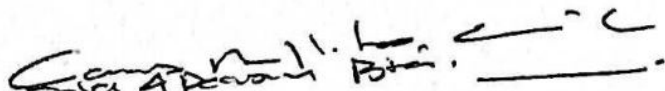
RESUELVE

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

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

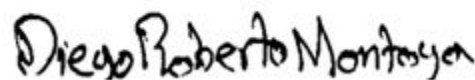
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


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 \$500.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

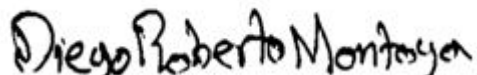
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HUMBERTO JIMENEZ FORERO contra MEDIMAS EPS, FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA y SDV ENERGIA E INFRAESTRUCTURA S.L. (RAD. 16 2019 00850 01).

Bogotá D.C., Veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado FELIPE MEJIA BOCANEGRA como apoderada sustituta de la demandada MEDIMAS EPS S.A.S EN LIQUIDACIÓN, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por SONIA ALEJANDRA LUNA CASALLAS.



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 el siguiente,

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida

por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de julio del 2022 (Audio archivo 55 récord 1:25:20 Expediente virtual), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas MEDIMAS E.P.S., COLFONDOS AFP, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. y a la demandada SDB ENERGÍA E INFRAESTRUCTURA SL de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por el demandante señor HUMBERTO JIMÉNEZ FORERO.

SEGUNDO: SE DECLARAN probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas propuestas por MEDIMAS E.P.S., COLFONDOS S.A. Y SDB ENERGÍA E INFRAESTRUCTURA SL, así como la de falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., asimismo la de prescripción respecto de las peticiones de reliquidación por incapacidades conforme se consideró en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SE CONDENA en costas de la instancia a la parte demandante practíquese la liquidación por Secretaría incluyendo como valor de las agencias en derecho el monto de \$250.000, en favor de cada una de las demandadas.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Al efecto refirió, se encuentra inconforme con la condena impuesta por costas, aduciendo al actor le dejaron de pagar las incapacidades y por ese solo hecho no se puede proferir condena.

Por otro lado, expresa que la demanda se elevó con una pretensión abierta y es que se cancelaran todas las incapacidades hasta el día 540 y las que se emitieran con posterioridad incluyendo hasta el año 2022, precisando si bien se recibió un pago de \$28.644.933 por parte de MEDIMAS EPS y \$5.000.000 por COLFONDOS y que esta entidad con posterioridad al año 2019 emite un documento donde señala que reconoce la pensión junto con un retroactivo, en su sentir existe un vacío frente a los pagos que menciona MEDIMAS EPS ya que indica unas fechas que nada tienen que ver pues desde noviembre del año 2019 el actor no recibe dinero afectándose así su mínimo vital, reiterando no siendo dable que lo condenen en costas.

Manifiesta que el juez tiene facultades ultra y extra petita, por lo que a pesar de que la parte demandante no dé una fecha exacta de hasta cuando se le pagaron las incapacidades sí está acreditado que “*apenas hace poco*” fue reconocida su pensión y fue suspendida, por lo que no se puede decir que ya se le pagaron las incapacidades posteriores a los 540 días, solicitando por ende se revisen las

pruebas y los pagos efectuados pues considera hacen falta por cancelar unas incapacidades. (Audio archivo 55 récord 1:27:05 Expediente virtual¹)

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 las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (págs. 208 a 221 pdf Archivo 001 Expediente digital) las cuales encuentran sustento en los hechos relatados en las páginas 221 a 231 ibidem; solicitando se condene al pago de las incapacidades posteriores a los 540 días y las acumuladas (del 5 de marzo del 2015 al 14 de noviembre del 2019), se ordene el pago de las incapacidades

¹ **APODERADA PARTE DEMANDANTE:** Gracias señor Juez me permito presentar recurso de apelación fundamentándolo de la siguiente manera, se encuentra la parte demandante sorprendida toda vez de que a una persona de que le han que le han dejado de pagar las incapacidades hoy tiene hoy está condenada en costas, en el fallo de primera instancia que se acaba de emitir manifiesta el juzgado que fue probado que cada una de las demandadas pagó lo que debía de pagar que no hay ninguna deuda posterior a los 540 días, la demanda se presentó con una pretensión abierta sí los 540 días quiere decir todas las incapacidades posteriores a esos 540 días incluyendo hasta la fecha, hasta el 2022 que se probó dentro del proceso que las mismas demandadas lo demostraron y que se aprobó por parte de la demandada que fueron pagados 28 millones de pesos \$28'644.933 por parte de MEDIMAS, que fueron pagados 5 millones de pesos por parte de COLFONDOS, hasta ahí fue probado que se probó posterior a la fecha del 2019 que COLFONDOS, emitió un documento donde le dicen a mi representado le reconocemos la pensión y adicional a eso usted tiene un retroactivo que se lo vamos a pagar más adelante dicen que la EPS MEDIMAS, hizo unos pagos y mencionan unas fechas que nada tiene que ver con las fechas que dice MEDIMAS, entonces aquí hay un vacío grandísimo porque se está dando por pagadas unas incapacidades de las cuales mi representado jamás recibió un dinero ósea estamos hablando, que desde noviembre de 2019 que fue hasta la fecha que se reconoce Medimás que recibió que se le pagó un dinero a mi representado, mi representado no recibe nada o sea es un mínimo vital y hoy el despacho dice que tiene que pagar antes costas o sea eso es algo que la verdad no me cabe en la cabeza. Está bien lo del IBC, se pidió dentro de la demanda porque inicialmente como lo manifesté al despacho ha habido una contrariedad en cuanto a los reportes de IBC ha habido una contrariedad en cuanto cuál era el básico que todas esas cosas quedaron claras en el interrogatorio eso quedó claro y no hay objeción eso es la única parte en la que estoy de acuerdo con el despacho que él IBC si fue bien reportado, sin embargo no estoy de acuerdo con la totalidad del fallo toda vez que a mi representado no se le han pagado la totalidad de las incapacidades recordemos que el juez tiene la facultad ultra y extra petita sí, siendo un principio a nivel doctrinario y jurisprudencial donde el juez puede fallar sobre cuestiones o peticiones no solicitadas y a pesar de que la parte demandante no dé una fecha es exacta hasta el de pago de incapacidades si fue probado por esta parte que mi representado apenas hace poco fue reconocida su pensión y fue suspendida a él no le han dado ni un peso o sea él no le han dado dinero solo ha recibido 28 millones de pesos es como decir que ya se le pagó las incapacidades posteriores a 540 entonces solicito a al Tribunal que por favor analice de una forma más profunda cada una de las pruebas presentadas por la parte demandante que mire con detalle los pagos realizados y no de forma superflua ya que la parte demandante sí probó dentro del proceso que hacen falta unos pagos de incapacidad bajo esos argumentos solicitó su señoría se revoque totalmente el fallo de primera instancia muchas gracias.

conforme al IBC reportado por el empleador, la reliquidación de las incapacidades que no fueron liquidadas conforme al IBC reportado por el empleador (2 de septiembre del 2013 a 4 de marzo del 2015), daños y perjuicios sufridos, intereses moratorios por el no pago de las incapacidades, costas del proceso, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia totalmente desfavorable a sus aspiraciones**, pues el juez a quo, negó la totalidad de las pretensiones e impuso condena en costas a la parte demandante. Lo anterior tras considerar que tanto COLFONDOS como la EPS MEDIMAS si cancelaron y pagaron todas las incapacidades que se encuentra recobrando el demandante, incluso las causadas con posterioridad al día 540 que adujo están siendo asumidas por la EPS, frente a la reliquidación señaló no demostrarse cual fue el pago deficitario que le hicieron ni cual fue el IBC que se debía tomar en aras de establecer si se generó una diferencia y en todo caso indicó que tal reliquidación estaría prescrita pues la demanda se presentó el 12 de diciembre del 2019, corriendo con los efectos de dicho fenómeno todas las incapacidades reclamadas con anterioridad al 12 de diciembre del 2016, finalmente señaló la improcedencia de los daños y perjuicios e intereses moratorios pues los mismos no se causaron.

Conforme lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la parte actora 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*).

Preliminarmente advierte la Sala, ante esta instancia tan solo se encuentra en discusión el pago de las incapacidades posteriores al día 540 y concretamente a partir del mes de noviembre del 2019 en los términos de la alzada.

Precisado lo anterior, se tiene que el subsidio por incapacidad laboral en razón de una enfermedad no profesional, contenido en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993², constituye una prestación propia del sistema de seguridad social que busca

² “**ARTÍCULO 206. INCAPACIDADES.** Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional<6> y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se

amparar las contingencias surgidas con ocasión de perturbaciones en la salud de los trabajadores dependientes o independientes, lo cual está en consonancia con los fines proteccionistas del derecho a la seguridad social, previsto en el artículo 48 de la Constitución Política.

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

Teniendo en cuenta el desarrollo normativo surgido con posterioridad al mencionado artículo 206 de la Ley 100 de 1993, el responsable del reconocimiento y pago de la referida incapacidad dependerá de la duración de la misma, así: a cargo del empleador los dos primeros días y de la EPS entre los días 3 y 180. A partir del día 181 y hasta el día 540, dichos pagos están a cargo de la Administradora de Pensiones y nuevamente, a partir del día 541, dichos costos vuelven a corresponder a la EPS.

En ese entendido, se tiene que conforme a la documental aportada por la enjuiciada MEDIMAS EPS y lo referido en su contestación (Ver carpeta 07 expediente digital, archivo: *certificado de incapacidades completo*), la misma empezó a cancelar las incapacidades desde el día 570, esto es, desde la incapacidad generada del 29 de agosto del 2017 al 12 de septiembre del 2017, en atención a que la constitución de esa EPS se dio con la Resolución 2426 del 19 de julio del 2017 de la Superintendencia de Salud y solo a partir del 1° de agosto del 2017 inició con su función de aseguramiento en salud.

financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.”

EXP. No. 16 2019 00850 01 HUMBERTO JIMENEZ FORERO contra MEDIMAS EPS, FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA y SDV ENERGIA E INFRAESTRUCTURA S.L.

Fecha Inicio	Fecha Fin	Origen	Dias otorgados	Dias Acumulados	Diagnostico - CIE 10	días Liquidados	Factura	Valor Liquidado	Estado Incapacidad/causal de no reconocimiento
29/08/2017	12/09/2017	Enfermedad General	15	570	M511	15	FLL166923	\$ 368.865	Pagada
13/09/2017	12/10/2017	Enfermedad General	30	585	M511	30	FLL166923	\$ 737.730	Pagada
13/10/2017	11/11/2017	Enfermedad General	30	615	M511	30	FLL166923	\$ 737.730	Pagada
14/11/2017	28/11/2017	Enfermedad General	15	645	M511	15	FLL166923	\$ 368.865	Pagada
29/11/2017	28/12/2017	Enfermedad General	30	660	M511	30	FLL166923	\$ 737.730	Pagada
29/12/2017	27/01/2018	Enfermedad General	30	690	M511	30	FLL166923	\$ 737.730	Pagada
28/01/2018	26/02/2018	Enfermedad General	30	720	M511	30	FLL166923	\$ 512.213	Pagada
1/03/2018	30/03/2018	Enfermedad General	30	750	M511	30	FLL166923	\$ 781.230	Pagada
31/03/2018	9/04/2018	Enfermedad General	10	780	M511	10	FLL166923	\$ 260.410	Pagada
13/04/2018	27/04/2018	Enfermedad General	15	790	M511	15	FLL166923	\$ 390.615	Pagada
4/05/2018	18/05/2018	Enfermedad General	15	805	M511	15	FLL166923	\$ 390.615	Pagada
25/05/2018	8/06/2018	Enfermedad General	15	820	M511	15	FLL166923	\$ 390.615	Pagada
9/06/2018	23/06/2018	Enfermedad General	15	835	M511	15	FLL166923	\$ 390.615	Pagada
26/06/2018	10/07/2018	Enfermedad General	15	850	M511	15	FLL166923	\$ 390.615	Pagada
13/07/2018	27/07/2018	Enfermedad General	15	865	M511	15	FLL166923	\$ 390.615	Pagada
30/07/2018	13/08/2018	Enfermedad General	15	880	M511	15	FLL166923	\$ 390.615	Pagada
14/08/2018	12/09/2018	Enfermedad General	30	895	M511	30	FLL166923	\$ 781.230	Pagada
13/09/2018	12/10/2018	Enfermedad General	30	925	M511	30	FLL166923	\$ 781.230	Pagada
13/10/2018	11/11/2018	Enfermedad General	30	955	M511	30	FLL166923	\$ 781.230	Pagada
14/11/2018	23/11/2018	Enfermedad General	10	985	M511	10	FLL370585	\$ 260.410	Pagada
27/11/2018	11/12/2018	Enfermedad General	15	995	M511	15	FLL166923	\$ 390.615	Pagada
22/12/2018	5/01/2019	Enfermedad General	15	1010	M511	15	FLL166923	\$ 390.615	Pagada
9/01/2019	23/01/2019	Enfermedad General	15	1025	M511	15	FLL370585	\$ 414.058	Pagada
31/01/2019	14/02/2019	Enfermedad General	15	1040	M511	15	FLL370585	\$ 414.058	Pagada
18/02/2019	4/03/2019	Enfermedad General	15	1055	M511	15	FLL370585	\$ 414.060	Pagada
9/03/2019	23/03/2019	Enfermedad General	15	1070	M511	15	FLL370585	\$ 414.060	Pagada
30/03/2019	13/04/2019	Enfermedad General	15	1085	M511	15	FLL370585	\$ 414.060	Pagada
15/04/2019	29/04/2019	Enfermedad General	15	1100	M511	15	FLL370585	\$ 414.060	Pagada
6/05/2019	20/05/2019	Enfermedad General	15	1115	M511	15	FLL370585	\$ 414.060	Pagada
21/05/2019	9/06/2019	Enfermedad General	20	1130	M511	20	FLL370585	\$ 552.080	Pagada
13/06/2019	27/06/2019	Enfermedad General	15	1150	M511	15	FLL370585	\$ 414.060	Pagada
5/07/2019	19/07/2019	Enfermedad General	15	1165	M511	15	FLL370585	\$ 414.060	Pagada
8/08/2019	22/08/2019	Enfermedad General	15	1180	M511	15	FLL370585	\$ 414.060	Pagada
26/08/2019	9/09/2019	Enfermedad General	15	1195	M511	15	FLL370585	\$ 414.060	Pagada
10/09/2019	29/09/2019	Enfermedad General	20	1210	M511	20	FLL370585	\$ 552.080	Pagada
30/09/2019	14/10/2019	Enfermedad General	15	1230	M511	15	FLL370585	\$ 414.060	Pagada
15/10/2019	29/10/2019	Enfermedad General	15	1245	M511	15	FLL370585	\$ 414.060	Pagada
30/10/2019	13/11/2019	Enfermedad General	15	1260	M511	15	FLL370585	\$ 414.060	Pagada
14/11/2019	13/12/2019	Enfermedad General	30	1275	M511	30	FLL370585	\$ 828.120	Pagada
14/12/2019	28/12/2019	Enfermedad General	15	1305	M511	15	FLL370585	\$ 414.060	Pagada
29/12/2019	26/01/2020	Enfermedad General	29	1320	M511	29	FLL370585	\$ 800.516	Pagada
27/01/2020	25/02/2020	Enfermedad General	30	1349	M511	30	FLL370586	\$ 877.803	Pagada
26/02/2020	11/03/2020	Enfermedad General	15	1379	M511	15	FLL370586	\$ 438.900	Pagada
12/03/2020	10/04/2020	Enfermedad General	30	1394	M511	30	FLL370586	\$ 877.800	Pagada
16/04/2020	15/05/2020	Enfermedad General	30	1424	M511	30	FLL370586	\$ 877.800	Pagada
16/05/2020	14/06/2020	Enfermedad General	30	1454	M511	30	FLL370586	\$ 877.800	Pagada
15/06/2020	14/07/2020	Enfermedad General	30	1484	M511	30	FLL370586	\$ 877.800	Pagada
16/07/2020	14/08/2020	Enfermedad General	30	1514	M511	30	FLL370586	\$ 877.800	Pagada
15/08/2020	13/09/2020	Enfermedad General	30	1544	M511	30	FLL370586	\$ 877.800	Pagada
22/09/2020	21/10/2020	Enfermedad General	30	1574	M511	30	FLL370586	\$ 877.800	Pagada
22/10/2020	20/11/2020	Enfermedad General	30	1604	M511	30	FLL370586	\$ 877.800	Pagada
Total Dias Acum				1634					

Conforme lo anterior se evidencia que las incapacidades generadas a partir del 14 de noviembre del 2019 y hasta el 20 de noviembre del 2020 se encuentran en estado “*PAGADA*”, aportándose al efecto dos comprobantes de pago que suman el valor indicado por la apelante de \$28.644.933 y que contrario a lo dicho por ella sí corresponden a las incapacidades que se dieron al actor del 29 de agosto del 2017 al 20 de noviembre del 2020, pues al realizar la suma de todos los valores que se anotan en la casilla “*VALOR LIQUIDADO*” se obtiene esa cifra de \$28.644.933, por lo que mal haría esta Corporación en desconocer ese pago (Ver carpeta 07 expediente digital, archivos: *Doc43 soporte de pago 2* y *soporte de pago factura FLL 166923*)

No obstante, ello, no puede pasar por alto esta Corporación que COLFONDOS S.A. mediante comunicado RAD-99843-4-22 del 11 de abril del 2022 le informa al actor el RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ a partir del 28 de septiembre del 2019, con un retroactivo desde esa fecha y hasta el 30 de abril del 2019 y como primera mesada la de mayo del 2022 (Archivo 031Anexo2)

Bogotá D.C., 11 de abril de 2022
RAD-99843-4-22

Señor (a):
HUMBERTO JIMENES FORERO
CL 73 C SUR 87 N 25
BETOJIMENEZCANTORES@HOTMAIL.COM
Tel: 3025645110
BOGOTA, D.C.

Asunto: Reconocimiento de pensión
Tipo de Trámite: Solicitud Pensión de Invalidez
Identificación: 79583990

Respetado(a) señor(a):

En respuesta a su solicitud, le informamos que hemos aprobado su pensión de invalidez, debido al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley.

Lo anterior teniendo en cuenta que al efectuar el estudio de la cobertura el afiliado cumplió con el requisito de las cincuenta (50) semanas de cotización en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, de conformidad con lo establecido por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

A continuación, señalamos los factores aplicados para el reconocimiento de la pensión:

Beneficiario principal y sustitutos							
Número de ID.	Nombre y Apellidos	F. de Nacimiento	Género	% de Distribución	Extinción del Derecho	Parentesco	Estado Beneficiario
79583990	HUMBERTO JIMENES FORERO	09/05/1972	Masculino	100%		Principal	Activo
63254513	JAKELINE BARBOSA FORERO	30/09/1982	Femenino			Compañero/a	Inactivo
1029623207	MILLER RAFAEL JIMENEZ NAVARRO	22/03/2017	Masculino			Hijo	Inactivo
Fecha de Adquisición del derecho: 28 de septiembre de 2019							
Información General							
Edad del afiliado		49	Saldo Cuenta de Ahorro Individual		\$ 49.202.917		
% de Pérdida de Capacidad Laboral		56.71%	Valor Mesada		\$ 1.000.000		
Total semanas cotizadas		635.57	Fecha inicio pago retroactivo:		28/09/2019		
Estado del Bono Pensional		No bono	Fecha final pago retroactivo:		30/04/2022		
Valor del Bono Pensional a Fecha de Corte		\$	Fecha de pago primer mesada		may-22		
			Número de mesadas al año		13		

En este orden de ideas, es claro que aun cuando no obra la prueba del pago de las incapacidades del 24 de diciembre del 2020 al 11 de febrero del 2022, lo que daría lugar en principio a ordenar su reconocimiento, se debe tener en cuenta que no puede haber reconocimiento simultaneo de prestaciones por incapacidad temporal y pensión de invalidez (parágrafo 2° del artículo 10 de la Ley 776 del 2002), razón por la cual esta Sala de Decisión no puede acceder al pago de la citadas incapacidades, pues se itera obra un reconocimiento pensional en donde claramente se establece que se le efectuara el pago de un retroactivo al

accionante del 28 de septiembre del 2019 al 30 de abril del 2022, incluso en la misma misiva COLFONDOS le pone de presente al actor en el título de OBSERVACIONES que:

3.Usted recibió por parte de MEDIMAS EPS los siguientes pagos de incapacidades:

- 28 de septiembre de 2019 a 10 de abril de 2020
- 16 de abril de 2020 a 14 de julio de 2020
- 16 de julio de 2020 a 13 de septiembre de 2020
- 22 de septiembre de 2020 a 20 de noviembre de 2020
- 24 de diciembre de 2020 a 20 de enero de 2021
- 10 de febrero de 2021 a 14 de febrero de 2021
- 18 de marzo de 2021 a 1 de abril de 2021
- 10 de junio de 2021 a 7 de julio de 2021
- 10 de julio de 2021 a 7 de octubre de 2021
- 28 de enero de 2022 hasta el 9 de febrero de 2022

4.Teniendo en cuenta los periodos pagados por incapacidades, su retroactivo pensional corresponde a los siguientes periodos:

- 11/04/2020 a 15/04/2020
- 15/07/2020
- 14/09/2020 a 21/09/2020
- 21/11/2020 a 30/11/2020
- 1/12/2020 a 23/12/2020
- 21/01/2021 a 31/01/2021
- 1/02/2021 a 9/02/2021
- 15/02/2021 a 28/02/2021
- 1/03/2021 a 17/03/2021
- 2/04/2021 a 30/04/2021
- 1/05/2021 a 31/05/2021
- 1/06/2021 a 9/06/2021
- 8/07/2021 a 9/07/2021
- 8/10/2021 a 31/10/2021
- 1/11/2021 a 30/11/2021
- 1/12/2021 a 31/12/2021
- 1/01/2022 a 27/01/2022

Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral señaló en sentencia SL5170-2021 Rad.88003 del 20 de octubre del 2021:

“Es claro entonces que, mientras el afiliado se encuentre recibiendo el subsidio por incapacidad temporal no puede percibir prestaciones derivadas de la invalidez, como son las mesadas pensionales, cuyo pago procede una vez la entidad previsional reconozca la pensión, momento a partir del cual ya no procede el pago de las incapacidades, porque la acción protectora es asumida por otra prestación, dado el nuevo hecho que la causa – la invalidez-, siendo la razón por la cual el sistema de salud no contempla prestaciones económicas para los pensionados -- Artículos 28 del Decreto 806 de 1998 y 2.1.3.6 del Decreto 780 de 2016--.

Ahora bien, la definición de un estado de invalidez generalmente viene precedida de un proceso patológico incapacitante que sufre el trabajador. Desde la perspectiva de la acción protectora de la Seguridad Social ello significa que, como estadio previo a la invalidez, el trabajador deba atravesar por un período de incapacidad temporal donde precisa asistencia médica con posibilidad de recuperación – derivada de una enfermedad o de un accidente - lo que explica que el reconocimiento pensional deba hacerse, una vez se extingue la última incapacidad temporal, quedando prohibida la alternancia, concurrencia o subsistencia de estas dos prestaciones dentro de un mismo período, así se declare que el hecho invalidante existe desde una fecha anterior al período en que se pagó la

incapacidad temporal.

Es que no puede perderse de vista que el riesgo cubierto con la incapacidad temporal y la pensión de invalidez no es la alteración de la salud, sino la incidencia de tal acontecimiento en la disminución del ingreso o ganancia, como repercusión de la afectación o pérdida de la capacidad laboral del trabajador; por ello, la dinámica de la protección produce una articulación compleja de cobertura donde el hecho causante sirve de límite para indicar el comienzo de una situación y la terminación de la anterior, como ocurre con la incapacidad temporal, la invalidez o la muerte que se producen como consecuencia del mismo accidente o de la enfermedad.

Así, en la incapacidad temporal el subsidio se paga a partir de la aparición del hecho causante, que lo es la enfermedad o lesión que le impide desempeñar la labor por un tiempo determinado, hasta que otro hecho causante introduce una nueva situación protegida en lugar de la anterior, como cuando se declara que las lesiones se convierten en definitivas, de tal manera que los efectos económicos de la pensión de invalidez, en los supuestos en los que su declaratoria esté precedida de una incapacidad temporal, se producen a partir de la extinción de la última incapacidad y, sino lo está, se producen a partir de la fecha de estructuración del estado de invalidez.” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Lo anterior para significar que, si bien puede que en efecto no se hayan pagado las incapacidades atrás citadas, lo cierto es que existe una decisión de reconocimiento pensional por parte de COLFONDOS desde el **28 de septiembre del 2019**, generando un valor de retroactivo que subsume cualquier eventual falta de pago de las mismas, advirtiéndose en la misma comunicación esa AFP le manifestó al accionante que MEDIMAS EPS pagó unas incapacidades por \$16.895.736 del 28 de septiembre de 2019 al 9 de febrero del 2022, razones por las cuales queda en duda la afirmación de la apelante en cuanto a que desde noviembre del 2019 el accionante no recibió pagos de incapacidades, reiterándose no es procedente que se ordene el pago de unas incapacidades cuando ya existe un reconocimiento pensional, precisando la Sala en todo caso en el evento de haber recibido el actor el pago de las incapacidades generadas con posterioridad al reconocimiento pensional (28/09/2019), COLFONDOS S.A. podrá descontar del retroactivo adeudado dichos valores que le fueron cancelados por ese concepto, ante su incompatibilidad por lo ya explicado.

Téngase en cuenta que conforme la carta del 18 de abril del 2022 emitida por COLFONDOS el pago de la prestación se encuentra en suspenso hasta que finalice el presente litigio, una vez ello ocurra la parte actora está en la libertad de reclamar su prestación pensional. (Archivo 032Anexo3)



Bogotá D. C. 18 de abril de 2022
RAD-99843-04-2022

Señor
Humberto Jimenez Forero
CI 73 C Sur 87 N 25
Celular: 3025645110
betojimenezcantores@hotmail.com
Apartado-Antioquia

Asunto: Suspensión tramite de solicitud de pensión de invalidez
Identificación: 79583990

Respetado Señor:

Damos alcance a comunicado RAD-99843-4-22 emitido el día 11 de abril de 2022 y en atención a su solicitud de pensión de invalidez nos permitimos informarle que se evidencio que usted presenta un proceso jurídico activo con Colfondos S.A, por lo anterior su solicitud de pensión quedará suspendida hasta que finalice el proceso legal entablado.

Así las cosas, no es posible el pago las incapacidades peticionadas en el recurso de apelación de la parte actora por lo ya expuesto y en esa medida se ha de confirmar la decisión de primera instancia.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de las demandadas.

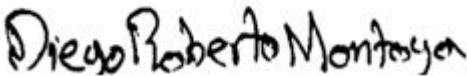
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

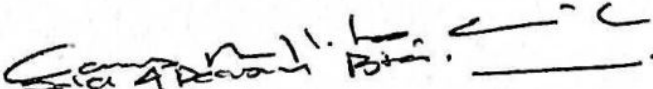
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de las demandadas.

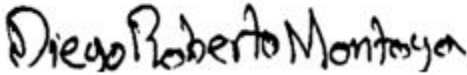
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


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 \$50.000 para cada una de las demandadas, 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**

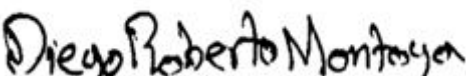
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SONIA ADRIANA
FERNANDEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y
COLFONDOS S.A. (RAD. 20 2022 00016 01)**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada LISETH DAYANA GALINDO PESCADOR 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, y habiéndose presentado los alegatos por la demandante, Porvenir y Colpensiones, 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 COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 6 de marzo del 2023

(Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:27:09, archivo 18 expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora SONIA ADRIANA FERNANDEZ GARZON a la AFP COLFONDOS S.A. el 22 de junio de 1994 y sus posteriores traslados horizontales a PORVENIR, DAVIVIR hoy PROTECCION y PORVENIR nuevamente.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez y vejez a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR, devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones de la afiliada SONIA ADRIANA FERNÁNDEZ GARZÓN, junto con los rendimientos financieros causados con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones.

QUINTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES, PROTECCIÓN, COLFONDOS y PORVENIR, tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a tres salarios mínimos legales, pagaderos a cuota parte.

SEXTO: REMITASE el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que fue condenada COLPENSIONES, entidad que administra el régimen general de pensiones de la nación.”

Inconforme con la decisión COLPENSIONES señala que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora y las AFP llamadas a juicio, en relación a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo que la decisión que adoptó el juez de la declaratoria de ineficacia de traslado está perjudicando a su representada, quien nada tuvo que ver con la decisión tomada por la actora, por lo que solicito no se condene a recibir a la actora como afiliada de nuevo al régimen de prima media, pues con esa decisión consecuencial a la declaratoria se está afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones establecido por el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el artículo primero del Acto Legislativo 01 de 2005.

Por otro lado, solicita que de no existir otra posibilidad se condene a la AFP que incumplió con su deber legal de información del afiliado, pagar los

perjuicios económicos que ello genera en atención a la teoría del daño en Derecho civil, que es quien causa el daño es quien debe repararlo y no un tercero en el acto jurídico, como lo es Colpensiones. (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:29:26, archivo 18 expediente digital*¹). Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*páginas 6 y 7, archivo 1 expediente digital*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*páginas 1 a 6, ibidem*), aspirando se declare la nulidad o en subsidio la ineficacia del traslado de pensiones del RPM al RAIS en consecuencia, se condene a las AFP demandadas, a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación a esas entidades, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, igualmente se disponga que Colpensiones debe recibir a la afiliada como también los valores que sean trasladados y a contabilizar para efectos de la pensión las semanas cotizadas

¹ **APODERADA COLPENSIONES:** Gracias su señoría, de manera muy respetuosa me permito presentar recurso de apelación en contra de la decisión emitida en audiencia, recurso que sustentó en los siguientes términos:

Solicitó a los Honorables Magistrados de la Sala Laboral - Tribunal Superior de Bogotá se revoque la sentencia proferida por el juez de primera instancia en su totalidad, toda vez que al momento de dictarse sentencia no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora y las AFPs llamadas a juicio, en relación a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, la decisión que adoptó el juez de la declaratoria de ineficacia de traslado está perjudicando a mi representada, quien nada tuvo que ver con la decisión tomada por la actora, por lo que solicito al Honorable Tribunal de la Sala Laboral no se condene a mi representada a recibir a la actora como afiliada de nuevo al régimen de prima media, pues con esta decisión consecencial a la declaratoria se está afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones establecido por el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el artículo primero del Acto Legislativo 01 de 2005.

Con esta condena se está afectando la reserva pensional de mi representada, le solicito a la sala que estudie el escenario de que efectivamente se faltó con el deber legal y si esta falta de información acarrea consecuencias para mi representada, que nada tuvo que ver con el acto jurídico celebrado, asimismo solicito en ultimas, de no existir otra posibilidad que ordenar el retorno de la demandante al régimen de prima media, solicitud que condene a la AFP que incumplió con su deber legal de información del afiliado, pagar a mi representada los perjuicios económicos que ello genera, en atención a la teoría del daño en Derecho civil, que es quien causa el daño es quien debe repararlo y no un tercero en el acto jurídico, como lo es Colpensiones, de conformidad con lo anterior, sustento y presento el recurso de apelación en contra de la sentencia, muchas gracias su señoría.

en el RAIS, la actualización de las sumas adeudadas, derechos ultra y extra petita, costas y gastos del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, declaró que la actora se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida; ordenó a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y bonos pensionales si los hubiera. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado. No ordenó la restitución de los gastos de administración pues no fueron objeto de petición en el libelo demandatorio.

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 junio de 1960 (*página 44, archivo 1 expediente digital*) por lo que a 1° de abril de 1994 contaba con 34 años y los 57 años de edad los cumpliría el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 9 de septiembre del 2021 (*Páginas 113 a 123 archivo*

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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”.

1 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 -01 de abril de 1994- pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas **397.71** semanas³ (páginas 110 y 111 archivo 6 expediente digital), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **22 de junio de 1994**, efectivo el **01 de julio de 1994** (Página 103 Archivo 06 expediente digital y Páginas 24 y 26 Archivo 7 expediente digital), por afiliación que hiciera a COLFONDOS S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

3

RESUMEN HISTORIA LABORAL

NIT/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta	No.Días	Salario	Error/observación
P 1220103410	INGRO LTDA	LABORAL	ISS	15/02/1982	03/01/1983	323	\$9,480	
P 1220103410	INGRO LTDA	LABORAL	ISS	22/05/1985	31/01/1986	255	\$39,310	3817,
P 1220103410	INGRO LTDA	INGRESO	ISS	01/09/1985		0	\$30,150	3019,
P 1220103410	INGRO LTDA	LABORAL	ISS	01/02/1986	01/02/1986	1	\$47,370	3817,
P 1220103410	INGRO LTDA	LABORAL	ISS	25/09/1986	25/09/1986	1	\$47,370	3822,
P 1220103410	INGRO LTDA	RETIRO	ISS		05/06/1985	0	\$39,310	3019,
P 1008218261	CORPORACION O I R	LABORAL	ISS	23/11/1984	30/03/1985	128	\$25,530	
P 1002601874	TRIMCO LTDA	LABORAL	ISS	24/09/1987	29/02/1988	159	\$30,150	
P 1008229135	ALFA NUMERICOS LTDA	LABORAL	ISS	06/05/1988	31/05/1988	26	\$89,070	
P 1008212041	PRICE WATERHOUSE ASES GEREN	LABORAL	ISS	12/01/1989	05/02/1989	25	\$70,260	
N 899999067	CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA	LABORAL	CETIL	14/02/1989	29/06/1992	1232	\$0	
N 899999067	CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA	LABORAL	CETIL	30/06/1992	05/04/1993	280	\$205,927	
N 860062187	SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD	LABORAL	CENISS	12/04/1993	03/04/1995	722	\$0	

IMERO DE SEMANAS REPORTADAS TANTO EN LA PANTALLA COMO EN EL SERVICIO SE CALCULA DE ACUERDO A LO INDICADO EN EL ARTÍCULO 4 DEL DECR 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	
2784	397.71		0	0.00	0	0.00	3152	450.29	0	0.00	0	0.00	

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS

DIAS:	2784	SEMANAS:	397.71	DIAS:	3152	SEMANAS:	450.29

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.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el

legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019).

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

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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 demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores de COLFONDOS le indicaron en el año 1994 que el ISS se iba acabar, que con el traslado a ese fondo se podía pensionar a cualquier edad, con una mayor rentabilidad y en caso de fallecer sus herederos podían reclamar los aportes sin importar la edad.

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

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (*Página 26, Archivo 7 expediente digital*), éste no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

⁶ Audiencia del 6 de marzo de 2023, récord 16:57

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.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 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 (22 de junio de 1994, efectivo el 1° de julio de 1994) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Página 103, Archivo 6 expediente digital*), en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual.

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

«Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de

relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

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

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

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

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

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

«De otra parte, hay que resaltar que los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS. De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión».

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

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

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

Debe precisarse en este punto, aun cuando no fue objeto de apelación por la parte demandante, como quiera que se conoce el presente proceso en el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, se adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS deben devolver a COLPENSIONES los 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, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada uno de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

“(…)

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

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

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

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

Así lo 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)

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.

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

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 COLPENSIONES⁹, a favor de quien se surte la consulta (*página 26 y 27, archivo 08, expediente digital*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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

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 3 de febrero del 2023 (archivo 12, expediente digital).

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

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

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

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

R E S U E L V E

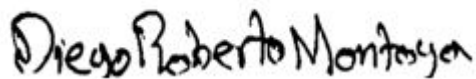
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal al **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y además las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados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

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

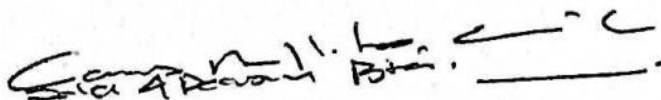
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

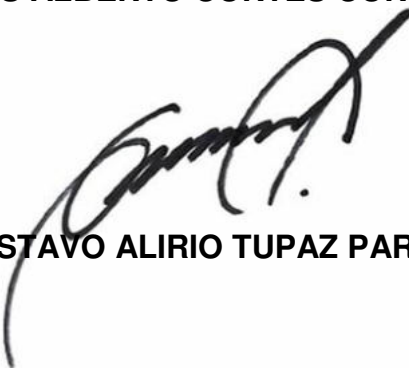
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EDUARDO PUYANA
BICKENBACH CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
(RAD. 20 2020 00019 01)**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva a la abogada GIOMAR ANDREA SIERRA CRISTANCHO como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por 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, y habiéndose presentado los alegatos por la demandante, Porvenir y Colpensiones, 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 COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez

Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 6 de marzo del 2023 (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:19:30, archivo 18 expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen de pensiones de EDUARDO PUYANA BICKENBACH a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 24 de marzo de 1995 y su posterior traslado horizontal PORVENIR, conforme las consideraciones de la parte motiva.

SEGUNDO. -DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, (sic) a COLPENSIONES.

TERCERO. - ORDENAR a PORVENIR, devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones obligatorias de EDUARDO PUYANA BICKENBACH, junto con los rendimientos financieros causados con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales, si los hubiese.

CUARTO. En caso de existir, aporte del demandante en Protección, deberán ser trasladados a COLPENSIONES.

QUINTO. - ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO. - CONDENAR a COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR en costas. Tásese por secretaria, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

SEPTIMO. - Sea o no apelada la anterior decisión REMÍTASE el proceso al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, atendiendo que fue condenada COLPENSIONES, dentro del régimen general de pensiones, del cual es garante la nación.”

Inconforme con la decisión COLPENSIONES señala que al demandante en el año 1995, cuando realizó el traslado del Instituto de los seguros sociales a la AFP COLMENA, sí se le brindó una información respecto a las características propias del régimen de ahorro individual con solidaridad, precisando que pese a que no se desconoce, el precedente que ha utilizado la honorable Corte Suprema de Justicia en cuanto a la aplicación del deber de información, también resulta importante precisar que ello solo se materializa a través de la Ley 1748 del año 2014 y el Decreto 2071 del 2015, y en ese orden de ideas, los fondos privados solo cuentan con la voluntad vertida en el formulario de vinculación. Advierte el formulario no fue desconocido por el demandante y no fue tachado de falso dentro del presente proceso a efectos, de determinar que efectivamente se suministró una información completa, oportuna y veraz, respecto a las condiciones propias del régimen de ahorro individual con solidaridad y en ese orden de ideas, considera no se le puede exigir a la AFP

que allegue, una prueba diferente al formulario de vinculación a efectos de demostrar tal circunstancia, pues esta información inclusive se da de forma verbal.

Indica que la parte demandante quiere retornar el régimen de prima media en virtud de la proyección de la mesada pensional que fue realizada por la AFP PORVENIR, sin embargo, es importante precisar que esta proyección se puede obtener gracias a que al día de hoy se conocen a ciencia cierta cuáles son los recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, circunstancia pues que no podría haberse realizado en el año 1995.

Por otro lado expresa que el juez de instancia, señala que no se condenará a las administradoras de fondos de pensiones, PROTECCIÓN y PORVENIR, a efectos de trasladar los gastos de administración y demás sumas, circunstancia que afecta de forma flagrante la sostenibilidad económica del sistema financiero, por lo que en su sentir resulta procedente efectuar el traslado de estos gastos a efectos de mitigar el desfase fiscal que está siendo objeto COLPENSIONES, producto de estas demandas de ineficacia del traslado, por lo que solicita se revoque y se condene a las administradoras, a efectuar el traslado de los recursos contentivos en su totalidad en la cuenta de ahorro individual del demandante correspondiente a gastos de administración y demás rendimientos.

Finalmente indica se debe tener en cuenta que dentro del presente proceso se logró acreditar que el demandante ratificó su deseo de querer continuar afiliado al RAIS, con el traslado horizontal que realiza el año 2001 de la AFP PORVENIR y PROTECCIÓN, COLMENA hoy PROTECCIÓN a la AFP PORVENIR, por lo que al realizar esos traslados horizontales resulta clara una vocación de permanencia al RAIS y en esa medida es improcedente también declarar esa ineficacia del traslado. (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:22:04, archivo 18 expediente digital*¹).

¹ **APODERADO PARTE DEMANDADA COLPENSIONES:** Gracias su Señoría, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por su honorable despacho, a 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 permito sustentar, en los siguientes términos:

Ruego a los honorables magistrados, tener en cuenta que tal como lo sustente, dentro de los (sic), dentro de las alegaciones finales que del interrogatorio de partes se pudo extraer que el demandante, al demandante en el año 1995, cuando realizó el traslado del otro al Instituto de los seguros sociales a la AFP COLMENA, sí se le brindó una información respecto a las características propias del régimen de ahorro individual con solidaridad, nótese Honorables Magistrados que él, dentro de su dicho, señala que eh (sic) los motivos por los cuales se trasladó del RPM al RAIS, era porque tenía la posibilidad de pensionarse de forma anticipada, también señaló que los aportes contenidos en su cuenta de ahorro individual podrían ser heredados, eh (sic) que su mesada pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad iba a depender de los aportes que este eh (sic) realizara, y pues que si no cumplía con los requisitos mínimos para acceder, la (sic) de aportes.

Así las cosas, es importante precisar que estas características son propias del régimen de capitalización, del ahorro individual con solidaridad, no son características que se conocieran previamente por parte del demandante. Así las cosas, pues se logra evidenciar que efectivamente sí se les suministró la información y en ese orden de ideas no procede la declaratoria de ineficacia del traslado.

Ahora bien, sin gracia discusión, se eh(sic) desestiman los anteriores argumentos. Ruego a los Honorables Magistrados tener en cuenta, pues que, pese a que no se desconoce, el precedente que ha utilizado la honorable Corte Suprema de Justicia en cuanto a la aplicación del deber de información, que es el 50663 del 93, también resulta importante precisar que este decreto solo se materializa a través de la Ley 1748 del año 2014 y el Decreto 2071 del 2015, y en ese orden de ideas, pues los fondos privados solo cuentan con la voluntad vertida en el formulario de vinculación. En el formulario que no desconoció el demandante y que no fue tachado de falso dentro del presente proceso a efectos, de determinar que efectivamente se suministró una información completa, oportuna y veraz, respecto a las condiciones propias del régimen de ahorro individual con solidaridad y en ese orden de ideas, pues no se le puede exigir a la AFP que allegue, una prueba diferente a la (sic) al formulario de vinculación a efectos de demostrar tal circunstancia, pues esta información inclusive se da de forma verbal.

Ahora bien, discrepa la parte demandante respecto eh (sic) o quiere retornar el régimen de prima media en virtud de la proyección de la mesada pensional que fue realizada por la AFP **PORVENIR**, sin embargo, es importante precisar que esta proyección se puede obtener gracias a que al día de hoy se conocen a ciencia cierta cuáles son los recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, circunstancia pues que no podría haberse realizado en el año 1995, cuando ni siquiera llevaba 750 semanas de cotización al régimen de prima media, también es importante precisar que el juez de instancia, señala que no se condenará a las administradoras de fondos de pensiones, **PROTECCIÓN** y **PORVENIR**, a efectos de trasladar los datos contenidos en la cuenta de individual correspondientes a gastos de administración y demás sumas, circunstancia que eh afecta de forma flagrante la sostenibilidad económica del sistema financiero, no se pues qué tanto el presente jurisprudencial definido por la honorable Corte Suprema de Justicia o por el honorable Tribunal Superior ha señalado que resulta procedente efectuar estos eh (sic) el traslado de estos gastos a efectos de mitigar (sic), de mitigar el desfase fiscal que está del que está siendo objeto COLPENSIONES, producto de estas demandas de ineficacia del traslado.

Nótese así, que también, cómo se señaló en la contestación de la demanda, que estas demandas de ineficacia del traslado han tenido gran repercusión en el traslado, que ha debido efectuar la nación, a efectos, producto del presupuesto general de la nación a COLPENSIONES a efectos de determinar el reconocimiento de las pensiones de aquellas personas que se han traslado de régimen. Así es que, para el año 2018, el traslado de estos recursos por parte de la nación ascendió a la suma de 12.3 billones de pesos y ya para el año 2020, cuando estaba completamente en auge, estas demandas de nulidad o ineficacia de traslado a la inyección de capital que tuvo que efectuar la nación fue por 43.29 millones de pesos, dado que los recursos que con los que contaba la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, no eran suficientes para financiar la pensión de la de los demandantes o de los afiliados al régimen de prima media.

Así las cosas, ruego Honorables Magistrados, se revoque en ese orden de ideas y se condene a las administradoras, a efectuar el traslado de los recursos contentivos en su totalidad en la cuenta de ahorro individual del demandante correspondiente a gastos de administración y demás eh rendimientos.

Finalmente, ya para concluir, ruego se tenga en cuenta que dentro del presente proceso se logró acreditar que el demandante ratificó su deseo de querer continuar afiliado al RAIS, con el traslado horizontal que realiza el año 2001 de la AFP **PORVENIR** y **PROTECCIÓN**, **COLMENA** hoy **PROTECCIÓN** a la AFP **PORVENIR** y así lo ha señalado la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia bajo radicación SL

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (página 7, archivo 1 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 5 a 7, ibidem), aspirando se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de pensiones del RPM al RAIS en consecuencia, se condene a Colpensiones a recibirlo como afiliado cotizante, a Protección y a Porvenir a devolver todos los recursos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, los rendimientos que se hubieran causado, como también se condene al pago de las costas procesales, lo ultra y extra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró ineficaz el traslado del demandante al RAIS, declaró que el actor se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida; ordenó a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y bonos pensionales si los hubiera. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el

4944 de 2020 y la SL 1061 del 2021, donde donde la corte señala abre comillas, “*se advierte que a través de los actos de (sic) de relacionamiento que quedaron plenamente acreditados dentro del proceso y que no fueron discutidos dada la ahí escogida, esto es el traslado horizontal con constante (sic) administradoras de pensiones dentro del régimen de ahorro individual y la información, aunque parcial ya cada uno de ellos se puede razonablemente entender la ocasión que tenía la accionante, permanecer vinculada a ese régimen y, sobre todo, de no retornar a COLPENSIONES, pese a las prerrogativas con las que allí inicialmente contaba, asisten tales comportamientos tácitos del accionante nos conducen a entender (sic), no conducen a entender, que hubiera existido una perpetuidad en asimetría de la información, sino que hubo un objetivo claro de continuar en este régimen, asumiendo los beneficios y consecuencias que su decisión traía consigo*”, cierro comillas.

Así las cosas, y como quiera que mi mandante realizo traslados horizontales resulta claro, pues que, refleja una vocación de permanencia al RAIS, son improcedentes también declarar esa ineficacia del traslado. Conforme a los anteriores argumentos, dejo sustentado mi recurso de apelación, rogándole su Señoría se conceda al mismo en el efecto suspensivo ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá y asimismo ruego a los Honorables Magistrados, revoquen en su integridad, la sentencia proferida y se estudie en grado jurisdiccional de consulta, respecto a los puntos que no fueren apelados y que pudiere perjudicar a COLPENSIONES, gracias

demandante al momento del traslado. No ordenó la restitución de los gastos de administración y seguros previsionales por cuanto los mismos se causaron por mandato legal y se destinaron a proteger las contingencias de muerte e invalidez.

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 8 de diciembre de 1959 (*páginas 23 y 24, archivo 1 expediente digital*) por lo que a 1° de abril de 1994 contaba con 34 años y los 62 años de edad los cumpliría el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 18 de noviembre del 2021 (*páginas 25 a 29, 33 y 34 archivo 1 expediente digital*), esto es cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir la edad de pensión, y ante PROTECCIÓN el 5 de enero del 2022 (*páginas 30 a 32 ibidem*) 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

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”.

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.”*

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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

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

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

(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

(...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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 el demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores de COLMENA le indicaron en el año 1995 las bondades de ese régimen, como que con el traslado a ese fondo se podía pensionar a cualquier edad y con un valor más alto y sin limitación de edad, sus herederos podían acceder a su pensión y en cualquier momento podía acceder a sus aportes.

⁶ Audiencia del 6 de marzo del 2023, récord 15:13

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN haya cumplido con su obligación de buen consejo, 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 COLMENA (*Página 28, Archivo 11 expediente digital*), éste no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCIÓN S.A. (sentencias SL12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la

implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

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

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

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

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

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

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

...

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (24 de marzo de 1995, efectivo el 1º de abril de 1995) el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos

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

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

Valga aclarar en este punto y para resolver los argumentos de apelación de COLPENSIONES, es atendiendo el incumplimiento del deber de información que le asistía la administradora de fondos de pensiones y no a la posible diferencia existente entre las mesadas que serían otorgadas en uno u otro régimen, lo que torna en ineficaz el tránsito entre regímenes.

Con relación a los actos de relacionamiento como indiciarios de la ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar al impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar al demandante al momento de su traslado no fue acreditada por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS ni constituyen actos de relacionamiento como lo sugiere en la alzada.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Página 78, Archivo 6 expediente digital*), en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual.

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

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

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

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

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

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

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

«De otra parte, hay que resaltar que los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS. De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión».

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

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A., como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (*certificado afiliación Pág. 120 Archivo 6 expediente digital*), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, y en virtud de la apelación de COLPENSIONES y en el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, se adicionará el numeral tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, PORVENIR y PROTECCIÓN deben devolver a COLPENSIONES los 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, 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:

“(…)

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

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

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

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

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 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)

Conviene anotar igualmente, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la 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 COLPENSIONES⁹, a favor de quien se surte la consulta (*página 31 y 32, archivo 07, expediente digital*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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

“...recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa

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 26 de febrero del 2023 (archivo 12, expediente digital).

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)

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

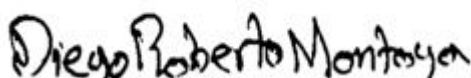
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal al **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y además las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar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

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

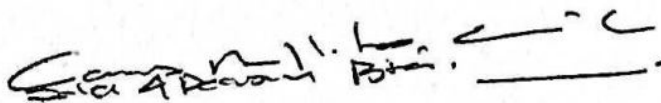
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

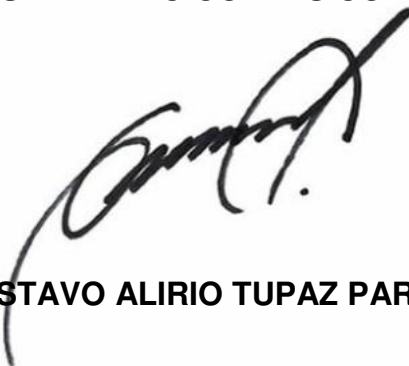
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

SALA LABORAL

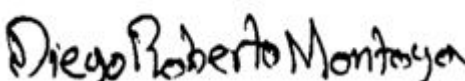
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA CASIMIRA BATALLA MONTAÑO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP (RAD. 21 2021 00410 01).

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado JHON JAIRO BUSTOS ESPINOSA como apoderado judicial de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL – UGPP , en su calidad de Representante Legal de la firma EUNOMIA ABOGADOS S.A.S., conforme a escritura pública No.733 del 17 de febrero de 2023, de la Notaria setenta y tres (73) del Circulo de Bogotá D.C.


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 surtir el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR y COLPENSIONES, así

como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, de la sentencia proferida por la Juez 21 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 28 de febrero del 2023 (34ActaAudiencia20230228, récord: 35:39), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **MARÍA CASIMIRA BATALLA MONTAÑO** al régimen de ahorro individual a través de **HORIZONTE, HOY PORVENIR S.A.** el 1º de enero de 2007, con fecha de efectividad el 02 de enero de la misma anualidad; en consecuencia, declarar como única afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado de régimen o por afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, tales como, aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima ; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el traslado de régimen y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora **MARÍA CASIMIRA BATALLA MONTAÑO**. Para ello se concede el término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifique.

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

CUARTO: ABSTENERSE de efectuar estudio respecto de la pensión de vejez reclamada, conforme con las razones motivadas en la (sic) conforme las razones expuestas corrijó en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ABSOLVER a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: ABSOLVER a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - UGPP** de toda y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

SÉPTIMO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**; y a **DECLARAR** probada en favor de la **UGPP** la denominada **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN**.

OCTAVO: CONDENAR en **COSTAS** de esta instancia a las demandadas **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**. Liquidense por Secretaría, incluyendo en ellas como agencias en derecho, la suma de un millón de pesos, a cargo de cada una de ellas; **ABSOLVER** a la **UGPP** de las costas de este proceso.

NOVENO: CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en caso de no ser apelada por **COLPENSIONES**.”.

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES manifestó¹, en este caso en particular, la más afectada es la entidad en lo atinente a la sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación y/o el supuesto traslado se dio hace más de 2 décadas a la fecha, siendo imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción de traslado, calenda para la cual no era obligatorio dejar un registro documental del mismo. Igualmente, la llamada a responder no debería ser la entidad, sino el fondo privado, pues COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en la afiliación al fondo privado, la demandante estaba a menos de 10 años para adquirir su derecho, encontrándose dentro de la provisión legal y aparte, se encontraba dentro de una multifiliación, debiendo asumir las consecuencias el fondo

¹ **Recurso Colpensiones (43:03)** Gracias su señoría, siendo esta la oportunidad procesal, de manera respetuosa, me permite interponer recurso apelación ante el honorable tribunal sala laboral para que revoque en su totalidad, la sentencia que acaba de proferir y es de tener en cuenta que en este caso en particular, pues la más afectada es COLPENSIONES y esto pues en lo atinente a la sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación y/o el supuesto traslado se dio hace más de 2 décadas a la fecha, configurarse, pues suena imposible probar las circunstancias que rodearon, la suscripción de traslado fecha para la cual, no era obligatorio dejar un registro documental del mismo, igualmente quiero manifestar a los honorables magistrados que en el caso en particular, la llamada a responder, pues no debería ser COLPENSIONES, sino el fondo privado, pues COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna, como manifiesta la juez, la señora juez de primera instancia, y me aparto de lo que ella indica que COLPENSIONES, pues fue una de las de las entidades que también participó en el en el resultado que tuvo, pues la afiliación al fondo privado, porque pues la demandante estaba a menos de 10 años para adquirir su derecho a menos de 10 años ya se encontraba dentro de la provisión legal, y aparte, pues se encontraba dentro de una multifiliación, siendo pues también COLPENSIONES culpable de esta situación, me aparto totalmente de esta teoría y quiero manifestar que si esto es de esta manera, pues quien debería responder por asumir y asumir las consecuencias de una supuesta falta de información y de un de una supuesta multifiliación sería el fondo privado y no COLPENSIONES o en algún caso hipotético, pues el empleador de la señora demandante, el empleador tenía en el momento.

También, quiero manifestar que, para dicha época, aunque pues el precedente de la Corte, utiliza como norma de aplicación el deber de información del Decreto 63 de 1993, pues este decreto solo se materializa a través de la Ley 1748 del 2014, el Decreto 2071 del 2015, y los fondos privados, pues cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en un formulario de afiliación, donde se pretende probar el conocimiento libre, voluntario y sin presiones, pues las normas que surgieron entre los años 1993 y 2014, pues no sería nada diferente al documento de afiliación donde costaba la plena intención de querer pertenecer al régimen de ahorro individual.

En este sentido, entonces quiero dejar sustentado mi recurso de alzada. Solicitando entonces a los honorables magistrados, estudien el caso en particular, se absuelva a COLPENSIONES de todas y cada una de las condenas y órdenes impartidas en su contra y también de manera subsidiaria. E perdón quiero también decir que, no se condene a COLPENSIONES en costas, toda vez que no sé no participó en el acto que se presume ineficaz si es un tercero, al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre 2 partes ajenas a COLPENSIONES.

Además, pues en caso de que se confirme la providencia objeto de alzada, solicito respetuosamente se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES, previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obradas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como lo son los recursos de toda su cuenta de ahorros, cuentas abonas al Fondo de Garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración y los demás a los que hubiese lugar debidamente indexados, por el periodo en que permaneció afiliada la demandante, toda vez que mi representada no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto la AFP no integre los recursos.”.

privado y no COLPENSIONES o, en algún caso hipotético, el empleador de la demandante en su momento.

Agregó, para dicha época, aunque el precedente de la Corte utiliza como norma de aplicación el deber de información del Decreto 63 de 1993, este decreto solo se materializa a través de la Ley 1748 del 2014, el Decreto 2071 del 2015, y los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en un formulario de afiliación, dónde se pretende probar el conocimiento libre, voluntario y sin presiones, las normas que surgieron entre los años 1993 y 2014.

Solicitó no se condene a COLPENSIONES en costas, toda vez que no se participó en el acto que se presume ineficaz ni ser un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre 2 partes ajenas a la entidad.

Igualmente, solicitó se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES, previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como son los recursos de la cuenta de ahorros, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración y los demás a los que hubiese lugar debidamente indexados, por el periodo en que permaneció afiliada la demandante, toda vez que la entidad no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto la AFP no integre los recursos.

Por su parte, el apoderado de PORVENIR adujo² en cuanto a la indexación que es improcedente de acuerdo con lo mencionado en la sentencia C-

² **Recurso Porvenir (récord, 39:36)** Gracias señora juez, estando dentro de la oportunidad procesal, de manera respetuosa, me permito interponer recurso de apelación parcial en contra de la sentencia proferida 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

00161 del 13 de mayo del 2010, en donde se señaló 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 Ley 446 del 98”*, adicionalmente, expuso la sentencia la SL- 9316 de fecha 29 de junio del 2016, donde 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.

Aclaró, 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, resultando incompatible ordenar la indexación, toda vez que los recursos de la cuenta de Ahorro Individual de la parte

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 Ley 446 del 98”, adicionalmente honorables magistrados a través de la SL- 9316 de fecha 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 y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP Honorables Magistrados, 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 la cuenta de Ahorro Individual de la parte demandante pues no se vieron afectados por la inflación, por el contrario, generaron 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, incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP, como consecuencia de la afiliación de la demandante, pues debe tenerse en cuenta, 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 pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar y se fundamenta Honorables Magistrados, 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, la temática de la ineficacia tanto en la Ley 100 del 93, como en materia laboral y haciendo uso de la analogía del citado artículo; posición está que asume tanto la jurisprudencia Civil como la Laboral en especial la Sentencia SL-2946 del 2021, Honorables Magistrados, todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que pudiera ocasionarse por el traslado de la demandante al fondo común. Bajo estos argumentos, dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias. “.

demandante pues no se vieron afectados por la inflación, por el contrario, generaron rendimientos incluso superiores a los establecidos por la ley.

De igual manera indicó, teniendo en cuenta que se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro de este, incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP, como consecuencia de la afiliación de la demandante, debe tenerse en cuenta 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, entendiendo así que, con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar y se fundamenta en las restituciones mutuas producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica el artículo 1746 al no existir norma que regule la temática de la ineficacia tanto en la Ley 100 del 93, como en materia laboral y haciendo uso de la analogía del citado artículo; posición que asume tanto la jurisprudencia Civil como la Laboral en especial la Sentencia SL-2946 del 2021.

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 y subsanación (página 16 a 18 y 15 a 18 del archivo 01 y 05 del expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Ibidem, páginas 11 a 16 y 11 a 15), aspirando se anule y/o declare la ineficacia de la afiliación y/o el traslado de la señora María Casimira Batalla Montaña, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., hoy Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, producido el 1o de enero de 2007 y efectivo a partir del 2 de enero de 2007, se condene a la Administradora

Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, a acoger a la señora María Casimira Batalla Montaña como afiliada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se condene a PORVENIR a corregir la historia laboral de con todos los aportes realizados por el Hospital San Andrés de Tumaco, los periodos que no se encuentran reportados en la historia laboral de Porvenir, desde marzo de 2007 hasta junio de 2009, toda vez que dichos tiempos no se encuentran registrados en la historia laboral de aquella, se condene a Porvenir a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, las cotizaciones, bono pensional existente a nombre de la señora María Casimira, Batalla Montaña y que haya recibido de las cajas de previsión social o entidades de seguridad social a las cuales estuvo afiliada, con la capitalización, indexación pertinente e intereses de mora, así como los rendimientos financieros y los gastos de administración que le hayan sido cobrados, desde el 2 de enero de 2007 y hasta la fecha que se realice su retorno definitivo, se condene a COLPENSIONES, una vez el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR le devuelva los aportes efectuados a dicha AFP y el reintegro del bono pensional, se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora María Casimira Batalla Montaña, a partir del 6 de enero de 2013, en cuantía del 75% del salario básico con la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, por ser beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, junto con los incrementos para los años subsiguientes al 2013 en el mismo porcentaje en que se haya ordenado el incremento pensional por parte del Gobierno Nacional, indexación, reajustes, reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales causados con la afiliación y/o traslado del RPM al RAI, sin cumplir con lo dispuesto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y no contar con la información clara, completa y comprensible en materia pensional, pago de costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente solicitó, se declare ilegal y/o la nulidad de la afiliación y/o el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., hoy Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, producido el 1o de enero de 2007 y efectivo a partir del 2 de enero de 2007, se condene a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP,

a acoger a la señora María Casimira Batalla Montaña como afiliada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se condene a PORVENIR a corregir la historia laboral con todos los aportes realizados por el Hospital San Andrés de Tumaco, los periodos que no se encuentran reportados en la historia laboral de Porvenir desde marzo de 2007 hasta junio de 2009, toda vez que dichos tiempos no se encuentran registrados en la historia laboral de aquella, se condene a Porvenir a trasladar a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP, las cotizaciones, bono pensional existente a nombre de la señora María Casimira Batalla Montaña y que haya recibido de las cajas de previsión social o entidades de seguridad social a las cuales estuvo afiliada, con la capitalización, indexación pertinente e intereses de mora, así como los rendimientos financieros y los gastos de administración que le hayan sido cobrados, desde el 2 de enero de 2007 y hasta la fecha que se realice su retorno definitivo, se condene al reconocimiento pensional, una vez el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR devuelva los aportes efectuados a dicha AFP y el reintegro del bono pensional a partir del 6 de enero de 2013, en cuantía del 75% del salario básico con la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, por ser beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 junto con los incrementos en el porcentaje en que se haya ordenado el incremento pensional por parte del Gobierno Nacional, reajustes, indexación, perjuicios materiales y morales causados con la afiliación y/o traslado del RPM al RAI, sin cumplir con lo dispuesto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y no contar con la información clara. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARÍA CASIMIRA BATALLA MONTAÑO al régimen de ahorro individual a través de HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. el 1º de enero de 2007, con fecha de efectividad el 02 de enero de la misma anualidad; teniéndose en consecuencia, como única afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado de régimen o por afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, tales como, aportes

pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima ; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el traslado de régimen y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARÍA CASIMIRA BATALLA MONTAÑO, concediendo el término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de la providencia. Igualmente, ordenó, al momento de cumplirse la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifique, se condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. Así mismo, se abstuvo la a quo de efectuar estudio respecto de la pensión de vejez reclamada al no consolidarse por el momento el reintegro de todas las sumas ordenadas como consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen.

La *a quo* fundamentó su decisión en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado, señalando dentro de autos ello no se demostró, aún más cuando no obra el formulario de afiliación que demuestre el consentimiento de la demandante.

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 de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento 06 de enero de 1958 (páginas 45 Archivo 01 expediente digital), por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1° de abril de 1994, contaba con 36 años de edad, quedando claro que, en principio, es beneficiaria del régimen de transición, en igual sentido, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por la demandante el **01 de enero de 2007** con fecha de efectividad el **02 del mismo mes y año**, por afiliación que hiciera a PORVENIR y que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -30 de junio de 1995-⁴ contaba con más de 767,85 semanas⁵, cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes de entrar en vigor el nuevo sistema de seguridad social, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002, por lo que resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional y la conservación del beneficio transicional con base en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, desde luego si hay lugar a declararla.

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”.

⁴ “**ARTÍCULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.** El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de abril de 1.994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma.

PARÁGRAFO. El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1.995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.”.

La demandante laboraba en el Hospital Departamental de San Andrés ESE de Tumaco – Nariño, siendo una entidad pública descentralizada del orden departamental, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creada por la Asamblea Departamental de Nariño mediante Ordenanza No. 078 del 7 de diciembre de 1995, artículos 194 a 197 de la Ley 100 de 1993, y modificaciones de las Leyes 1122 de 2007 1438 de 2011.

⁵ Cotizó al 31 de marzo de 1994 703,57 más certificación CETIL del 1° de abril de 1994 al 30 de junio de 1995 para un total de 450 días, 64,28 semanas.

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 **01 de enero de 2007** con fecha de efectividad el **02 del mismo mes y año**, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP (Archivo 13 expediente digital página 77), **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 PORVENIR, 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 tunc⁶, 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.

⁶ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia,

incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

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

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

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

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

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

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

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias

mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado 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 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y

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

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

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

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

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2

años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁸ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado mucho más cuando indica que nunca suscribió el formulario de afiliación, en tanto aseveró que estaba afiliada a CAJANAL y no autorizó en ningún momento la desvinculación de régimen, por lo cual no tuvo asesoría respecto a las características del régimen, asegurando que quien intervino en la afiliación fue directamente su empleador y en ese orden para la Sala los argumentos de la accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad a la demandante para efectuar el traslado de régimen.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, la demandante no dio su consentimiento, así como no conoció las implicaciones de un traslado porque nunca lo autorizó, olvidando PORVENIR ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que, de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por la actora.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora – PORVENIR- no

⁸ **Interrogatorio Demandante récord 18:00:** *"Empecé a trabajar en 1980, afiliada a CAJANAL, cuando se termina me vinculan al ISS luego a Colpensiones, en ese tiempo trabajaba un Ginecólogo y me lleva a trabajar con él, nunca me desvinculé del Hospital, yo ya venía de planta, en el 2007 comencé a trabajar en Tumaco, nunca dejé de cotizar, cuando cumplí la edad me dicen que estoy afiliada a otro fondo solo lo supe cuando fui a solicitar la pensión, nunca firmé una afiliación solo en cesantías, yo trabajaba con el Doctor a la vez con la Clínica San Andrés, nunca me dieron desprendible de pago y decían que pensión en Colpensiones, yo no realice reclamo porque fui a la clínica a pedir copia y no apareció la copia, yo viajé y fui a Porvenir a pedir la copia, el doctor se fue, yo no fui de nómina en la clínica pero nunca me desvinculé de régimen en ese tiempo Seguro Social".*

logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características.

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

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

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

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

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

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

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

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.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 2007, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a la potencial afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (01 de enero de 2007, efectivo el 02 del mismo mes y año) el deber de información para con la promotora 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 otro giro, resulta oportuno hacer un recuento de los periodos certificados a la demandante, advirtiéndose, en el documento electrónico de tiempos laborados CETIL (página 1867, archivo 16), registran los ciclos del 06 de octubre de 1980 al 31 de diciembre de 2006, fungiendo como entidad responsable LA NACIÓN, destinándose el aporte a **LA CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL**, del mismo modo, a partir del 1º de enero de 2007 al 31 de mayo de 2005 aparece relacionado como responsable el **RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL**, es decir, se puede concluir que la aquí demandante se trasladó a **PORVENIR** a partir del 1º de enero de 2007, tal como lo advirtió en la contestación esta AFP.

De otra parte, una vez revisado el reporte de semanas cotizadas en Colpensiones (página 1922, archivo 16), se constata que no aparecen cotizaciones actuales o saldos a favor de la señora MARIA CASIMIRA BATALLA, pues nótese que los tiempos del 1º de mayo de 2013 al 31 de julio de 2014 registran en cero. Ver Imagen:

EXP. No. 21 2021 00410 01 MARIA CASIMIRA BATALLA MONTAÑO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP

C 31853606 MARIA CASIMIRA BATALLA MONTAÑO								
[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Llo	[8]Sim	[9]Total
0179870	HOSPITAL SAN ANDRES	01/05/2013	31/05/2013	\$1.596.000	0,00	0,00	0,00	0,00
0179870	HOSPITAL SAN ANDRES	01/06/2013	30/06/2013	\$1.712.000	0,00	0,00	0,00	0,00
0179870	HOSPITAL SAN ANDRES	01/07/2013	31/07/2013	\$1.748.000	0,00	0,00	0,00	0,00
0179870	HOSPITAL SAN ANDRES	01/08/2013	31/08/2013	\$1.832.000	0,00	0,00	0,00	0,00
0179870	HOSPITAL SAN ANDRES	01/09/2013	30/09/2013	\$1.825.000	0,00	0,00	0,00	0,00
0179870	HOSPITAL SAN ANDRES	01/10/2013	31/10/2013	\$2.382.000	0,00	0,00	0,00	0,00
0179870	HOSPITAL SAN ANDRES	01/11/2013	30/11/2013	\$1.819.000	0,00	0,00	0,00	0,00
0179870	HOSPITAL SAN ANDRES	01/12/2013	31/12/2013	\$1.957.000	0,00	0,00	0,00	0,00
0179870	HOSPITAL SAN ANDRES	01/01/2014	31/01/2014	\$1.717.000	0,00	0,00	0,00	0,00
0179870	HOSPITAL SAN ANDRES	01/02/2014	28/02/2014	\$1.757.000	0,00	0,00	0,00	0,00
0179870	HOSPITAL SAN ANDRES	01/03/2014	31/03/2014	\$1.981.000	0,00	0,00	0,00	0,00
0179870	HOSPITAL SAN ANDRES	01/04/2014	30/04/2014	\$2.029.000	0,00	0,00	0,00	0,00
0179870	HOSPITAL SAN ANDRES	01/05/2014	31/05/2014	\$1.847.000	0,00	0,00	0,00	0,00
0179870	HOSPITAL SAN ANDRES	01/06/2014	30/06/2014	\$1.824.000	0,00	0,00	0,00	0,00
0179870	HOSPITAL SAN ANDRES	01/07/2014	31/07/2014	\$1.970.000	0,00	0,00	0,00	0,00
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:								8,57
[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO INCLUIDAS EN EL CAMPO 13 "TOTAL SEMANAS COTIZADAS":								0,00

Lo anterior también se puede corroborar con el contenido de la Resolución GNR 48450 del 14 de febrero de 2017 (páginas 1910 y s.s., archivo 16), por medio de la cual resolvió un trámite de prestaciones económicas en el RPM, considerando:

Que señalado lo anterior se establece que la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, no es el ente competente para decidir la prestación solicitada por el(la) señor(a) **BATALLA MONTAÑO MARIA CASIMIRA**, por cuanto la solicitante se encuentra en el Fondo de Pensiones-PORVENIR, siendo éste el ente con la competencia legal para entrar a decidir lo solicitado.

Que de conformidad con lo anteriormente expuesto se concluye que la entidad encargada de resolver la solicitud elevada es la A.F.P. PORVENIR, teniendo en cuenta que esa entidad es la entidad definitiva de la solicitante.

Que de acuerdo a lo señalado con anterioridad se procederá a declarar la pérdida de competencia para el estudio de la pensión de vejez solicitada por el(la) señor(a) **BATALLA MONTAÑO MARIA CASIMIRA**, ya identificado(a).

Reconocer personería al(a) Doctor(a) **QUIÑONES QUIÑONES PORFIRIO** , identificado(a) con CC número 12,904,583 y con T.P. NO. 64208 del Consejo Superior de la Judicatura.

Así las cosas, es claro que la entidad Colpensiones efectuó la devolución de aportes con destino a la AFP HORIZONTE al estar la demandante vinculada a dicho régimen. Para mayor ilustración un aparte de la anotación relacionada en el reporte de historia de semanas:

EXP. No. 21 2021 00410 01 MARIA CASIMIRA BATALLA MONTAÑO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP

[34] Identificación Aportante	[35] Nombre o Razón Social	[36] RA	[37] Período	[38] Fecha De Pago	[39] Referencia de Pago	[40] JBC Reportado	[41] Cotización Pagada	[42] Cotización Mora Sin Intereses	[43] Nov.	[44] Días Rep.	[45] Días Cot.	[46] Observación
800179870	HOSPITAL SAN ANDRES ESE	SI	200907	02/08/2011	9411705009D010	\$ 1.601.698	\$ 0	\$ 0	0	0	0	*** Aporte Devuelto ***
800179870	HOSPITAL SAN ANDRES ESE	SI	200907	11/09/2009	40488201067827	\$ 1.601.698	\$ 261.200	\$ 4.900	30	0	0	Aporte devuelto por estar vinculado a Horizonte
800179870	HOSPITAL SAN ANDRES ESE	SI	200908	02/08/2011	9411705009D010	\$ 1.699.939	\$ 0	\$ 0	0	0	0	*** Aporte Devuelto ***
800179870	HOSPITAL SAN ANDRES ESE	SI	200908	08/10/2009	40488201067843	\$ 1.699.939	\$ 295.000	\$ 23.000	30	0	0	Aporte devuelto por estar vinculado a Horizonte
800179870	HOSPITAL SAN ANDRES ESE	SI	200909	02/08/2011	9411705009D010	\$ 1.619.204	\$ 0	\$ 0	0	0	0	*** Aporte Devuelto ***
800179870	HOSPITAL SAN ANDRES ESE	SI	200909	18/12/2009	40488201067912	\$ 1.619.204	\$ 259.100	\$ 100	30	0	0	Aporte devuelto por estar vinculado a Horizonte
800179870	HOSPITAL SAN ANDRES ESE	SI	200910	02/08/2011	9411705009D010	\$ 1.307.210	\$ 0	\$ 0	0	0	0	*** Aporte Devuelto ***
800179870	HOSPITAL SAN ANDRES ESE	SI	200910	16/12/2009	40488201067909	\$ 1.307.210	\$ 211.200	\$ 2.100	30	0	0	Aporte devuelto por estar vinculado a Horizonte
800179870	HOSPITAL SAN ANDRES ESE	SI	200911	02/08/2011	9411705009D010	\$ 1.611.099	\$ 0	\$ 0	0	0	0	*** Aporte Devuelto ***
800179870	HOSPITAL SAN ANDRES ESE	SI	200911	18/12/2009	40488201067913	\$ 1.611.099	\$ 261.900	\$ 4.100	30	0	0	Aporte devuelto por estar vinculado a Horizonte

Respecto a la AFP Porvenir, debe decirse, en el resumen de semanas cotizadas se relacionan los aportes efectuados desde enero de 2007 a mayo de 2022, es decir, la actora ha estado vinculada sin interrupción alguna a dicho fondo (páginas 89 a 108, archivo 13), por parte del empleador HOSPITAL SAN ANDRES E.S.E. y CLINICA MIRAMAR S.A., permitiendo concluir, no cotizó o estuvo vinculada de manera simultánea en Colpensiones ya que para los periodos del 1º de mayo de 2013 al 31 de julio de 2014, si bien existió una supuesta afiliación o aporte, lo cierto es que los mismos fueron devueltos por el RPM al RAIS.

Por lo anterior, no hay lugar a analizar el punto de multifiliación, en primer lugar, porque ello no fue objeto de debate y segundo, porque como ya se vio, con las pruebas señaladas se evidencia que la señora demandante si hizo un traslado de CAJANAL a PORVENIR el 1º de enero de 2007, encontrándose afiliada a dicho régimen.

En cuanto al hecho de que la demandante antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a CAJANAL, como se puede leer del certificado de información laboral (página 65 Archivo 01 del expediente digital) baste 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, continuó después de la vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993), vinculada 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 4⁹ 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 3¹⁰ de la misma disposición normativa, al liquidarse CAJANAL, únicamente asumió la administración de la nómina de pensionados, mas no la afiliación de los cotizantes.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones PORVENIR a la que se encuentra actualmente afiliada la actora, del saldo existente en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia¹¹, comisiones, gastos de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades¹², así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, como lo dispuso la a quo, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en su integridad.

⁹ “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.”

¹⁰ “(...) 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 (...)”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

Por otro lado, conviene 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 SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

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

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 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 las codemandadas.

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.

Ahora, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta¹³ (*Archivo 15 expediente digital, páginas 39 a 40*) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de 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,

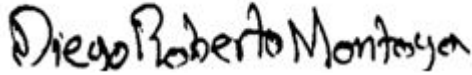
RESUELVE

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

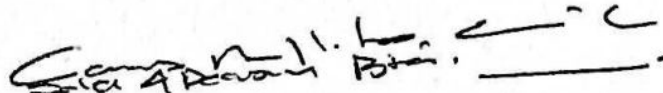
¹³ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 23 de noviembre de 2022, Archivo 20 expediente digital.

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 ERNEY ALBERTO MESA
DOSMAN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 21 2022 00083 01)**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de abril 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 para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 21 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 14 de marzo del 2023 (archivo 19ActaAudiencia20230314.pdf, récord: 1:40:04), en la que resolvió:

« **PRIMERO:** DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor ERNEY ALBERTO MESA DOSMAN al régimen de ahorro individual el 22 de noviembre del año 1997, por intermedio de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. quedando por la ineficacia también cobijados los traslados realizados a ING hoy PROTECCIÓN S.A. y a PROTECCIÓN S.A.; en consecuencia declarar cómo afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz y hasta que se efectuó su pago, los cuáles debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor ERNEY ALBERTO MESA DOSMAN. Para ello se le concede el término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifiquen.

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

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

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia a las demandadas y en favor del demandante, liquídense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 de pesos a cargo de PROTECCIÓN S.A. y la suma de \$300.000 pesos a cargo de COLPENSIONES.

SEXTO: CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en favor de los intereses de COLPENSIONES en caso de no ser apelada oportunamente».

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES presentó recurso de apelación, manifestando¹, el demandante realizó su traslado al RAIS de manera libre, voluntaria y sin presiones indebidas, en cumplimiento de las disposiciones legales.

¹ **APODERADO COLPENSIONES (1:42:48):** “Sí 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 revoque la sentencia acabada de proferir, teniendo en cuenta que el demandante realizó su traslado al RAIS de manera libre, voluntaria y sin presiones indebidas, en cumplimiento de las disposiciones legales.

Respecto de la carga de la prueba y el deber de información, pues en el caso en particular la más afectada es Colpensiones y esto en lo atinente a la sostenibilidad del sistema pensional máxime, cuando la afiliación se dio para el año de 1995, queriendo decir esto que han transcurrido más de 2 décadas a la fecha, haciendo imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental del mismo.

Aunque el precedente de la Corte Suprema utiliza la norma, la aplicación del deber de información del Decreto 663 de 1993, sin embargo, pues este deber solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2061 de 2015, pues los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento revestido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e informado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de querer pertenecer al régimen de ahorro individual, siendo el caso del señor demandante el cual suscribió el formulario, realizó el respectivo traslado para el año 1995. También se debe analizar en la presunta falta de información se produce un efecto cierto adverso cómo lo es perder el régimen de transición pensional o si bien se trata de una situación donde el afiliado una vez no puede trasladarse de régimen, encuentra en esta clase de acciones la oportunidad ideal para obtener el beneficio debido al buscar ignorar las normas que regulan de forma clara los términos y oportunidades en que debe surtir la movilidad entre regímenes, siendo claro que este último escenario no es el objeto de protección ni el alcance de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia.

Por último, de manera subsidiaria y en caso de no accederse a los argumentos expuestos por mi representada y en consecuencia la sala confirme la providencia objeto de alzada, solicito respetuosamente se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, como lo son las costas abonadas al Fondo de Garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes destinados

Respecto de la carga de la prueba y el deber de información, alegó, la más afectada es Colpensiones y esto en lo atinente a la sostenibilidad del sistema pensional máxime, cuando la afiliación se dio para el año de 1995, queriendo decir esto que han transcurrido más de 2 décadas a la fecha, siendo imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental del mismo aunque el precedente de la Corte Suprema utiliza la norma, la aplicación del deber de información del Decreto 663 de 1993, sin embargo, este deber solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2061 de 2015, ya que los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento revestido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e informado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de querer pertenecer al régimen de ahorro individual, siendo el caso del señor demandante el cual suscribió el formulario.

Añadió, en la presunta falta de información se produce un efecto cierto adverso cómo lo es perder el régimen de transición pensional o si bien se trata de una situación donde el afiliado una vez no puede trasladarse de régimen, encuentra en esta clase de acciones la oportunidad ideal para obtener el beneficio debido al buscar las normas que regulan de forma clara los términos y oportunidades en que debe surtirse la movilidad entre regímenes, siendo claro que este último escenario no es el objeto de protección ni el alcance de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia.

De manera subsidiaria, solicitó, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, como lo son las costas abonadas al Fondo de Garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración, y los demás a los que hubo lugar debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliado el demandante al fondo privado, toda vez que la entidad no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP no reintegre los recursos.

al pago de seguros previsionales y gastos de administración, y los demás a los que hubo lugar debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliado el demandante al fondo privado, toda vez que mi representada no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP no reintegre los recursos.

En igual sentido, solicito respetuosamente no se condene en costas a mi representada, toda vez que no participó en el acto que se declaró ineficaz y es un tercero al que se le causan daños injustificados por un contrato celebrado entre dos partes ajenas a Colpensiones, en ese sentido dejo sustentado mi recurso de alzada solicitando se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las órdenes y condenas impartidas en su contra, gracias.”.

En igual sentido, pidió no se condene en costas, toda vez que Colpensiones no participó en el acto que se declaró ineficaz y es un tercero al que se le causan daños injustificados por un contrato celebrado entre dos partes ajenas.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (página 6, archivo «01DemandaAnexos.pdf»), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (página 7 ibidem), aspirando de manera principal se declare fue trasladado de COLPENSIONES al Fondo de Pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN sin haber recibido la doble asesoría. Que como consecuencia de la anterior declaración se DECLARE que el señor ERNEY ALBERTO MESA DOSMAN debe regresar del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES y, finalmente, se condene a pagar las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor ERNEY ALBERTO MESA DOSMAN al régimen de ahorro individual el 22 de noviembre del año 1997 (sic), por intermedio de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. quedando por la ineficacia también cobijados los traslados realizados a ING hoy PROTECCIÓN S.A. y a PROTECCIÓN S.A; en consecuencia se declaró cómo afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES., se condenó a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz y hasta que se efectuó su pago, los cuáles debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor ERNEY ALBERTO MESA DOSMAN, aclarando, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifiquen, se condenó a COLPENSIONES a

activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral, se declararon no probadas las excepciones propuestas por PROTECCION S.A. y COLPENSIONES y condenó en costas a las demandadas.

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

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

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 16 de enero de 1964 (pág. 42, archivo 01), por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2026, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 16 de febrero de 2021 (pág. 124 a 125, archivo 11), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 57 años-; de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, había cotizado al sistema 38,86 semanas (Historia Laboral válida para bono pensional Páginas 33 y 34 Archivo 12 del 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.

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”.

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
328	46.86	0	0.00	56	8.00	531	75.86	29	4.14	56	8.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DÍAS: 272		SEMANAS: 38.86		DÍAS: 446		SEMANAS: 63.71					

tps://www.bonospensionales.gov.co/BonosPensionales/jsp/Principal.jsp1/2

V/10/22, 11:21Resumen Historia Laboral

El número de semanas se calculó con días calendario

VER DETALLE

REPORTADO COMO ACTIVO CON APORTES A PRESTACIÓN A 31 DE DICIEMBRE DE 1994 CON:

TIPO DOC. APORTANTE	DOCUMENTO APORTANTE	NOMBRE APORTANTE	TIPO APORTANTE
Patronal(P)	1008219891	J M MARTINEZ Y CIA LTDA	11 - Facturaci3n Can

Nótese que para la fecha del traslado el actor si bien estaba vinculado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, efectuó su última cotización el 30 de enero de 1995, no obstante, el hecho de no existir aportes para la época del traslado no es óbice para no retornar al régimen RPM.

Ver imagen.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
13018202683	AYUDA PROFESIONAL LT	13/02/1990	01/04/1990	\$47.370	6,86	0,00	0,00	6,86
1006139522	EDICIONES FAMA LTDA	20/08/1993	08/02/1994	\$107.675	24,71	0,00	0,00	24,71
1008219666	PLURI MEDIOS LTDA	15/12/1993	23/05/1994	\$120.000	22,86	0,00	8,00	14,86
1008219891	J M MARTINEZ Y CIA L	03/10/1994	31/12/1994	\$210.000	12,86	0,00	0,00	12,86
860513911	SERVICIOS EMPRESARIA	01/01/1995	31/01/1995	\$249.000	4,29	0,00	0,00	4,29
					[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 63,57			
					[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 * "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"):			
					0,00			

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 **22 de noviembre de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1º de diciembre de 1995** (página 04, archivo 13 y página 25 archivo 12) por afiliación que hiciera a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte **SIAFP** y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*³, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

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

«(...)

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

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

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

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

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

«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).*

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor 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 20114, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias CSJ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

“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

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 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 accionante⁵ no acreditan de manera alguna que conociera las

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».

⁵ **Interrogatorio Demandante, récord 25:44:**” Trabajo en el Banco Caja Social, cuando estaba desempleado en el año 1995, nosotros en el momento que yo estaba cuando salí favorecido me llamaron para firmar contrato y me dijeron que estaba afiliados al Fondo Colmena y a la EPS, pero unca no dieron detalle de nada, nosotros pertenecíamos a un fondo privado, nos dijeron que las cesantías Colmena era automático, como empleados no nos dijeron nada, nunca tuvimos asesorías por parte de las personas del Banco, con el tiempo nos indicaron que cualquier aclaración teníamos que escribir a un correo pero no nos dijeron nada, la afiliación fue cuando firmé el contrato, en ese instante nos dijeron que estaríamos afiliados a ese fondo, vinimos a conocer sobre las semanas cuando preguntamos cómo sería la cotización, eso fue cuando nos dijeron en recursos humanos si teníamos alguna duda, la parte de asesoramiento no la dieron, el empleador en 1995 era Colmena Salud, luego entré al Banco Caja Social y como pertenecíamos a un grupo nos pasaban de una empresa a otra sin firmar

implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para el año 1995, cuando se afilió a COLMENA no le dieron información alguna ya que un grupo suscribió el contrato de trabajo y automáticamente la empresa les informó que todos serían afiliados a dicho Fondo en Pensiones y Cesantías, teniendo que suscribir únicamente el formulario, sin que intermediara asesor alguno y sin que le brindaran información frente a las implicaciones, que si bien, fue de manera voluntaria se produjo el traslado porque firmaría un contrato de trabajo y estaba desempleado, es decir, no confesó que se le haya informado de las características, ventajas y desventajas del RAIS.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, el demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, olvidando COLMENA, hoy PROTECCIÓN ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN (Página 25, archivo 12), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico

afiliación alguna, ahora estoy con el Banco Caja Social, los datos familiares y personales se hicieron por parte de Gestión Humana, el correo siempre es el empresarial, si voy a cambiar algún dato lo hago por medio de la plataforma, ante Colmena no actualice datos en Colmena, no leí el formulario, cuando suscribí el contrato solo nos pasaron los papeles y ya, no podemos decir que vamos a leer ni nada, el contrato esta listo solo para firmas y huella y ya, al pertenecer a un grupo nunca íbamos a decir que no, era el entusiasmo de pertenecer al grupo, me afilié pero Colmena pertenecía al grupo, yo pertenecía era en Cesantías Colmena pero se fusionó, yo me doy cuenta que pertenezco al Fondo cuando no pertenecía al grupo, hay comencé a indagar, yo vi a una asesora que atiende a la Fundación que es Adriana, ella fue a presentarse y ahí fue cuando comenzamos a indagarse obre qué ofrecía el fondo porque no sabía qué ofrecía, no hubo doble asesoría porque en 1995 ni 2015 hubo nada, yo solo pregunté qué era lo que ofrecía Protección en ese momento, averigüe con mi salario que me daban, no me dieron las respuestas a los que pregunté, yo me acerqué a recursos humanos, no me acuerdo el año, yo después cuando trabajaba temporal que me puse a mirar la historia pensional, vi que tenía unas semanas en Colpensiones y fui allá y pregunté sobre qué me ofrecía Colpensiones como empleado, yo me acerqué en el año 2018 o 2019, en el momento del traslado en 1995 no sabía cuáles eran los requisitos, no me informaron nada, me quiero regresar a Colpensiones como parte de mi bienestar tanto del tiempo que he trabajador por el sueldo que devengo y el bienestar para mi esposa y mis hijos porque el fondo privado no me lo da, parte de lo que he trabajado la mesada es parte d ellos que uno quiere en la vejez que uno va a tener, por mi parte unca nos dijeron cuáles eran las desventajas, puedo tener una mesada favorable para lo que devengo en mi trabajo, en el momento cuando firmé el contrato no preguntamos qué beneficios tenía mi esposa o familia, ahora sé que pertenecer a Colpensiones seria favorable para mi esposa.”.

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año **1995**, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP 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 (**22 de noviembre de 1995 , efectivo el 1º de diciembre de ese año**), el deber de información para

con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, advirtiéndose la Sala modificará el numeral 1º de la sentencia de primer grado para establecer que la fecha de solicitud lo fue el 22 de noviembre de 1995 y no 22 de noviembre de **1997** como erradamente se señaló.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁶, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁷, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, igualmente, 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, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Asimismo, advierte la Sala, los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro

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

individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

Igualmente, en la sentencia 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 (...).».

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

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

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

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia CSJ SL3207- 2020, 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).*

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁸ (páginas 29 a 31 «*11ContestacionDemandaColpensiones.pdf*»), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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

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

⁸ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 14 de febrero de 2023 «*14AutoTieneContestadaFijaFecha.pdf*».

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

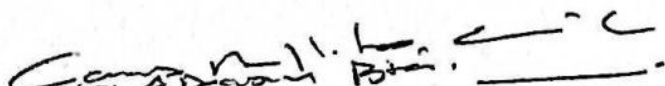
PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** del fallo de la Juez *a quo*, para establecer que la fecha de solicitud del traslado del accionante lo fue el **22 de noviembre de 1995** y no **1997**, conforme lo aquí señalado.

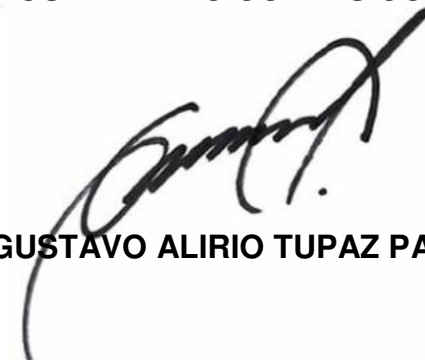
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LIGIA VIRGINIA ACOSTA CASTRO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. (RAD. 22 2018 00285 01).

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril 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 el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y los apoderados de las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Veintidós Laboral del

Circuito de Bogotá D.C. el 08 de marzo de 2023 (Exp. Digital, 041AudienciaFallo2.mp4, récord 15:11), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora **LIGIA VIRGINIA ACOSTA CASTRO** al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 6 de mayo del año 1998. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual, con solidaridad y, por lo tanto, siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: se ORDENA a COLFONDOS S.A., fondo en el que se encuentran los aportes de la demandante, a que traslade a **COLPENSIONES** el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la pensión mínima. Así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, todos estos dineros debidamente indexados, al momento de la entrega a **COLPENSIONES**.

TERCERO: se CONDENA a las AFP PORVENIR y PROTECCIÓN a que remitan a la administradora colombiana de pensiones, **COLPENSIONES**. Los dineros que recaudaron por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación de la demandante a dichos fondos debidamente indexados conforme quedó explicado, en precedencia.

CUARTO: se DECLARA que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante de los montos no previstos y si las reservas dispuestas para tal efecto.

QUINTO: se ORDENA a COLPENSIONES a que reciba los dineros provenientes de los fondos antes mencionados, que efectúe los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en precedencia.

SEXTO: se DECLARAN no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SÉPTIMO: se CONDENA en costas a las demandadas, PROTECCIÓN, PORVENIR, COLFONDOS Y COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas y en favor de la parte actora.

OCTAVO: CONSÚLTESE la presente decisión en favor de COLPENSIONES, ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, sala laboral en los términos del artículo 69 del código de procedimiento del trabajo y la Seguridad Social. ”.

En primer lugar, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, manifestando¹ su inconformidad frente al no reconocimiento del derecho pensional

¹ **Recurso demandante (récord 18:15):** “Teniendo en cuenta que dentro de la parte considerativa y resolutive de la decisión que se niega el reconocimiento del derecho pensional, argumentando que la administradora colombiana de pensiones no tiene los recursos en este momento para para efectos de del reconocimiento pensional.

Es necesario indicar que el reconocimiento pensional, de acuerdo con el fundamento expresado por su despacho en esta decisión, en nada vulnera, digamos, el sistema financiero de la administradora colombiana de pensiones, toda vez que de acuerdo con la parte considerativa y decisiva. Se condenan a COLFONDOS, a devolver todos los aportes con los respectivos rendimientos financieros y los descuentos de ley, se le faculta a

que le asiste a la demandante. Al respecto, argumentó que esta pretensión en nada vulnera el sistema financiero de Colpensiones, atendiendo que se condenó a COLFONDOS a devolver todos los aportes con los respectivos rendimientos financieros y los descuentos de ley, así como se facultó a Colpensiones a iniciar todas las acciones pertinentes con el fin de subsanar cualquier tipo de indemnización que se presente frente a las consecuencias de esta ineficacia del traslado. Por otro lado adujo, dentro de los elementos probatorios que se allegaron dentro del expediente, se evidencia que la demandante en la actualidad tiene 63 años y ha cotizado más de 1300 semanas siendo necesario que le sea reconocido el derecho pensional desde el momento en que adquirió el estatus pensional.

Por su parte, el apoderado de PORVENIR² dirigió su inconformidad frente al numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia, al no compartir los efectos jurídicos

la administradora colombiana de pensiones de iniciar todas las acciones pertinentes con el fin de subsanar cualquier tipo de indemnización que se presente frente a las consecuencias de esta ineficacia del traslado, eso por un lado, por el otro, dentro de los elementos probatorios que se allegaron dentro del expediente, nos damos cuenta, pues que (sic) que la demandante en la actualidad tiene más de 57 años, tiene actualmente 63 años, ha cotizado más de 1300 semanas y en tal sentido eh (sic) es necesario que la administradora colombiana de pensiones le reconozca el derecho pensional del momento en que adquirió el estatus pensional.

En este orden su señoría, pues advirtiéndose que se reúnen los elementos propios del derecho pensional, de conformidad con lo establecido en la ley 100, artículo 31 y la ley 797, queda claro que ha consumado cada uno de los requisitos exigidos, para ser beneficiaria del derecho a la pensión de vejez y por esto, teniendo en cuenta que, la decisión ordena el traslado de todos los aportes pensionales, es la administradora colombiana de pensiones, quien tiene que entrar a reconocer el derecho pensional, tal como se pidió dentro de los elementos, dentro de las pretensiones formuladas, en la demanda, así dejó consignado su señoría, mis alegatos frente del recurso parcial de apelación. Muchas gracias.”.

² **Recurso Porvenir (récord 20:57):** “Muchísimas gracias, su señoría me permite interponer recurso apelación parcial en contra del numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia, con base en los siguientes argumentos, honorable Tribunal Superior de Bogotá no comparte mi representada los efectos jurídicos que se le dio a la ineficacia declarada por el (sic) respecto de la condena de devolución de gastos de administración debidamente indexados establecidos en el numeral tercero de la parte resolutive.

En primer lugar, la condena impuesta relativo al pago de sumas ordena devolver de manera indexada, resulte precedente y (sic) y es incompatible con los rendimientos financieros que, de hecho, la parte demandante que obran en la cuenta de ahorros de la parte demandante y que se ordenan devolver a la (sic) a COLPENSIONES teniendo en cuenta, pues que se están condenando a mi representando dos veces por el mismo rubro y que con los rendimientos financieros que se causaron durante el término de la vigencia de su afiliación con mi representada, celebra compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse tenido sobre dichos aportes.

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 este orden de ideas y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP, se encuentren las de garantizar una rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de los afiliados, resulta incompatible ordenar indexación toda vez que los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se vieron afectados por la inflación y, por el contrario, se generaron unos rendimientos financieros, durante el término de la vigencia de la afiliación, con mi representada que como lo dije logran compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

En ese sentido, el Tribunal Superior de Cundinamarca y Amazonas, sala laboral dentro del proceso ordinario 20210011101 donde funge como demandante la señora FELISA LEÓN POVEDA indicó “sobre el particular se considera que le asiste razón al 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

de la ineficacia del traslado, respecto de la condena de devolución de gastos de administración debidamente indexados, indicando la indexación es incompatible con los rendimientos financieros que, de hecho, obran en la cuenta de ahorros de la parte demandante y que se ordenan devolver a COLPENSIONES, por ende, considera, se condena dos veces por el mismo rubro, además, con los rendimientos financieros causados durante el término de la vigencia de la afiliación se compensó la pérdida del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse tenido sobre dichos aportes.

Relacionó la sentencia SL-9316 del 29 de junio del 2016, precisando que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de esta por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía. En este orden de ideas, teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP, se encuentren las de garantizar una rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de los afiliados, resulta incompatible ordenar la indexación toda vez que los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se vieron afectados por la inflación y, por el contrario, se generaron unos rendimientos financieros, durante el término de la vigencia de la afiliación.

Soportó el recurso en las sentencias proferidas por el Tribunal Superior de Cundinamarca y Amazonas, Sala Laboral dentro del proceso ordinario No. 2021 00111, Tribunal Superior de Cali, en providencia del 31 de octubre del 2022 dentro del proceso ordinario No. 2021 00489 y Tribunal Superior de Medellín del 26 de enero del 2023, dentro del proceso ordinario No 012 2020 00165.

recibidos por las AFP como consecuencia de la afiliación de la demandante, por lo que entiende la sala que este 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 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 lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado”, asimismo, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, en providencia del 31 de octubre del 2022 dentro del proceso ordinario 2021 00489 indicó “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 y en su lugar se ordena devolver todas las sumas, (sic) con los rendimientos”.

Para el mismo efecto, también se puede consultar la sentencia proferida por la Sala Primera de decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín del 26 de enero del 2023, dentro del proceso ordinario 012 2020 00165, en esos términos dejo sustentado mi recurso de apelación parcial, no sin antes solicitarle al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, que revoque parcialmente el numeral 3 frente a la devolución de los rendimientos, de los gastos de administración debe ser sin indexación. Muchísimas gracias”.

Por último, la entidad Colpensiones³ se opuso a la inaplicación del artículo 2º de la Ley 797 de 2013, modificada por el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que el despacho le dio talante a esta norma de extinguidad o prescriptibilidad del derecho, alejándose totalmente de la razón principal de esta norma, puesto que la demandante al cumplir con los requisitos de ley de uno u otro régimen deberá ser pensionada por vejez.

Agregó, la aplicación inmediata de esta norma no está generando un detrimento para los derechos prestacionales ni pensionales de la demandante y por tal razón debe ser aplicada en su integridad la norma, toda vez que a la fecha no ha sido derogada, orgánicamente, ni tampoco ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

Por otro lado, expuso, la demandante no logró acreditar los requisitos de la falta al deber de la información, y si bien no tiene la obligación de hacerlo, tampoco en el proceso se llevó a cabo una valoración probatoria certera que llevará al convencimiento de que para la época del traslado a la falta del deber de la

³ **Recurso Colpensiones (récord, (24:48):** “Interpongo recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir su despacho, para solicitar a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en la especialidad Sala Laboral, la revoquen en su integridad, por las siguientes razones:

No comparte este apoderado judicial la no aplicación que hizo el despacho del artículo 2 de la ley 797 de 2013 modificada por el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que el despacho le dio talante a esta norma de extinguidad o prescriptibilidad del derecho, lo cual se aleja totalmente del alma o si o de la razón principal de esta norma, puesto que la demandante, como quiera que cumple los requisitos de ley de uno u otro régimen, deberá ser pensionado por vejez.

En ese sentido, la aplicación inmediata de esta norma no está generando un detrimento para los derechos prestacionales ni pensionales de la demandante y por tal razón debe ser aplicada su integridad, toda vez que a la fecha no ha sido derogada, orgánicamente, ni tampoco ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional. Por otro lado, el encuadramiento jurisprudencial que eh (sic) decidió llevar a cabo el a quo con respecto a la valoración probatoria que se tiene en este proceso, pues este apoderado judicial, se encuentra en descontento en el sentido de que él, aquí demandante, no logró acreditar los requisitos de la falta al deber de la información, y si bien no tiene esa obligación de hacerlo, pues tampoco en el proceso se (sic) se llevó a cabo, una valoración probatoria certera que nos llevará al convencimiento de que para la época del traslado a la falta del deber de la información fue tácita y directa, sino que la motivación de la demandante para querer retornar al régimen de prima media con prestación definida, el descontento con el valor de su mesada pensional en COLFONDOS, lo cual para ellos si se dio, una fuerte valoración probatoria, eh (sic), incluso en el interrogatorio de parte que se surtió en esta audiencia en ese sentido, pues el encuadramiento jurisprudencial no da lugar, puesto que la Corte Suprema de Justicia en su reiterada y pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de (sic) de la reiterada jurisprudencia de la sala laboral, perdón, ha reiterado que el descontento con el valor de la mesada pensional de los afiliados, pues no se puede reportar como una falta del deber de la información, ya que para la época del traslado era imposible saber cuál iba a ser su mesada pensional.

En ese sentido, solicito a los honorables magistrados, absuelven a COLPENSIONES de las pretensiones, que sean incoadas en su contra, en gracia de discusión que decidan confirmar la ineficacia del traslado, le solicitó respetuosamente liberen a COLPENSIONES de las (sic) de la condena en costas, ya que éstas se muestran excesiva respecto al interés que se reclama en este proceso y respecto a los asuntos directamente implicados en el mismo, ya que a COLPENSIONES, tal y como se puede ver en la contestación de la demanda, han de no costarle los hechos de la misma, y en ese sentido, está respondiendo por actos jurídicos celebrados por terceros, eh (sic) de tal forma, la condena en costas e afectaría directamente, el sistema financiero, al ser una condena, pues de carácter cuantitativo. Hasta aquí mi recurso, señoría, muchas gracias.”.

información fue tácita y directa, sino que la motivación de la demandante para querer retornar al régimen de prima media con prestación definida, se basó en el descontento con el valor de su mesada pensional en COLFONDOS, al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral, ha reiterado que el descontento con el valor de la mesada pensional de los afiliados, no se puede tener como una falta del deber de la información, ya que para la época del traslado era imposible saber cuál iba a ser su mesada pensional.

Por último, solicitó se absuelva a COLPENSIONES de la condena en costas, ya que éstas se muestran excesivas respecto al interés que se reclama en este proceso y respecto a los asuntos directamente implicados en el mismo, ya que a COLPENSIONES, tal y como se puede ver en la contestación de la demanda, han de no costarle los hechos de la misma, y en ese sentido, está respondiendo por actos jurídicos celebrados por terceros, de tal forma, la condena en costas afecta directamente el sistema financiero, al ser una condena de carácter cuantitativo.

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 LIGIA VIRGINIA ACOSTA CASTRO en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda y reforma (Exp. digital 01ExpedienteDigitalizado.pdf, páginas 32 a 33 y 118 a 120), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 28 a 31 y 113 a 117, ibidem), aspirando se declare la nulidad de la vinculación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad pensional con PORVENIR S.A., consecuente con esto, se condene a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a remitir los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual, reembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de los aportes pensionales, que COLPENSIONES acepte la vinculación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como a recibir el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, que la actora adquirió el status para la pensión de vejez en el régimen pensional previsto en la Ley 797 de 2003,

debiendo COLPENSIONES reconocer la pensión de vejez desde el 4 de noviembre de 2016, fecha en que cumplió el status pensional junto con los intereses moratorios por el no reconocimiento oportuno desde el momento de la consolidación del derecho, indexación, costas y agencias en derecho y derechos *ultra y extrapetita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la señora LIGIA VIRGINIA ACOSTA CASTRO al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 6 de mayo del año 1998. En consecuencia, para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por lo tanto, siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, se ordenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la pensión mínima, devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, todos estos dineros debidamente indexados, al momento de la entrega a COLPENSIONES. Igualmente, se condenó a las AFP PORVENIR y PROTECCIÓN a que remitan a COLPENSIONES los dineros que recaudaron por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación de la demandante a dichos fondos debidamente indexados. Frente a COLPENSIONES se indicó, puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante de los montos no previstos y si las reservas dispuestas para tal efecto. Asimismo, se ordenó recibir los dineros provenientes de los fondos, efectuando los ajustes en la historia pensional de la actora. En cuanto al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la aquí demandante, consideró la a quo que no era dable condenar a Colpensiones como quiera que solo podrá analizar la prestación cuando sean trasladados por parte de Colfondos y las demás AFP los dineros junto con los rendimientos financieros y demás gastos ordenados, tornándose entonces improcedente la pretensión. Por último, se condenó en costas a las demandadas, PROTECCIÓN, PORVENIR, COLFONDOS Y COLPENSIONES.

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

trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 4 de noviembre de 1959 (*Página 23, Archivo 01ExpedienteDigital*), por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 30 de junio de 1995, contaba con 35 años de edad, quedando claro que, en principio, es beneficiaria del régimen de transición, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por la demandante el **06 mayo de 1998, efectiva el 1º de julio de la misma anualidad**, por afiliación que hiciera a PORVENIR. De otra parte, la actora no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -de acuerdo con el parágrafo del artículo 151⁵ - de ésta ley lo sería hasta a más tardar el 30 de junio de 1.995 o en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental- por cuanto para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había prestado sus servicios para el Hospital Simón Bolívar Empresa Social del Estado por espacio de **723,71 semanas**⁶ (*Certificado de Información Laboral, Archivo 01, páginas 18 a 21 del expediente digital*), no obstante ello, la demandante cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional **por edad** pese a su traslado, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002, por lo que resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional y la conservación del beneficio transicional con

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

⁵ ARTÍCULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de abril de 1.994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma.
PARÁGRAFO. El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1.995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.

⁶ El Hospital Simón Bolívar es una Empresa Social del Estado del **Orden Distrital**, de conformidad con los Acuerdos No. 13 y 17 de 1997 del Concejo Distrital, por medio de los cuales transformaron los Hospitales en Empresas Sociales del Estado, que ostentan la jurisdicción coactiva predicada en la Ley 1066 de 2006.

base en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, desde luego si hay lugar a declararla.

Nótese, de la imagen que se insertará a continuación, la aquí demandante contaba con menos de 750 semanas al 30 de junio de 1995, teniendo en cuenta los aportes efectuados por los empleadores Clínica de Marly S.A. y Hospital Simón Bolívar E.S.E.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

ORIGEN DE DATOS	DOCUMENTO	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	PRIMER NOMBRE	SEGUNDO NOMBRE
Registraduría/Das	C 35462939	ACOSTA	CASTRO	LIGIA	VIRGINIA

RESUMEN HISTORIA LABORAL

Nit/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta	No.Días	Salario	Error/observación
P 1008200167 - 11	CLINICA DE MARLY S A	LABORAL	ISS	23/01/1978	31/07/1978	190	\$1,770	
P 1008200167 - 11	CLINICA DE MARLY S A	LABORAL	ISS	01/08/1978	31/12/1978	153	\$2,430	
P 1008200167 - 11	CLINICA DE MARLY S A	LABORAL	ISS	01/01/1979	28/02/1979	59	\$3,300	
P 1008200167 - 11	CLINICA DE MARLY S A	LABORAL	ISS	01/03/1979	24/03/1980	390	\$7,470	
N 800196433	HOSPITAL SIMON BOLIVAR EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO	LABORAL	CENISS	18/10/1983	29/06/1992	3178	\$0	
N 800196433	HOSPITAL SIMON BOLIVAR EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO	LABORAL	CENISS	30/06/1992	30/06/1995	1096	\$138,683	

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
4610	658.57	0	0.00	0	0.00	5066	723.71	0	0.00	0	0.00

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS

DIAS	4610	SEMANAS	658.57	DIAS	5066	SEMANAS	723.71

El número de semanas se calculó con días calendario.

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 **06 mayo de 1998, efectiva el 1º de julio de la misma anualidad** (página 99, archivo 28 y página 36, archivo 21), por afiliación que hiciera 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 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):

«(...)

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

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

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la demandante al fondo demandado 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 2011⁸, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

Al punto sea del caso precisar, al absolver el interrogatorio de parte⁹ la demandante refirió que estaba laborando y llegó la jefe y le informó que tenía una reunión, fue y había un asesor de Porvenir, quien le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba acabar, que iba a tener 4 veces mejor una mesada en el fondo privado, además, el asesor ya tenía el formulario y solo fue firmarlo y ya, aunado a que la reunión duró como 15 minutos aproximadamente. Informó, no le informaron nada de financiación, fondo pensional, capital de cuenta de ahorro individual, rendimientos, aportes voluntarios, solo dio los datos requeridos porque le dijeron que los necesitaban, por lo que solo escribió el nombre, edad, cédula y firmó. Igual situación ocurrió en el 2003 ya que se afilió a Colfondos porque como le dijeron que iba a estar muy bien pensionada.

Conforme tales medios 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 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, punto este, que además, es objeto de apelación de Colpensiones.

De lo expuesto, no vislumbra la Sala confesión alguna por parte de la demandante de haber recibido información en los términos anteriormente indicados, además, se resalta, 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

⁹ **Interrogatorio a la demandante, récord 19:55:** “Soy enfermera auxiliar, estaba laborando y llegó la jefe y nos dijo que teníamos una reunión, fuimos y estaba un asesor de Porvenir, nos dijo que el Seguro se iba acabar, que iba a tener 4 veces mejor una mesada, él ya tenía el formulario y los firmamos y ya, la reunión duró como 15 minutos, fue tan breve todo que solo nos dijeron que el Seguro se iba acabar, no hablamos de nada más, no nos informaron nada de financiación, fondo pensional, capital de cuenta de ahorro individual, rendimientos, aportes voluntarios, relacione a mis hijos porque nos dijeron que necesitaban esos datos, solo di eso y ya, escribí mi nombre, edad y cedula y firmé, en el 2003 me afilie c Colfondos porque como nos dijeron que iba a estar muy bien pensionada firmé, me motivé a trasladarse a otro fondo porque cada día se presentaba un nuevo asesor, yo dije que si no había problema y dijeron que no, yo no fui asesorada, yo tenía 57 años y busque un Abogado y me asesoraron, yo quedo mejor pensionada en el ISS”.

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 **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.

Sea del caso indicar, con relación al recurso interpuesto por Colpensiones, esta Corporación analizó el contenido del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, no obstante, al haberse faltado al deber de información por parte de la AFP PORVENIR S.A., no es viable su aplicación, sin que esto signifique que se está desconociendo dicha normatividad.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (**06 de mayo de 1998 efectivo el 1º de julio 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 SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la 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.

Frente al traslado a diversas AFP memórense los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, aquel con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y más recientemente la sentencia 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 COLFONDOS S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (página 111, archivo 01, *ContestaciónColfondos.pdf*), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la pensión mínima y primas del seguro previsional, 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, PROTECCIÓN y COLFONDOS, también deberán retornar las **comisiones debidamente indexadas** con cargo a sus propias utilidades¹⁰, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

«(...)

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

¹⁰ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

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 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 (...)».

Asimismo, se dispondrá, 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 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 No. 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES¹¹, a favor de quien se surte la consulta (Páginas 81 a 82 «01ExpedienteDigitalizado.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 por ello que lo

¹¹ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 15 de octubre de 2019, archivo 01, página 211-

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 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)

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 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 las codemandadas.

Establecido lo anterior, en virtud de la ineficacia del traslado, reiterando que la actora es beneficiaria del régimen de transición, conforme se expuso desde el inicio de esta providencia (artículo 36 de la ley 100 de 1993) ingresa por esa vía al estudio del derecho pensional solicitado, advirtiéndose que la demandante durante su vida laboral ha efectuado cotizaciones a COLPENSIONES, desde el 23 de enero de 1978, fecha que se consigna en el reporte de semanas cotizadas incorporado al expediente en la página 22 del archivo 01, por manera que, el régimen anterior aplicable a la situación pensional de la accionante es el contenido en el Decreto 758 de 1990, que en su artículo 12 exige la edad de 55 años para las mujeres y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, y en ese orden en relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que la demandante alcanzó los 55 años de edad el 04 de febrero de 2014, conforme se extrae de la documental visible en la página 23 del archivo «01ExpedienteDigitalizado.pdf».

Pues bien, en lo que respecta al requisito de semanas, el Acuerdo 049 de 1990 exige 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo, al respecto, se tiene de los reportes de cotización expedido por Colpensiones, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Porvenir y Protección, que la demandante cumple con suficiencia las semanas exigidas, pues para la fecha en que cumplió los 55 años de edad, superaba ampliamente 1.000 semanas de cotización, razón por la cual es procedente el reconocimiento del derecho pensional.

Para mayor precisión se ilustran las semanas registradas:

- a) Reporte de semanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público donde se informa que, entre el **23 de enero de 1978 al 10 de junio de 1995**, la

demandante cotizó **723,71 semanas**. (páginas 21, archivo 01, expedientedigitalizado.pdf. – Imagen insertada anteriormente.

b) Ahora, como cotizaciones en el Instituto de Seguros Sociales, se tiene el resumen de semanas con corte al 20 de mayo de 2014, el cual relaciona como periodos del 1o de enero de 1996 al 31 de julio de 1998 para un total de **41,57** (Para establecer 41,57 semanas, la Sala procedió a descontar del total de semanas -154,71- la suma de -113,14-, cotizados entre el 23 de enero de 1978 al 24 de marzo de 1980, toda vez que, estos periodos se contabilizaron en el literal anterior). -páginas 22, archivo 01, expedientedigitalizado.pdf-.

[1]Identificación Aportante	[2] Nombre o Razón Social	[3] Desde	[4]Hasta	[5] Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1008200167	CLINICA DE MARLY S A	23/01/1978	24/03/1980	\$ 7.470	113,14	0,00	0,00	113,14
800196433	HOSPITAL SIMON BOLIVAR	01/01/1996	31/01/1996	\$ 489.500	4,29	0,00	0,00	4,29
800196433	HOSPITAL SIMON BOLIVAR	01/02/1996	30/11/1996	\$ 285.932	37,29	0,00	0,00	37,29
800196433	HOSPITAL SIMON BOLIVAR	01/12/1996	31/12/1996	\$ 295.372	0,00	0,00	0,00	0,00
800196433	HOSPITAL SIMON BOLIVAR	01/01/1997	31/01/1997	\$ 172.005	0,00	0,00	0,00	0,00
800196433	HOSPITAL SIMON BOLIVAR	01/02/1997	31/03/1997	\$ 350.266	0,00	0,00	0,00	0,00
800196433	HOSPITAL SIMON BOLIVAR	01/04/1997	30/04/1997	\$ 295.780	0,00	0,00	0,00	0,00
800196433	HOSPITAL SIMON BOLIVAR	01/05/1997	31/10/1997	\$ 350.266	0,00	0,00	0,00	0,00
700196433	HOSPITAL SIMON BOLIVAR	01/11/1997	30/11/1997	\$ 700.532	0,00	0,00	0,00	0,00
800196433	HOSPITAL SIMON BOLIVAR	01/12/1997	31/12/1997	\$ 172.005	0,00	0,00	0,00	0,00
800196433	HOSPITAL SIMON BOLIVAR	01/01/1998	31/01/1998	\$ 537.120	0,00	0,00	0,00	0,00
800196433	HOSPITAL SIMON BOLIVAR	01/02/1998	28/02/1998	\$ 1.202.929	0,00	0,00	0,00	0,00
800196433	HOSPITAL SIMON BOLIVAR	01/03/1998	31/03/1998	\$ 580.161	0,00	0,00	0,00	0,00
800196433	HOSPITAL SIMON BOLIVAR	01/04/1998	30/04/1998	\$ 577.510	0,00	0,00	0,00	0,00
800196433	HOSPITAL SIMON BOLIVAR	01/05/1998	31/07/1998	\$ 547.282	0,00	0,00	0,00	0,00
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:								154,71

- c) Relación de aportes de PORVENIR S.A. entre las fechas 1º de agosto de 1998 al 07 de octubre de 2003, para un total de **460,28 semanas** (páginas 193 a 204, archivo 01, expedientedigitalizado.pdf).
- d) Por parte de PROTECCIÓN S.A. se indicó que la afiliación fue entre el 21 de agosto de 2003 al 07 de diciembre de 2004, cotizando un total de **67,85** semanas (archivo 13, páginas 25 a 27).

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 la misma demandada Colfondos adujo en la contestación que el estado de la afiliación de la actora es activa, 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 demandante, 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, advirtiendo la tasa de remplazo que se debe aplicar se sujetará a lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, dado que en el plenario no obra la historia

laboral actualizada de la actora en aras de definir la cantidad de semanas que tiene cotizadas.

En cuanto al pago de los intereses moratorios, respecto de los cuales solicita la parte accionante se condene a la demandada, a juicio de la Sala en el caso de autos no es procedente su imposición, en virtud de lo expuesto en la Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013, como quiera que se presentó un debate fáctico jurídico razonable, en cuanto en primer lugar se está resolviendo sobre la ineficacia del traslado de régimen y solo hasta éste fallo se determinó que en efecto la demandante tiene la calidad de afiliada al RPM y por ende le asiste el derecho para acceder a la prestación pensional de vejez, para lo cual fue necesario acudir a lo dispuesto por la Jurisprudencia de la máxima Corporación y al acervo probatorio recaudado, y en esa medida existen razones atendibles que justifican la omisión en el reconocimiento pensional, por lo que se absolverá de ésta pretensión.

Igualmente, no es procedente condenar al pago de la indexación al no haberse causado retroactivo pensional alguno, pues la prestación reconocida será a partir de la fecha efectiva de retiro.

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 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 los numerales **SEGUNDO** y **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN** que además de lo ordenado por la Juez *a quo* deberán retornar las comisiones debidamente indexadas con cargo a sus propias utilidades, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, 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.

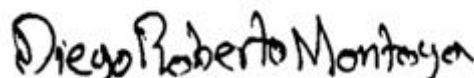
TERCERO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar a la señora **LIGIA VIRGINIA ACOSTA CASTRO** la pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir de la fecha efectiva de retiro, conforme a la motiva.

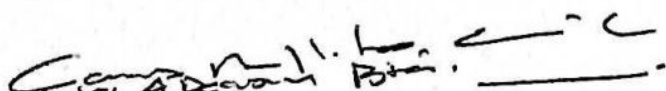
CUARTO: ABSOLVER a **COLPENSIONES** del pago de los intereses moratorios e indexación, conforme a lo expuesto.

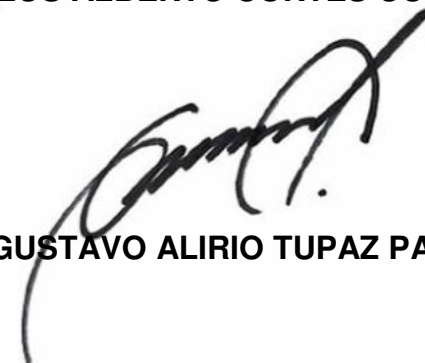
QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: 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 LINDA LEONOR
MATALON CASTEL CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES- (RAD. 24 2022 00074 01).**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la entidad demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última contra la sentencia proferida por la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de esta ciudad, el pasado 22 de febrero de 2022 (18Audiencia22022023, récord 27:31 expediente virtual), en la que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el disfrute de la pensión de vejez reconocida a la demandante es a partir del 1º de octubre de 2020, así como que la señora LINDA LEONOR MATALON CASTEL tiene derecho a la reliquidación de su mesada pensional a partir del 1º de octubre de 2020, teniendo en cuenta como ingreso base de liquidación correspondiente a los últimos 10 años contados hasta la última fecha de la cotización que aparece acreditada en el expediente esto es 30 de septiembre de 2020, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocer la mesada pensional de la demandante, estableciendo como valor de la primera mesada pensional la suma de \$10.378.444 pesos a partir del 1º de octubre de 2020, atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: AUTORIZAR a la demandada a deducir del retroactivo a pagar a la demandante, el valor cancelado por concepto de mesadas pensionales causadas a partir del 19 de agosto 2016 hasta el 30 de septiembre de 2020, con las diferencias pensionales retroactivas adeudadas a partir del 1º de octubre 2020 y en lo sucesivo

hasta que la demandante cancele lo que recibió por ese concepto, siendo necesario ordenar a la demandante que restituya lo que adeuda a la parte demandada y de ser necesario que haga un acuerdo de pago con la demandada para que no se le afecte su mínimo vital, lo anterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra por la Sra. LINDA LEONOR MATALON CASTEL, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

QUINTO: Sin condena en costas conforme a lo expuesto.

SEXTO: En el caso de que no se interponga recurso de apelación contra la presente decisión, remítase el expediente a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá para que surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.”.

Inconformes con la decisión la demandante y la entidad demandada la apelaron.

En primer lugar, la demandante a través de su apoderado solicitó¹, se tenga en cuenta que nadie puede alegar su propia culpa en su favor, ya que la entidad Colpensiones al momento del reconocimiento de la pensión incurrió en ella al

¹ **Recurso Demandante (récord, 29:43):** “Muchas gracias señora juez, juez interpongo recurso de apelación de manera respetuosa respecto a su providencia para que el Honorable Tribunal tenga en cuenta. Señora Juez respecto a la condena o a la decisión que su despacho dispuso en contra de mi prohijada solicito se tenga en cuenta que nadie puede alegar su propia culpa a favor suyo, un error por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones al momento del reconocimiento de la pensión, porque hubo una demora injustificada al momento de hacer, de generar la resolución del cumplimiento de sentencia como obra en el expediente administrativo, no podemos hacer una deducción a los dineros de mi prohija, toda vez que quien hizo la liquidación de reconocimiento fue la Administradora Colombiana de Pensiones y mi prohijada no hizo incurrir en error alguno a la demandada hoy Colpensiones.

De igual forma se evidencia señora magistrada que si hay una causación de intereses moratorios, porque mi prohijada en agosto del 2018, mediante el suscrito apoderado hizo ver, demostró ante la Administradora Colombiana de Pensiones dicho error, error que no fue aclarado y corregido por parte de la demandada, en ese orden de ideas, señora Juez solicitó al Honorable Tribunal primero se condene a la demandada al reconocimiento y pago del retroactivo pensional, toda vez que no hubo culpa alguna de mi prohijada y por el contrario actuó en derecho y no podemos alegar la propia culpa de la demandada a favor de ellos.

En ese orden de ideas, solicitó se reconozcan las diferencias pensionales desde el momento en que mi prohijada adquirió el status pensional, toda vez que como se evidencia en los documentos aportados tanto por la demandada como el suscrito, no hay error que mi prohijada o el suscrito hayamos hecho incurrir a la demandada, si no es un error meramente de la demandada.

Respecto a los intereses moratorios se evidencia que efectivamente sí hay una causación de intereses moratorios porque la Administradora Colombiana de Pensiones desconoció el reconocimiento de los valores de diferencia de la mesada pensional de acuerdo a la jurisprudencia expuesta tanto en la demanda, como lo argumento también el despacho, en ese orden de ideas, solicito se reconozcan los intereses moratorios desde noviembre del año 2020, fecha de los cuatro meses posteriores a la solicitud y negación de la misma.

Respecto a las costas y agencias en derecho solicitó se condene en costas y agencias en derecho a la demandada, toda vez que reiteró el error fue de ellos, no fue mi prohijada ni el suscrito, sino la demora injustificada de la administradora al momento del reconocimiento pensional y hacer debidamente la liquidación.

En ese orden de ideas, señora juez, de manera respetuosa solicito sea admitido el presente recurso de apelación ante el Tribunal de Distrito Judicial de Bogotá, muchas gracias señora Juez.”.

existir una demora injustificada, profiriendo entonces una resolución del cumplimiento de sentencia como obra en el expediente administrativo, explicó, no es procedente hacer una deducción a los dineros de la actora, toda vez que, quien hizo la liquidación de reconocimiento fue la Administradora Colombiana de Pensiones sin que la demandante indujera en error alguno a la entidad.

De igual forma argumentó, hay una causación de intereses moratorios porque la demandante en el mes de agosto del 2018 puso en conocimiento la inconsistencia a la entidad, sin que se aclarara y corrigiera la decisión, en ese orden de ideas, peticionó, se condene al reconocimiento y pago del retroactivo pensional, toda vez que no hubo culpa alguna del extremo activo y por el contrario actuó en derecho.

En ese orden de ideas, consideró, hay lugar a reconocer las diferencias pensionales desde el momento en que se adquirió el status pensional junto con los intereses moratorios, siendo viable el reconocimiento de este último concepto desde el mes de noviembre teniendo en cuenta cuatro meses posteriores a la solicitud.

Respecto a las costas y agencias en derecho solicitó se condene a Colpensiones toda vez que hubo una demora injustificada en el reconocimiento pensional y no efectuó una debida liquidación de la pensión de vejez.

Finalmente, COLPENSIONES recurrió² la sentencia de primer grado, solicitando se revoque el numeral concerniente a la reliquidación de la mesada pensional de la demandante, atendiendo que la entidad dio cumplimiento al reconocimiento pensional ordenado judicialmente, actuando así de buena fe.

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

²**Recurso Colpensiones (récord, 33:11):** “Gracias su señoría, respetuosamente me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba proferir el despacho, únicamente para que ante el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral se revoque solamente el numeral que ordena reliquidar la mesada pensional de la demandante, esto en atención, así como desde los mismos alegatos de conclusión se señaló Colpensiones atiende al reconocimiento pensional dando alcance y cumplimiento a una orden judicial, en razón a ello su señoría, Honorables Magistrados les ruego revocar esta decisión, como quiera que Colpensiones actúa de buena fe, reiteró, dando alcance y cumplimiento a una orden judicial, por lo que no podía actuar de otro modo, por lo demás conforme su señoría, gracias.”.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante LINDA LEONOR MATALON CASTEL en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el libelo (página 5 a 7, archivo 01 del expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos (pág. 7, ibidem), encaminadas a que se declare que tiene derecho a que se modifique y/o reliquide la primera mesada pensional teniendo en cuenta el ingreso base de cotización de los últimos 10 años de cotización pensional que están comprendidos del 31 de diciembre de 2010 hasta 31 de diciembre de 2020, teniendo en cuenta el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Consecuente con ello, se condene a reliquidar la pensión reconocida mediante la Resolución SUB No. 65545 del 12 de marzo de 2021, incrementando el ingreso base de liquidación en \$14.207.447, quedando la mesada pensional de \$7.859.200, se condene al pago del retroactivo pensional que se conforma por las diferencias en dinero resultantes entre la mesada que le fuera reconocida mediante Resolución SUB No. 65545 del 12 de marzo de 2021 y la reconocida en la sentencia, causado desde el 19 de agosto de 2016, mesada 14, intereses moratorios que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas, agencias en derecho y condenas extra y ultra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones** por cuanto se declaró que el disfrute de la pensión de vejez reconocida a la demandante es a partir del **1° de octubre de 2020**, teniendo derecho a la reliquidación de su mesada pensional a partir de la misma calenda, teniendo en cuenta como ingreso base de liquidación los últimos 10 años contados hasta la última fecha de la cotización que aparece acreditada en el expediente, esto es, 30 de septiembre de 2020, se condenó a la demandada Colpensiones a reconocer la mesada pensional en la suma de \$10.378.444 a partir del 1° de octubre de 2020, así mismo, se autorizó a la entidad enjuiciada a deducir del retroactivo que se llegare a liquidar, el valor cancelado por concepto de mesadas pensionales causadas entre el 19 de agosto 2016 y el 30 de septiembre de 2020, con las diferencias pensionales retroactivas adeudadas a partir del 1° de octubre 2020 y en lo sucesivo hasta que la demandante cancele lo que recibió por ese concepto, siendo necesario ordenar a la actora que restituya lo que adeuda y de ser necesario que haga un acuerdo de pago con la demandada para que no se afecte el mínimo vital. Finalmente, la a quo absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas relacionada con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y costas del proceso.

Lo anterior, tras considerar la juez de primer grado, la demandada ordenó reconocer la pensión de vejez a la demandante desde el 19 de agosto de 2016 mediante Resolución SUB No. 65545 del 12 de marzo de 2021 en cumplimiento a lo dispuesto en su momento por el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá del 8 de agosto de 2018, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado efectuado el 1º de octubre de 1998 ordenándose el traslado al RAIS administrado por COLPENSIONES. A su vez, relató, se condenó al estudio de la pensión de vejez en aplicación a la Ley 797 de 2003 a partir del 19 de agosto de 2016, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral en providencia del 26 de junio de 2019.

Consideró la a quo, la forma de liquidación que efectuó la entidad demandada podría ajustarse a derecho, no obstante, no se tuvo en cuenta que el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá dentro de las consideraciones indicó que se debía realizar la liquidación de la prestación con base en los lineamientos de la Ley 797 de 2003, adujo, si bien el fallador en su momento advirtió que el reconocimiento sería desde el 19 de agosto de 2016, se debe tener en cuenta que a esta decisión se arribó dada la ineficacia del traslado y la devolución de los aportes no existiendo certeza frente a la fecha de reconocimiento y por tanto la liquidación de la prestación pensional, resaltó, se ordenó el estudio de la pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003, siendo viable la modificación de la fecha de reconocimiento, asistiéndole razón a la parte demandante en este sentido.

Por otra parte, aplicando el pronunciamiento de la sentencia de la alta Corporación SL 39366 de 2012, advirtió, no se configuran los presupuestos de la cosa juzgada analizada de oficio ya que si bien, concurren los elementos de identidad de causa y partes toda vez que se está debatiendo el derecho pensional que fue solicitado dentro del proceso del Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá entre la demandante y Colpensiones, no ocurre lo mismo con la identidad de objeto ya que dentro del proceso que cursó en el Juzgado 9º Laboral N. 2016 - 00707 no se indicó la forma en que sería liquidada la pensión, advirtiendo, solo se señaló que se debían trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual, debiendo posteriormente Colpensiones dar trámite al reconocimiento pensional, no pudiendo entonces inferirse que exista una cosa juzgada.

Aclarado lo anterior, concluyó, conforme al contenido del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, la causación y disfrute será tenido en cuenta al momento de

liquidación la pensión de vejez, por lo que al haberse efectuado la última cotización el 30 de septiembre de 2020, es dable reconocer la pensión a partir del 1º de octubre de 2020. Igualmente, procedió a efectuar la liquidación de la mesada pensional, teniendo en cuenta los últimos 10 años anteriores a dicha data (30 de septiembre de 2020), estableciendo como tasa de reemplazo el 70,56%, arrojando una mesada pensional de \$10.378.444, autorizando para tal fin a la demandada descontar los valores pagados en exceso por retroactivo pensional y desde el 19 de agosto de 2016, toda vez que la prestación se reconoce en este proceso a partir del 1º de octubre de 2020. Asimismo, negó la mesada adicional de junio (mesada 14), atendiendo que ésta solo procede cuando la causación se dio antes del 31 de julio de 2011 y no superaban los 3 smmlv en aplicación de lo previsto en los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 y Acto Legislativo 01 de 2005.

En cuanto a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, adujo, no existió mala fe de la entidad demandada dado que dio cumplimiento a la orden impartida por la jurisdicción laboral en los términos ordenados.

Establecido lo anterior procede la Sala a indicar que se abordara el estudio del presente asunto además de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, en el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones respecto de las condenas que le fueron impuestas y le sean desfavorables.

Así las cosas, los problemas jurídicos que se abordaran ante esta instancia corresponden a: i) establecer si hay lugar a reliquidar la mesada pensional de la demandante desde la última cotización ii) si procede el descuento a cargo de la demandante de las mesadas pensionales reconocidas desde el 19 de agosto de 2016 al 30 de septiembre de 2020 iii) si hay lugar al pago de retroactivo por diferencias pensionales iv) reconocimiento de intereses moratorios (141 de la Ley 100 de 1993) y, v) costas y agencias en derecho a cargo de la demandada.

En este orden, sea lo primero indicar, no es objeto de discusión en esta instancia que la actora se encuentra pensionada en virtud de una decisión judicial conforme lo señala la Resolución SUB 65545 del 12 de marzo de 2021 (expediente digital, archivo 21, páginas 24 a 33), acto administrativo que estableció como IBL \$7.285.733 y una tasa de reemplazo del 62.82% para un valor de mesada pensional de \$4.916.125 a partir del 19 de agosto de 2016, esta prestación se otorgó en virtud de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003,

teniendo en cuenta el IBL de los 10 últimos años anteriores al 19 de agosto de 2016, posteriormente, mediante escrito radicado el 13 de agosto 2021, la señora LINDA LEONOR MATALON CASTEL, a través de su apoderado presentó inconformidad respecto del cumplimiento a fallo judicial, solicitando: *“se reliquide la pensión de la señora Linda Leonor Matalon Castel, teniendo en cuenta exclusivamente las semanas cotizadas desde el 31 de diciembre de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2021. Es decir, los últimos 10 años de cotización de mi prohijada.”*, información que se extrae del contenido de la Resolución SUB 338530 del 20 de diciembre de 2021 (archivo 01, paginas 35 a 39:

De tal manera, en primer lugar, y en aras de establecer la procedencia de la reliquidación pensional solicitada se ha de analizar los términos en que fue concedido el derecho pensional a la accionante, que como ya se dijo fue a través de una sentencia judicial así:

- a) El Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia del 8 de agosto de 2018 ordenó: *“proceder al estudio de la pensión de vejez prevista en la Ley 797 de 2003 a partir del **19 de agosto de 2016**, como fue solicitada en la demanda”* (archivo 15, documento L11001310500920160070700_110013105009_001_003, récord 15:15 el expediente digital).
- b) A su vez, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia proferida el 26 de junio de 2019, confirmó la decisión proferida por la a quo, concretamente frente a la pensión de vejez plasmó por escrito: *“la Administradora del RPM debe recibir los dineros remitidos para que resuelva la solicitud de pensión”*. (Página 9, archivo A7 folio 153 al 177 expediente digital).

Posteriormente, en cumplimiento al fallo judicial la encartada reconoció la pensión de vejez a la demandante desde el 19 de agosto de 2016 mediante Resolución SUB No. 65545 del 12 de marzo de 2021, extrayéndose del mentado acto administrativo que ordenó el reconocimiento desde el 19 de agosto de 2016 por haber sido la fecha indicada en la citada sentencia, data que corresponde al cumplimiento de los 57 años de edad de la actora, momento en el cual además contaba con 1.405 semanas.

En la precitada resolución, también se mencionó que la demandante había efectuado cotizaciones al sistema pensional entre el 10 de marzo de 1980 al 30 de septiembre de 2020, figurando como empleador desde el 1º de septiembre de 2012 la sociedad BLUE CARGO S.A. hasta el último periodo de cotización y retiro definitivo (30 de septiembre de 2020), para un total de 1.616,26 semanas cotizadas en toda la vida laboral.

Así las cosas, en principio resultaría coherente establecer que la demandante tiene derecho al reconocimiento pensional a partir del 19 de agosto de 2016 al haberse **CAUSADO** en dicha calenda la pensión, pues evidentemente a esa fecha contaba con la edad y semanas exigidas por la ley para ser acreedora del derecho, es decir, fue el momento en que consolidó su status pensional³, no obstante frente a dicha situación, debe la Sala indicar que no se puede entender que la orden dispuesta en su momento por la Juez Novena Laboral del Circuito, era que se debía reconocer y pagar la pensión desde ese momento, pues se infiere de manera lógica, lo que pretendió tal juzgadora fue establecer con el 19 de agosto del 2016 la fecha de **causación del derecho** más nada dijo frente al **DISFRUTE** de la pensión de vejez, máxime cuando para la fecha del fallo de primera instancia (8 de agosto de 2018), acorde a la historia laboral que reposa a páginas 24 a 33 del archivo 01 del expediente digital, se encontraba activa y cotizando al sistema, siendo este el escenario para establecer dicha situación, coincidiendo por ende la Sala con lo considerado por la a quo frente a este aspecto.

Frente a esta situación la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL3752-2022, estableció la diferencia entre la causación y el disfrute así:

*“En armonía con lo anterior, debe recordarse que es diferente la causación y disfrute de la pensión, como lo enseñó esta Sala de Casación en fallo CSJ SL2876-2022, pues el **primer elemento**, «se estructura cuando se reúnen los requisitos mínimos exigidos en la ley para acceder a la prestación pensional», y el **segundo**, «supone el cumplimiento del primero y se da cuando se solicita el reconocimiento de la pensión a la entidad de seguridad social, debiendo como regla general, llevarse a cabo la previa desafiliación del régimen» (CSJ SL, 6 de jul. 2011, rad.38.558).*

Teniendo como fundamento la anterior enseñanza, y con asidero en las premisas fácticas que fijó el Tribunal, en el sub examine, bajo lo ordenado en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, la resolución de reconocimiento a partir del 1 de enero de 2008, da cuenta de la causación del derecho, mas no permite aseverar que a partir de ese momento se activara el disfrute de la pensión y la exclusión como

³ Cumplimiento de edad y semanas exigidas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. -RPM-

afiliada, que se reitera, siguió ostentando de hecho y de derecho hasta el 31 de julio de 2013.”. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

En igual sentido, en un caso de similares características al presente la misma Corporación, consideró (CSL SL507-2023):

“En vista de que las pruebas demuestran que aún está trabajando, y que sigue afiliado a Colpensiones, entonces el pago de la prestación debe hacerse a partir del momento en que se desafilie del Sistema, toda vez que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el disfrute de la prestación se origina con la desafiliación. Con ello se procura que, para el cálculo del ingreso base de liquidación, se tenga en cuenta hasta la última semana cotizada, sobre la base de la eficacia de los aportes que representan, en últimas, el esfuerzo inmanente al trabajo humano.

Sobre la diferencia entre los conceptos de causación y disfrute de la pensión, reiteró la Corte en la sentencia CSJ SL2876-2022 lo siguiente:

Ahora bien, en cuanto a la estructuración del referido derecho pensional, resulta del caso precisar que esta Sala ha establecido la diferencia entre la «causación» y el «disfrute» de la pensión de vejez. Frente al primero, ha preceptuado que éste «se estructura cuando se reúnen los requisitos mínimos exigidos en la ley para acceder a la prestación pensional», y frente al segundo, que «supone el cumplimiento del primero y se da cuando se solicita el reconocimiento de la pensión a la entidad de seguridad social, debiendo como regla general, llevarse a cabo la previa desafiliación del régimen» (CSJ SL, 6 de jul. 2011, rad.38.558).”.

Y finalmente en sentencia SL2607-2021, que reiteró lo dicho en la SL3245-2019, indicó:

*“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, ... (negrillas del texto)”*
CSJ SL5541-2019 y CSJ SL354-2021).

Explicado lo anterior, se tiene entonces que en el presente asunto la señora LINDA LEONOR MATALON CASTEL, siguió cotizando al sistema hasta el 30 de septiembre de 2020, esto es, con posterioridad al fallo que declaró la ineficacia del traslado de régimen y ordenó a Colpensiones estudiar la pensión de vejez, en consecuencia y definida la diferencia entre causación y disfrute del derecho, se tiene que la prestación pensional de la actora debió ser reconocida y pagada a partir del día siguiente al de su última cotización (01/10/2020) y no desde el 19 de agosto del 2016, pues como ya se explicó, esa fecha señalada por la Juez 9

Laboral del Circuito se ha de tomar como la data de causación del derecho y no la del disfrute, pues como se vio la promotora del litigio nunca dejó de cotizar pese a la sentencia que declaró la ineficacia del traslado y ordenó el reconocimiento de la pensión, pues como se ve de la historia laboral (archivo 01, páginas 24 a 33) sus cotizaciones fueron continuas desde el 10 de marzo de 1980 y hasta el 30 de septiembre del 2020 siendo ese por ende el momento en que se desafilia del sistema y en consecuencia la fecha que se ha de tomar como la del disfrute la prestación pensional.

Razones por las cuales en este caso lo procedente es reliquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta hasta la última cotización efectuada al sistema por parte de la demandante, reiterando, si bien se dio cumplimiento por parte de Colpensiones a un fallo judicial reconociendo la prestación desde el 19 de agosto de 2016, lo cierto es que su interpretación fue errada pues como ya se dijo esta fecha hacía referencia era a la causación del derecho y NO al disfrute, siendo procedente, se insiste, en la reliquidación de la pensión de vejez.

En esta medida, al realizar la actora la última cotización al sistema el 30 de septiembre de 2020, será a partir del día siguiente a dicha calenda en que la demandante deberá disfrutar el derecho, esto es, desde el **1º de octubre de 2020**, tal como lo concluyó la a quo, precisándose, si bien la entidad manifestó en su recurso de apelación que procedió a dar cumplimiento a lo ordenado judicialmente, lo cierto es que no es de recibo que procediera a liquidar los últimos 10 años anteriores al mes de agosto de 2016 cuando la demandante había aportado hasta el 30 de septiembre de 2020 y de dicha situación tenía pleno conocimiento la entidad, confundiéndose la causación con el disfrute. En este caso, si bien la providencia que se pretendía cumplir no dijo nada frente a la forma de liquidación, lo cierto es que Colpensiones debió liquidar la prestación teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada por ser ese el momento de la desafiliación del sistema y por ende el del disfrute de la pensión de vejez.

Establecido lo anterior, dada la modificación en la fecha desde donde se debe otorgar la primera mesada pensional (disfrute), procede la Sala en virtud del grado jurisdiccional de consulta a efectuar la liquidación con el apoyo del Grupo Liquidador dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura, obteniendo las siguientes sumas, aclarando, se tuvieron en cuenta los últimos 10 años cotizados y anteriores al 30 de septiembre de 2020, estableciendo un IBL de

\$14.696.103,24, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 66,13%, arrojando como primera mesada a partir del 1º de octubre de 2020 la suma de **\$9.718.392,36**, así4,:

Tasa de reemplazo (art. 34 de la Ley 100 de 1993)

Calculo Tasa de Reemplazo 2020			
IBL / SMMMLV	\$ 14.696.103,2	\$ 877.803,0	16,7419
No. SMMMLV*0,5	16,7419 * 0,5		8,370957517
65,50%	-	8,3710	<u>57,1290</u>
Semanas adicionales a 1300-1600		300	
300 / 50 * 1,5		9	
57,1290%	+	9,00%	<u>T. R.</u> 66,13%

Liquidación Ingreso Base de Liquidación -IBL

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2010	90	71,200	103,80	1,458	\$ 4.000.000,00	\$ 5.831.460,7	\$ 17.494.382,0
2011	360	73,450	103,80	1,413	\$ 4.191.666,67	\$ 5.923.689,6	\$ 71.084.275,0
2012	360	76,190	103,80	1,362	\$ 4.443.000,00	\$ 6.053.070,0	\$ 72.636.839,5
2013	360	78,050	103,80	1,330	\$ 4.685.916,67	\$ 6.231.878,9	\$ 74.782.547,1
2014	360	79,560	103,80	1,305	\$ 10.842.583,33	\$ 14.146.055,2	\$ 169.752.662,1
2015	360	82,470	103,80	1,259	\$ 15.416.333,33	\$ 19.403.606,2	\$ 232.843.273,9
2016	360	88,050	103,80	1,179	\$ 16.219.556,25	\$ 19.120.839,7	\$ 229.450.076,8
2017	360	93,110	103,80	1,115	\$ 18.012.354,17	\$ 20.080.360,5	\$ 240.964.325,5
2018	360	96,920	103,80	1,071	\$ 18.748.195,83	\$ 20.079.062,4	\$ 240.948.748,8
2019	360	100,000	103,80	1,038	\$ 18.908.900,00	\$ 19.627.438,2	\$ 235.529.258,4
2020	270	103,800	103,80	1,000	\$ 19.782.888,89	\$ 19.782.888,9	\$ 178.046.000,0
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2020	\$ 1.763.532.389
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 14.696.103,24
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					66,13%
		Primera mesada					\$ 9.718.392,36
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2020	\$ 877.803,00

4“Al respecto, conforme al artículo 34 citado, el monto mensual de la pensión de vejez que se obtiene con el mínimo de semanas requeridas corresponde a un porcentaje que oscila entre el 65% y el 55% del ingreso base de liquidación en cada caso, en forma decreciente, en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. Así, la tasa de reemplazo inicial del 65% se obtiene cuando el ingreso base de liquidación es equivalente a un salario mínimo, siendo por lo tanto el valor de “s” igual a 1 SMLMV. Veamos la fórmula:

Fórmula: $r = 65.50 - 0.50 s$

$(0.50 \times 1 = 0.5)$

Resultado: $r = 65.50 - 0.50 = 65$

De esta manera, el valor de la pensión se halla al aplicar al ingreso base de liquidación una tasa de reemplazo calculada con base en la fórmula decreciente señalada, lo que constituye una innovación introducida por el Ley 797 de 2003, ya que, básicamente, se pasa de una tasa de reemplazo fija del 65%, como se estableció en la normativa original --Ley 100 de 1993--, a hacerlo con una tasa variable entre el 65% y el 55%, calculada en función del nivel de ingresos de cotización.”. CSJ SL3501-2022.

Dentro de este contexto, observa la Sala que la Juez de primer grado estableció una mesada pensional que ascendió a \$10.378.444, aplicando una tasa de reemplazo del 70,56%, no pudiéndose concluir lo mismo en esta alzada, pues se dio aplicación a lo previsto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 por lo que al resultar aquí inferior a la ordenada en primera instancia se modificará el numeral **SEGUNDO** en lo que atañe a la cuantía de la primera mesada en virtud del grado jurisdiccional de Consulta, por ser más beneficiosa a los intereses de COLPENSIONES.

En consecuencia, se establece como retroactivo de diferencias de las mesadas causadas entre el **1º de octubre del 2020 al 28 de abril de 2023**, teniendo en cuenta las mesadas que ha reconocido la entidad Colpensiones a la demandante en razón a su calidad de pensionada en la suma de **\$140.966.429,33**, monto que resulta ser inferior al ordenado en primera instancia, ya que la a quo estableció como suma a pagar \$148.366.487, precisándose el mismo continuara causándose hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina.

Retroactivo Liquidado

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada Reliquidada	Diferencia	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 4.916.125,00			0,00	\$ 0,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 5.198.802,00			0,00	\$ 0,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 5.411.433,00			0,00	\$ 0,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 5.583.517,00			0,00	\$ 0,0
01/10/20	31/12/20	3,80%	\$ 5.795.691,00	\$ 9.718.392	\$ 3.922.701,00	4,00	\$ 15.690.804,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 5.889.002,00	\$ 9.874.858	\$ 3.985.856,11	13,00	\$ 51.816.129,4
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 6.219.964,00	\$ 10.429.825	\$ 4.209.861,14	13,00	\$ 54.728.194,8
01/01/23	28/04/23	13,12%	\$ 7.036.023,00	\$ 11.798.218	\$ 4.762.195,20	3,93	\$ 18.731.301,1
Total retroactivo diferencia pensional desde 01-10-2020 a 28-04-2023							\$ 140.966.429,33

Ahora bien, consecuente con todo lo anterior y siendo un punto de apelación del extremo activo, se hace imperioso indicar a la demandante que bajo ninguna interpretación resulta procedente solicitar la exoneración del pago de las mesadas pensionales, pues Colpensiones reconoció desde el 19 de agosto de 2016 la pensión de vejez, sin que la demandante tuviera derecho al disfrute desde esa data conforme se estableció en precedencia, por lo que, al haber recibido dineros por concepto de mesadas pensionales desde esa fecha, se configura un

enriquecimiento sin causa en cuantía de \$257.052.970⁵, monto que deberá descontarse del retroactivo causado desde el 1º de octubre de 2020 (aquí liquidado), así:

- Percibido por la demandante \$257.052.970 (entre el 19 de agosto de 2016 al 30 de septiembre de 2020)⁶.
- Diferencias adeudadas por Colpensiones \$140.966.429,33 (desde el 1º de octubre de 2020 al 28 de abril de 2023) (*Tabla retroactivo insertada anteriormente*).

Valor Total adeudado a favor de Colpensiones \$116.086.541⁷.

En este orden, esta Sala de decisión confirmará la autorización a COLPENSIONES para realizar las deducciones por mesadas pagadas entre el 19 de agosto de 2016 al 30 de septiembre de 2020, así como las diferencias pensionales causadas desde el 1º de octubre de 2020 en adelante, acatando el mínimo vital que le asiste a la demandante y previo acuerdo con la pensionada, advirtiéndose la suma atrás señalada es a la fecha del fallo de segunda instancia, sin perjuicio de las que se sigan causando, siendo la enjuiciada quién deberá establecer el monto real adeudado por la actora al momento del recobro.

⁵ Liquidación realizada por el Grupo Liquidador.

⁶

Tabla retroactivo pensional cancelado de sentencia entre 19-08-2016 A 30-09-2020					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada	Nº. Mesadas	Subtotal
19/08/16	31/12/16	6,77%	\$ 4.916.125,00	5,40	\$ 26.547.075,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 5.198.802,00	13,00	\$ 67.584.426,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 5.411.433,00	13,00	\$ 70.348.629,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 5.583.517,00	13,00	\$ 72.585.721,0
01/01/20	30/09/20	3,80%	\$ 5.795.691,00	9,00	\$ 52.161.219,0
Valor de retroactivo pensional de sentencia entre el 19-08-2016 A 30-09-2020					\$ 289.227.070
Valor descontado por aporte a salud					-\$ 32.174.100
Valor Neto de retroactivo pensional de sentencia entre el 19-08-2016 A 30-09-2020					\$ 257.052.970

⁷ \$257.052.970-140.966.429,33.

De igual forma, se autoriza las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado a la actora⁸, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 el cual dispuso que: *"se entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público"*, mientras que en su artículo 42 permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud"*.

En otro giro, en lo que toca a la excepción de prescripción formulada por Colpensiones desde la contestación de la demanda (página 13, archivo 05, expediente digital)⁹, se tiene que en el caso bajo examen el reconocimiento pensional como ya se dijo, se realizó a través de Resolución SUB 65545 del 12 de marzo de 2021, presentando solicitud de reliquidación el 13 de agosto de 2021, según se extrae de la Resolución SUB 338530 del 20 de diciembre de 2021 (archivo 01, páginas 34 y ss.), siendo incoada la demanda el **24 de febrero de 2022** (acta de reparto, página 64, archivo 01, expediente digital), esto es, no trascurrieron los 3 años previstos en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L, advirtiéndose COLPENSIONES fue notificada del auto admisorio de la demanda (fecha 13 de mayo de 2022, archivo 02) el 20 de mayo de 2022 (Archivo 03 expediente digital), esto es, dentro del año que establece el artículo 94 del C.G.P.

Frente a los intereses moratorios anhelados por la parte actora, en los cuales insiste en la alzada, es de advertir, si bien la postura de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, ha definido que para para el impago de mesadas pensionales por las diferencias resultantes de reliquidaciones si proceden los intereses consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993¹⁰, lo cierto es que también se debe analizar las causas que dieron origen al reconocimiento pensional y en este caso, se dio con ocasión al proceso que ordenó la ineficacia del traslado y consecuente reconocimiento y reliquidación de la pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003 a cargo de Colpensiones, siendo

⁸Ver al respecto la sentencia de la CSJ S.L. Radicación No. 35763 del 27 de enero del 2010, la cual adujo:

"De otro lado, no habrá lugar a modificar la sentencia de primer grado, para autorizar al demandado descontar del retroactivo pensional las sumas que correspondan a los aportes obligatorios para salud a cargo de la adora, dado que, por expresa disposición legal -inciso tercero del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, está obligado a ello"

⁹ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 13 de octubre 20220, archivo 07 del expediente digital.

¹⁰ CSJ SL3130-2020.

procedente dar aplicación a lo dispuesto en sentencia CSJ SL2801-2022, donde dispuso:

“Los intereses moratorios no proceden cuando: i) La negativa de las entidades para reconocer las prestaciones a su cargo, tiene respaldo en las normas que en un comienzo regulaban la situación o su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces, ii) Se otorga la prestación pensional en aplicación de un cambio de criterio jurisprudencial, iii) Se inaplica el requisito de fidelidad al sistema, iv) La controversia se define bajo una interpretación normativa, como sucede en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, v) Existe controversia entre beneficiarios y vi) Cuando la pensión surge con ocasión de la declaratoria de la ineficacia del traslado”. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

En acatamiento de lo anterior, no podrá accederse a la revocatoria deprecada por la parte actora.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de la demandante, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el 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 no haber sido desfavorable totalmente, razón por la cual de acuerdo a lo previsto en el numeral 5º del artículo en cita, hay lugar a la abstención de la condena en costas, debiendo confirmarse la providencia impugnada en este punto.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y los recursos de apelación interpuestos por las partes, procediendo a la modificación del numeral segundo y adición de la sentencia de primer grado; en lo demás se convalidará lo decidido.

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

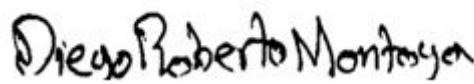
PRIMERO: MODIFICAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida por la a quo, en el sentido de indicar que la mesada a reconocer a partir del 1º de octubre de 2020, asciende a la suma de \$9.718.392,36, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

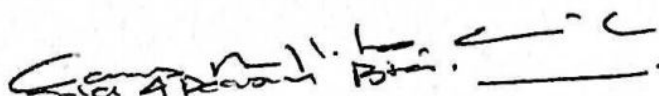
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar a Colpensiones que del retroactivo reconocido a la demandante, se descuenten los aportes a salud conforme lo regula el artículo 204 de la Ley 100 de 1993.

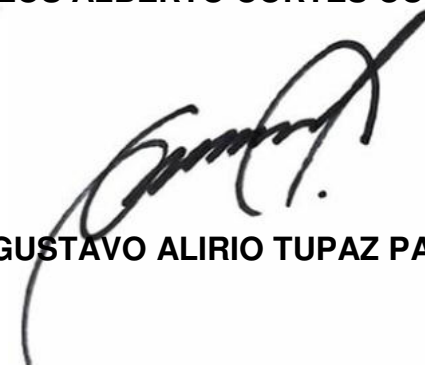
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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**

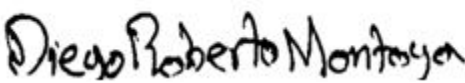
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RUTH ESMERALDA ROMERO LATORRE CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., y como llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (RAD. 26 2021 00365 01).

Bogotá D.C., veintiocho (28) de Abril dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado DANIEL ANDRÉS PAZ ERAZO como apoderado sustituto de la demandada SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido por VERÓNICA DIAZ DEL CASTILLO ROMÁN en su calidad de representante legal de la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADO S.A.S.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

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 las demandadas PORVENIR S.A. y SKANDIA 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 15 de marzo del 2023 (Exp. Digital: Audiencia archivo 26, récord: 1:00:45), en la que se resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante RUTH ESMERALDA ROMERO LATORRE al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO. CONDENAR a los fondos de pensiones **PORVENIR** y **SKANDIA** a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones 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 de sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO. ABSOLVER a la Llamada en Garantía **MAPFRE SEGUROS DE VIDA S.A.** de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte de **SKANDIA**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO. - CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones **PORVENIR, PROTECCIÓN** y **SKANDIA**, y a favor de la demandante, a razón de un (33.33%) a cargo de cada una, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS (\$1'500.000).

OCTAVO. - CONDENAR en costas de esta instancia a SKANDIA, y SEGUROS DE VIDA, perdón a SKANDIA y a favor de MAPFRE SEGUROS DE VIDA, fijándose como agencias en Derecho la suma de QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000).”

Inconforme con la decisión la apoderado de PORVENIR apeló la decisión únicamente frente a la condena de la indexación refiriendo la misma corresponde a 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, advirtiendo que como se esta ordenando retornar los rendimientos los mismos no han sufrido perdida 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 Cali 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 26, récord: 1:02:49¹)

SKANDIA por su parte señaló en su apelación que siempre actuó de buena fe en la relación del traslado horizontal que realizó la demandante de forma libre, voluntaria y consciente, tal como quedo expresado en el formulario de afiliación, por lo que

¹ **APODERADA PARTE DEMANDADA (PORVENIR)** Por parte de PORVENIR de ~~manera~~ respetuosa, me permito presentar recurso de apelación parcial, en cuanto al numeral tercero de la sentencia y específicamente frente a la orden que se le da a mi representada, de devolver las sumas debidamente indexadas, este recurso lo sustento en los siguientes argumentos, en la sentencia, SL-9316 del 29 de junio del 2016 se precisó que, la indexación abro comillas “Es la simple actualización de la moneda ~~por~~ (sic) para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía”, cierro comillas.

En este orden de ideas y tenido en cuenta que todas las obligaciones que deben cumplir las AFP está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, es entonces incompatible y excluyente, ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, se han generado rendimientos muy superiores a los que se garantizan en el régimen de prima media y en este sentido el Tribunal Superior de Cali en sentencia dentro del proceso 2022-00562 del pasado 20 de enero del año en curso, indicó abro comillas “respecto de la indexación, la Sala considera que no hay lugar a dicha posición, toda vez que (no se entiende sic) los rendimientos y compensan la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado los emolumentos a retornar, por tal razón se revoca dicha condena a Colfondos y Porvenir” cierro comillas, luego ordenar que por venir indexe cualquier suma de dinero, sin duda en poner una doble sanción por cuánto sin razón alguna y sin que resulte necesario realizar ninguna operación matemática (no se entiende sic), los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelanto mi representada, a partir del acto jurídico informado que celebró, la demandante supera la (sic), con creces la posible pérdida del poder adquisitivo dinero de la afiliada, representados en los aportes pensionales. Por esta razón, a los señores magistrados que solicito de manera respetuosa se revoque la sentencia, específicamente ~~en el tere~~ (sic) en el numeral tercero de la sentencia y específicamente frente de la orden que se le da a mi representada, devolver las sumas debidamente indexadas y con cargo de sus propios recursos, atendiendo que, pues está sumas, ya no están en su en el poder de mi representada en esos términos, su señoría, dejo presentado mi recurso de apelación. Muchas gracias.

considera no se le debió haber condenado a devolver suma alguna conforme a la declaración de ineficacia, más si se tiene en cuenta que la pretensión en este caso no obedece una falta al deber de información o engaño el momento del traslado por parte de la actora, sino que obedece al cumplimiento de expectativas pensionales de la demandante.

Precisa el acto de afiliación realizado sí es susceptible de la prescripción de conformidad con los términos establecidos en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código procesal del trabajo y de la Seguridad Social, por lo que la exigibilidad de los derechos que se ocasione por cuenta de ellos, surge a partir del momento en que supuestamente se presentó la omisión, de modo que solicita se revoque la condena de la devolución por gastos de administración, sumado a que los mismos hacen parte del sistema general de pensiones, por lo que dicha comisión no es de la afiliada, y al ordenar devolver esos gastos de administración, lo que hace es generar un enriquecimiento sin justa causa y un pago de lo no debido a favor de COLPENSIONES, pues durante el tiempo en que estuvo afiliada la demandante con su representada COLPENSIONES no realizó gestión alguna, misma situación refiere en relación con la devolución de los seguros previsionales y los valores del fondo de garantía de pensión mínima, los cuales fueron contratados con un tercero y no se encuentran en su poder, refiriendo se estudie la solicitud del llamamiento en garantía efectuada a Mapfre en caso de confirmarse la decisión de primer grado.

En relación con la indexación expresa no ser viable toda vez que se está ordenando a la AFP actual, la devolución de los rendimientos y estos rendimientos incluyen los rendimientos que se generaron durante el tiempo que estuvo afiliada con SKANDIA, compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado en el capital de la afiliada, reiterando al ordenar la devolución de los rendimientos al fondo actual no se puede disponer su indexación dada su incompatibilidad por constituir un doble pago, solicitando por ende revocar y absolver a tal AFP de todas las condenas impuestas. (Exp. Digital: Audiencia archivo 26, récord: 1:04:46²)

² **APODERADA PARTE DEMANDADA (SKANDIA)** Gracias, señora juez.

Me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho y dentro de mi recurso de apelación le solicito a los honorables magistrados que en el presente caso se REVOQUEN todas y

cada una de las condenas en contra de mi representada, según la decisión tomada por el juzgado de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sea lo primero que hará entonces aclarar que SKANDIA, siempre actuó de buena fe en la relación del traslado horizontal que realizó la demandante, de forma libre, voluntaria y consciente, tal como quedo expresado en el formulario de afiliación, a pesar de tener este formulario, una forma preimpresa, se encuentra ajustado en los requisitos establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 del año 1994.

Cumpliendo entonces con estas obligaciones que estaban a su cargo para la fecha en que se dio traslado horizontal y esto de las consagradas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 del año 94, no se debió haber condenado a mi representada, devolver suma alguna conforme a la declaración de ineficacia, más si se tiene en cuenta que la pretensión en este caso no obedece una falta al deber de información, o engaño el momento del traslado por parte de la actora, sino que obedecen la solicitud de ineficacia conforme al cumplimiento de expectativas pensionales de la demandante, sin tener en cuenta que mientras la mesada pensional en el régimen de prima media se conforma o se calcula de conformidad con el monto de los aportes, durante el tiempo en los últimos decenios de cotización, el monto de los aportes durante la totalidad de la historia laboral.

Por otro lado, el régimen de ahorro individual obedece a cuál fue el monto acumulado por la demandante en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, sumada la provisión de expectativa de vida y la conformación familiar de la afiliada y estos fueron condiciones aceptadas por la demandante, no solamente con la afiliación inicial en el régimen de ahorro individual, sino con los traslados horizontales, siendo improcedente que primero, solicite la declaración de ineficacia conforme a estas motivaciones, y segundo, que en este caso se haya declarado la ineficacia, eh, para la presente (sic), para el presente caso, sin tener en cuenta lo anteriormente expuesto.

Asimismo, los que (no se entiende, sic), reclamó por la parte actora, fue el acto de afiliación, realizado a los fondos privados y el primer acto de afiliación que realizó fue en el año 1995, es decir, que no está en discusión la consolidación o causación del Derecho prestacional, sino un punto en específico, que es la afiliación, elemento que sí es susceptible de la prescripción de conformidad con los términos establecidos en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código procesal del trabajo y de la Seguridad Social.

Entonces, si por parte del despacho se argumentaba una supuesta falta al deber de información de mi representada, no cabe duda alguna que la exigibilidad de los derechos que se ocasione por cuenta de ellos, surge a partir del momento en que supuestamente se presentó, tal vez hubo omisión y conforme a la declaratoria de ineficacia, se está ordenando a mi representada a devolver en primer lugar la suma por concepto de gastos de administración, para lo cual solicito la revocatoria de dicha condena, teniendo en cuenta que la Comisión de Administración está es direccionada a retribuir la gestión que deben desarrollar las AFPS, que hacen parte del sistema general de pensiones, luego dicha comisión no es de la afiliada, porque tanto en el régimen de ahorro individual como en el régimen de Prima Media, la ley ha dispuesto un dicho porcentaje a favor de las AFPS y al ordenar devolverles estos gastos de administración, lo que hace es generar un enriquecimiento sin justa causa y un pago de lo no debido a favor de COLPENSIONES, pues en relación a los aportes pensionales durante el tiempo en que estuvo afiliada la demandante con mi representada COLPENSIONES no realizó gestión alguna. Así mismo son (sic), se constituiría entonces una violación al principio constitucional de la buena fe y confianza legítima, porque al ordenar, a mi representada sus gastos de administración se está ordenando devolver judicialmente una suma que tiene un titular definido legalmente, y esto es mi representada que realizó la gestión de administración. De igual forma, si ordena devolver las sumas de seguros, eh previsionales, sin tener en cuenta que no es procedente tal devolución, ya que estas no estaban en poder, sino ante la compañía aseguradora que se contrató para la cobertura de las contingencias de invalidez y muerte, la destinación de esta suma ya cumplieron con su objetivo y en su consecuencia, aquellas se agotaron y se extinguieron, entonces la cobertura que brindó la respectiva compañía de seguros ya se hizo efectiva y no puede retrotraerse en el tiempo porque es material y jurídicamente imposible. En otras palabras, la demandante, durante el tiempo en que estuvo afiliada con mi representada en general con el régimen de ahorro individual con solidaridad, estuvo y ha estado amparada en los riesgos de invalidez y muerte, para lo cual gracias a esto se contrataron unas primas y unos seguros contratados, primas que fueron pagadas a terceros y causado así que por lo tanto no se encuentran en poder de mi representada y por lo tanto, durante el escrito de contestación de demanda, se presentó el respectivo llamamiento en garantía en donde se solicitó de conformidad con las pólizas suscritas con Mapfre, se ordenará no devolver a mi representada las sumas por concepto de seguro de provisional durante el tiempo en que estaba dicha póliza, sino a la aseguradora Mapfre, hecho que no se tuvo en cuenta para la presente decisión, por lo cual solicito se revoque dicha condena, y si en dado caso se ordena mi representada devolver dicho valor no se ordene a esta, sino a la aseguradora de conformidad con el llamamiento realizado.

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 7 y 8), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 5 a 7, ibidem), aspirando de manera principal se declare la ineficacia de la vinculación a Colpatria hoy Porvenir y las subsiguientes a Protección S.A. y Skandia S.A., en consecuencia se ordene a Protección a trasladar la totalidad del ahorro junto con los rendimientos a Colpensiones, así mismo se disponga que ésta reciba los aportes realizados y acepte el traslado, condenas *ultra y extra petita*, costas del proceso y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS. En consecuencia, ordenó a PROTECCIÓN 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 Pensión Mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, misma orden le dio a PORVENIR y SKANDIA S.A. (con excepción de los rendimientos financieros) y a COLPENSIONES le ordenó 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**

Por último, frente a los valores del Fondo de Garantía de pensión mínima, quisiera precisar que no es procedente dicha condena por cuanto esta suma ya se encuentran extintas y no hacen parte de los dineros que administra mi representada y todos estos valores se están ordenando devolver de forma indexada sin tener en cuenta que no es viable la indexación a la suma retornar, toda vez que se está ordenando a la AFP actual, la devolución de los rendimientos y estos rendimientos incluye los rendimientos que se generaron durante el tiempo que estuvo afiliada con SKANDIA, compensando la ~~depreciación adquisitiva~~ (sic), la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado en el capital de la afiliada.

Así mismo, ordenar devolver estos rendimientos al fondo actual, como manifesté anteriormente, que incluyen los rendimientos durante el tiempo que estuvo afiliada a SKANDIA y ordenar devolver así mismo la indexación resultaría incompatible por cuánto implicaría un doble cobro para la AFP que represento.

Por ende, le solicitó a la sala respetuosamente revocar la decisión objeto del recurso de apelación y en su consecuencia, absolver a mi representada de todas y cada una de las condenas impuestas en su contra. Muchas gracias, señora juez.

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 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 29 de mayo de 1962 (*página 3, 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 a través de las peticiones elevadas ante PORVENIR el 14 de abril de 2021, SKANDIA el 8 de febrero del 2021 y COLPENSIONES el 15 de febrero del 2021 (*páginas 32 a 36, 40 a 44 y 60 a 66, 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

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”.

741.57⁴ semanas cotizadas al sistema (Exp. Digital: *archivo 14* página 51), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **29 de septiembre de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1° de octubre de 1995** (*páginas 72 y 74, archivo 12 expediente digital*), por afiliación que hiciera inicialmente a COLPATRIA hoy 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.

4

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
5191	741.57	0	0.00	0	0.00	5743	820.43	0	0.00	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 5191		SEMANAS: 741.57		DIAS: 5743		SEMANAS: 820.43					
El número de semanas se calculó con días calendario											

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

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

Frente a este 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

«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 PORVENIR antes COLPATRIA.

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

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

**EXP. 26 2021 00365 01 RUTH ESMERALDA ROMERO LATORRE CONTRA LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA
S.A.**

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, radicales 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.

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

“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.

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, 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 demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las

⁷ **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 cotice 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 funcionario 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”.

implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 1995 cuando se encontraba laborando en SEGUROS COLPATRIA, dicha sociedad reunió a sus empleados indicándoles que habían creado ahora el fondo de pensiones y por ser sus empleados lo más lógica era que se afiliaran al mismo, indicándole que había una gran probabilidad que el ISS se extinguiera, por lo que procedió a firmar tal formulario. Manifestó de manera clara que, no le indicaron 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 COLPATRIA hoy PORVENIR, haya cumplido con su obligación de buen consejo, para con la actora.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR (*página 74 Archivo 12 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 –COLPATRIA hoy 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:

Etapas acumulativas	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 1995, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (29 de septiembre de 1995, efectivo el 1º de octubre de 1995) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose

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

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.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (pág. 48, Archivo 14 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 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 traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN S.A., fondo al que se encuentra afiliada la actora (*Página 48 Archivo 14 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, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. deben 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.

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

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

[...]

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

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

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

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

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

Ahora, con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, punto objeto de apelación por parte de PORVENIR y SKANDIA 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 otros Tribunales no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre

otras en sentencias STL 2416 de 2017, radicado 46128 y SL 4099 de 2019, radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

Por otro lado, conviene 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 COLPENSIONES⁸, a favor de quien se surte la consulta (*página 8 Archivo 9 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

⁸ Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 6 de julio del 2022 (*Archivo 15 expediente digital*).

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

Es de anotar en este punto para resolver las inconformidades de SKANDIA S.A., 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 término 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, frente a la petición realizada por SKANDIA de condenar a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en sentir de esta Corporación, en virtud de las pólizas No. 9201407000002 y 9201411900149 (*Archivo 13 expediente digital*), se advierte la aseguradora no está obligada a cubrir ninguna de las condenas, atendiendo que lo pretendido en autos no es otra cosa que la declaratoria de ineficacia, por falta de consentimiento informado de la afiliación realizada por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con el consecuente retorno al régimen de prima media con prestación definida y el traslado de las sumas recibidas por concepto aportes, cotizaciones, bonos pensionales, adicionales, rendimientos financieros.

El anterior razonamiento encuentra sustento en lo previsto en el artículo 108⁹ de la Ley 100 de 1993, que impone a las administradoras de fondos de pensiones el deber de contratar seguros colectivos previsionales que concurren a la financiación de las pensiones de invalidez y sobrevivientes que deban reconocerse a los afiliados del RAIS, lo cual implica que la garantía contratada solo se activa cuando ocurre el reconocimiento de dichas prestaciones –invalidez y sobrevivientes- y se requiere completar el capital respectivo para su pago al beneficiario, aspectos no comprendidos en la discusión de autos, lo que desde luego conlleva la absolución de la aseguradora convocada al proceso. Se confirma la decisión.

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

⁹ **ARTÍCULO 108. SEGUROS DE PARTICIPACIÓN.** Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación. <Inciso modificado por el artículo 54 de la Ley 1328 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno Nacional determinará la forma y condiciones cómo las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán contratar los seguros previsionales para el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de 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 y TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES, además de lo dispuesto por la Juez *a quo*, 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: 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

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA DENTRO
DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SANDRA MILENA
MORALES RINCÓN CONTRA SOCIEDAD ENFERMERAS PROFESIONALES
LIMITADA (RAD. 28 2015 00487 01).**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida por la Juez Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 15 de noviembre de 2022 (11AudioAudiencia, récord 16:28), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR PROBADAS** las excepciones formuladas por la demandada que denominó inexistencia del contrato y cobro de lo no debido, conforme se dijo en la parte motiva de esta decisión.*

***SEGUNDO: ABSOLVER a la SOCIEDAD DE ENFERMERAS PROFESIONALES LTDA** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas por la señora SANDRA MILENA MORALES RINCÓN por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*

***TERCERO: COSTAS** de esta instancia estarán a cargo de la demandante, señalándose como agencias en derecho la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS (\$200.000).*

***CUARTO:** Si no fuera apelada la decisión anterior, se deberá CONSULTAR con el superior en cuanto le resultó totalmente adversa a los intereses de la demandante.”.*

Inconforme con la decisión absolutoria el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación solicitando¹ se revoque la sentencia en su totalidad

¹ **(Apoderado Demandante, récord 17:19, archivo 11):** “Muchas gracias, señoría, estando dentro de la oportunidad procesal, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir su despacho. Para que la misma sea revocada por el honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral por las siguientes razones. En primer lugar, es claro que la actora sí estuvo de manera continuada subordinada por parte de la sociedad de enfermeras profesionales en el marco de un disfrazado convenio asociativo cuyo único fin era disfrazar la existencia de un verdadero contrato de trabajo y así eludir la carga prestacional y las demás obligaciones previstas en las leyes sociales de trabajo. Cuando mi poderdante jamás realizó un curso de cooperativismo, el cual exige la ley para ser la socia de una cooperativa de trabajo como lo es la gestión administrativa de Recursos Humanos, no había pruebas sobre tal curso y por lo tanto, siempre se comportó como un verdadero empleador, como ya quedó demostrado al ejercer el poder subordinante, lo cual hace que el nexo resulte totalmente laboral y es así que debe declararse un contrato verbal a término indefinido desde el 8 de agosto de 2008 hasta el 20 de noviembre del año 2011 entre mi poderdante y la aquí demandada, pues se dan todos los presupuestos esenciales del contrato, como son la subordinación, prestación personal de servicio, ya que está probado que ella atendía a los pacientes que ser limitada le otorgaba para que ella o le ordenaba para que ella fuera a prestar sus servicios y la remuneración que recibía que le consignaban en la cuenta de Bancolombia. Pues para este efecto hay que tener en cuenta la sentencia con radicado No. 14302, que reza en uno de sus apartes: “Si bien es cierto las cooperativas de trabajo son aquellas que vinculan al trabajador personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras, la prestación de servicios sin ánimo de lucro con la plena autonomía técnica, administrativa y financiera y que, conforme a la Ley 789 y el Decreto 468 de 1990, se admite que estos entes contraten a la ejecución de una obra labor a favor de las terceras personas. También lo es que cuando se está en presencia de la subordinación y la continuidad de la relación laboral que se venía desarrollando, sumado a la utilización de los elementos de trabajo, materiales y herramientas y espacios físicos suministrados por la empresa usuaria que lo fue, lo que sucedió en el sub lite. No resulta de recibo que se aluda a un vínculo de trabajo asociado consagrado en esos preceptos legales. En sentencia 64412 de 2015, la sala insistió en que las cooperativas de trabajo asociado no pueden ser utilizadas o instrumentalizadas para disfrazar, ocultar la existencia de una verdad, de una verdadera relación subordinada.

Pues, así las cosas, la demandante al encontrarse en estado de lactancia e incapacidad, no podría ser despedida y menos aún si la demanda no solicitó la autorización ni permiso del Ministerio de trabajo para dicho despido. Por encontrarse está con estabilidad reforzada en cumplimiento a la sentencia C-531 de 2000. Pues la terminación de dicho contrato se constituyó en un despido sin justa causa, conforme lo establece el artículo 39 del Código Sustantivo del Trabajo, pues ella tuvo un accidente justo después de terminar su labor. Además, está probado que la empresa se consignaba la demandante del salario en la cuenta de Bancolombia. Según la respuesta de dicho Banco y por lo tanto se declara para todos los efectos laborales la ineficacia del despido por incumplimiento del parágrafo primero del artículo 65 del código sustantivo del trabajo y se debe condenar a sí mismo a la demanda, a la demandada sociedad de enfermeras profesionales, SEP al reconocimiento y pago y reliquidación a favor de la actora de los siguientes conceptos, en primer lugar, al pago de la liquidación de los salarios, teniendo en cuenta las horas extras y recargos nocturnos durante su relación laboral, que fue el 2 de agosto de 2008 hasta el 20 de noviembre de 2011. El pago de las horas extras y recargo nocturno de las mismas fechas de su relación laboral, el pago de las primas y reliquidación, teniendo en cuenta dichas horas extras y recargos nocturnos durante la relación laboral del 2 de agosto de 2008 hasta el 20 de noviembre de 2011, el pago de la liquidación de las vacaciones, teniendo en cuenta las horas extras recargos. Obtuvo durante la relación laboral que fue desde el año 2008 hasta el 20 de noviembre de 2011, la reliquidación con las horas extras y recargos nocturnos durante el mismo período de la relación laboral y el pago de la liquidación de los intereses de las cesantías, teniendo en cuenta las horas extras dominicales festivos y recargo nocturno durante el lapso comprendido entre el 2 de agosto 2008 y el 20 de noviembre de 2011.

Asimismo, se debe condenar a las indemnizaciones que se están pidiendo en la demanda que consagran los artículos 64 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo y la liquidación final de las prestaciones sociales por el lapso que laboró la señora Sandra Milena desde el año 2008 hasta el 20 de noviembre del 2011 y el pago de la indemnización consagrada en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo por el no pago de la liquidación final de prestaciones sociales, en la que se deben incluir las horas extras, el recargo nocturno,

ya que, es claro que la actora sí estuvo de manera continua subordinada por parte de la Sociedad de Enfermeras Profesionales en el marco de un disfrazado convenio asociativo cuyo único fin era ocultar la existencia de un verdadero contrato de trabajo y así eludir la carga prestacional y las demás obligaciones previstas en las leyes sociales de trabajo cuando la demandante jamás realizó un curso de cooperativismo, el cual exige la ley para ser la socia de una cooperativa de trabajo como lo es la gestión administrativa de Recursos Humanos.

Agregó, la demandada Sociedad de Enfermeras Profesionales siempre se comportó como un verdadero empleador al ejercer el poder subordinante, lo cual hace que el nexo resulte totalmente laboral y es así que debe declararse un contrato verbal a término indefinido desde el 8 de agosto de 2008 hasta el 20 de noviembre del año 2011, pues se dan todos los presupuestos esenciales del contrato, como son la subordinación y prestación personal de servicio, al estar probado que la actora atendía a los pacientes que se le asignaban, así como la remuneración le era consignada a la cuenta de Bancolombia. Citó al efecto, el contenido de la sentencia con radicado No. 14302, que reza en uno de sus apartes: *“Si bien es cierto las cooperativas de trabajo son aquellas que vinculan al trabajador personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras, la prestación de servicios sin ánimo de lucro con la plena autonomía técnica, administrativa y financiera y que, conforme a la Ley 789 y el Decreto 468 de 1990, se admite que estos entes contraten a la ejecución de una obra labor a favor de las terceras personas. También lo es que cuando se está en presencia de la subordinación y la continuidad de la relación laboral que se venía desarrollando, sumado a la utilización de los elementos de trabajo, materiales y herramientas y espacios físicos suministrados por la empresa usuaria que lo fue, lo que sucedió en el sub lite. No resulta de recibo que se aluda a un vínculo de trabajo asociado consagrado en esos preceptos legales. En sentencia 64412 de 2015, la sala insistió en que las cooperativas de trabajo asociado no pueden ser utilizadas o instrumentalizadas para disfrazar, ocultar la existencia de una verdad, de una verdadera relación subordinada”*. Así las cosas, concluyó, la demandante al encontrarse en estado de lactancia e incapacidad, no podía ser despedida y menos aún si la demandada no solicitó la autorización ni permiso del Ministerio de Trabajo para dicho despido por encontrarse ésta con estabilidad reforzada en

primas y vacaciones durante toda la relación laboral y las demás pretensiones aquí solicitadas En esa forma, dejó sustentado a mi apelación, señoría, no sin antes advertir que, en la oportunidad procesal”.

cumplimiento a la sentencia C-531 de 2000, constituyéndose entonces la terminación del contrato de trabajo en un despido sin justa causa, conforme lo establece el artículo 39 del Código Sustantivo del Trabajo, pues la actora tuvo un accidente justo después de terminar su labor. Añadió, se debe declarar la ineficacia del despido por incumplimiento del párrafo 1º del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y en consecuencia, condenar a la Sociedad de Enfermeras Profesionales SEP al reconocimiento y pago a favor de la actora de salarios, primas, vacaciones, intereses a las cesantías, cesantías e indemnizaciones que consagran los artículos 64 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo y la liquidación final de las prestaciones sociales por el lapso que laboró la demandante junto con el pago de la indemnización consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por el no pago de la liquidación final de prestaciones sociales.

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 SANDRA MILENA MORALES RINCÓN en este ordinario, las pretensiones relacionadas a páginas 5 a 6 de la demanda (archivo 01), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a páginas 7 a 10, ibidem, encaminadas a que se declare que existió un contrato de trabajo indefinido entre el 2 de agosto de 2008 al 20 de noviembre de 2011, que la demandada no solicitó autorización ni permiso al Ministerio de Trabajo para el despido de la demandante por encontrarse en estabilidad laboral reforzada en cumplimiento de la sentencia C-531 de 2000, se declare que el despido ocurrió sin justa causa, siendo ineficaz el despido por incumplimiento del párrafo 1º del artículo 65 del C.S.T. Consecuente con ello, se condene al reconocimiento y pago de salarios, recargos, vacaciones, intereses a las cesantías, cesantías, prima de servicios, indemnización artículo 64 del C..S.T., artículo 239 del C.S.T., indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., perjuicios materiales y morales previstos en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, indexación, facultades extra y ultra petita y costas. Subsidiariamente solicitó se condene al pago de 180 días de salario en cumplimiento a la sentencia C - 531 de

2000. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones** tras considerar que fue desvirtuada la subordinación por parte de la llamada a juicio Sociedad de Enfermeras Profesionales respecto de la prestación personal del servicio de la demandante, concretamente estimó la juzgadora, en el caso bajo estudio no se allegó elemento probatorio alguno que acredite una posible subordinación de la actora por parte de la Sociedad de Enfermeras Profesionales, tan es así que la demandante realizó su labor con sus propios medios y bajo su responsabilidad, pues se itera el plan de manejo desarrollado a cada paciente era elaborado por ésta conforme a sus conocimientos profesionales. Sumado a ello, consideró la juzgadora, tampoco existe un elemento indicativo que lleve a concluir que la promotora del proceso hubiese tenido que cumplir un horario de trabajo impuesto por la demandada en comento, pues conforme al registro de atención que reposa en las páginas 38 a 47, los turnos en que prestaba su servicio eran diferentes.

Procede la Sala a resolver la controversia, estudiando en concreto los puntos objeto de apelación, en virtud del principio de consonancia, las cuales se dirigieron a reprochar la NO declaración de la existencia del contrato de trabajo con la Sociedad de Enfermeras Profesionales -SEP-.

En este orden de ideas, debe recordarse 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.

En autos, resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, la existencia o no del contrato de trabajo a término indefinido reclamado, en tanto su declaración judicial constituye la pretensión principal de la demandante, mientras que la demandada SOCIEDAD DE ENFERMERAS PROFESIONALES LIMITADA se opuso al afirmar², que se trató de un contrato de prestación de servicios, 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

² Se tuvo por contestada la demanda en auto del 27 de octubre de 2020 (archivo 01, página 231).

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 recordarse, al no existir controversia frente a la prestación personal del servicio por parte de la demandante a favor de la enjuiciada SOCIEDAD DE ENFERMERAS PROFESIONALES LIMITADA, pues así fue aceptado desde la contestación de la demanda (páginas 116 a 135, archivo 01) y dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T. se podría presumir la existencia del contrato de trabajo alegado entre la demandante y SOCIEDAD DE ENFERMERAS PROFESIONALES LIMITADA, correspondiendo por tanto a ésta desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701³.

Sea del caso resaltar que las Cooperativas GESTIONAR ARH y MEDIASOCIADOS COOPERATIVA PROFESIONALES DE SERVICIOS DE SALUD, fueron integradas como Litis Consortes mediante providencia de fecha 02 de agosto de 2016 (archivo 01, página 158), quienes, al no ser notificadas de manera exitosa, les fue designado un Curador Ad Litem, teniéndose por contestada la demanda en auto del 27 de octubre de 2020.

De tal manera, planteadas las posiciones de las partes, procede la Sala a revisar el acervo probatorio recaudado, advirtiendo se recibieron interrogatorios de parte así:

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.”

La representante legal de la demandada ENFERMERAS PROFESIONALES⁴ indicó, existe una contratación con una Cooperativa, consistente en que se le solicita personal de salud para servicios domiciliarios, esos servicios se prestan porque las personas van y trabajan en los domicilios de los pacientes, de acuerdo a los registros de la EPS, la Cooperativa es Mediasociados, entre otras, aclaró, en este proceso, la relación de la prestación de los servicios es con la EPS, los servicios se prestan con la EPS, la EPS no puede tener una relación con la Cooperativa, se vincula a un Coordinador, los profesionales son lo que determinan los pacientes que atenderán, así funcionan los servicios domiciliarios, incluso, eso hacia la demandante, ella prestaba los servicios a pacientes y cuadraba los horarios según conveniencia, luego, recobraba los servicios de manera directa o por medio de la Cooperativa, los profesionales llenan la información del servicio, las IPS prestan los servicios. Puntualmente narró, la demandante prestó los servicios como fisioterapeuta, atendió pacientes de las diferentes EPS a domicilio,

⁴ **RL ENFERMERAS PROFESIONALES S.A.S.**, María Esmeralda récord 01:33:30: “Tengo 2 IPS, tenemos una contratación con una Cooperativa, le pedíamos personal para servicios domiciliarios hace muchos años, esos servicios se prestan porque las personas van y trabajan de acuerdo a los usuarios de las EPS, fueron Media Asociados Club, Gestionar Cooperativa, la que más recuerdo es Mediasociados porque está en este proceso, la relación de la prestación de los servicios es la EPS, los servicios se prestan con la EPS, las EPS no pueden tener una relación con la Cooperativa, esa labor la tenía que hacer la persona, vinculamos a un Coordinador y luego a Liliana, se hacen con los profesionales que determinan las terapias con los profesionales, así funcionan los servicios domiciliarios, incluso eso hacia Sandra, ella prestaba los servicios a pacientes y cuadraba los horarios, los documentos de las Cooperativas de años no están, solo los servicios de salud conforme a las contrataciones con las EPS, se recobraban los servicios sea directo o a través de Cooperativas, nosotros teníamos eso para poder cobrar, los profesionales llenan la información del servicio, las IPS prestan los servicios, no recuerdo un acuerdo de confidencialidad, me imagino que sí, no me acuerdo si suscribí un acuerdo, respecto al contrato de confidencialidad no existe, no se firmó, no está en ningún archivo y no recuerdo, Sandra prestó los servicios como terapeuta, atendió pacientes de las diferentes EPS a domicilio, ella acordaba con la Cooperativa y escogía los pacientes según la distancia con la casa y el horario del paciente, la mayoría de terapias se hacen en el día pero no sé qué horarios escogió ella, si hubo pagos de pacientes que atendió ella, seguramente pasaba cuenta de cobro con la relación de las terapias que hizo, se aportó una certificación pero no conozco las razones, son servicios de una Cooperativa, los profesionales tienen que aportar al constancia del servicios para recobrar el servicio domiciliario con las terapias que revisaban porque pasábamos el cobro en nuestro sector, ella no ganaba salario, pasaba cuentas de cobro, en septiembre pasó cuenta de cobro y se pagó, nosotros tenemos ofertas en la Cooperativa, tenemos pacientes y ellas escogen los pacientes, nosotros no asignamos pacientes, la mayoría de profesionales trabajan en distintas EPS por eso no hay pago fijo, a veces duran más o menos con el pacientes, a veces no les gusta el sitio o la EPS suspende el servicio con la Cooperativa, ella regresó de tener a su bebé y se les dijo que había otra Cooperativa, todos los pacientes están bajo esa prestación del servicio, se hacen asignaciones y ellos miran si lo toman o no, no conozco la cuenta, no sé si se hacía como pago a proveedores, la Cooperativa es la que cancela las terapias, si hubo una cuenta en abril donde ella prestó servicios y se le pagó, si pasaba cuentas de cobro seguramente si se le descontó, eso si sé que se hace la rete fuente, en los pagos de abril pasó cuenta de cobro por los servicios prestados en septiembre de 2011 y dos cuentas en mayo de 2010, esas cuentas las paso, que recuerde, pero era la Cooperativa las que pagana las cuentas de cobro, precisamente ella presentó una cuenta y se le pagó por medio de un cheque, no sé si la Cooperativa hizo descuentos, nosotros o descontados a seguridad social porque es el profesional quien debe pagar, no hubo terminación del contrato, supe que estaba embarazada y tuvo un accidente cuando iba a la casa pero nosotros no la suspendimos, incluso cuando se suspendió una Cooperativa yo le dije que se había terminado el servicio y les contamos los servicios con nuevas Cooperativas dependiendo el contrato con la EPS, eso no aplica aquí”.

ella acordaba con la Cooperativa y escogía los pacientes según la distancia con la casa y el horario del paciente, la mayoría de terapias se hacen en el día pero se desconoce los horarios que ella escogió, los profesionales tienen que aportar la constancia del servicio domiciliario para recobrar las terapias que realizan, ella no ganaba salario, pasaba cuentas de cobro, hay una lista de pacientes y las profesionales escogen los pacientes, la Sociedad de Enfermeras no asigna pacientes, la mayoría de profesionales trabajan en distintas EPS por eso no hay un pago fijo, a veces duran más o menos tiempo con el paciente ya que piden otros pacientes, a veces no les gusta el sitio o la EPS suspende el servicio con la Cooperativa, la demandante regresó de tener a su bebé y se le dijo que había otra Cooperativa, todos los pacientes están bajo esa prestación del servicio, se hacen asignaciones y ellos miran si lo toman o no.

Por su parte la demandante declaró⁵, que ingresó en agosto de 2008 como Fisioterapeuta y “se hacía por días”, “se pagaban los días que yo prestaba

⁵ **Interrogatorio a la Demandante récord 26:31:** “yo ingrese en agosto de 2008, la parte administrativa era arcaica y no tenía leyes como tal, yo ingrese como Terapeuta y se hacía por días, se pagaban los días que yo prestaba servicios en la Clínica, se pagaba mensual de acuerdo a lo que yo trabajaba, era por tiempo trabajado, se pasaba una cuenta de cobro donde se relacionaban las terapias, a comienzos de mes se asignaban pacientes y hacíamos un horarios, al final entregábamos las cuentas de cobro junto con las historias clínicas, la documentación se entregaban a la Clínica no a la Cooperativa, había un Coordinador de domicilios, en el sello dice SEP LTDA SERVICIOS PORFESIONALES, los últimos servicios que presté fue en septiembre de 2011, desafortunadamente el 27 de septiembre tuve un accidente porque el accidente fue fuerte y no tenía seguridad social, me hicieron una reunión y yo comente que estaba en lactancia porque yo no tenía claro qué iban hacer con nosotros, pero en realidad el contacto directo fue la Cooperativa, las ordenes me las daba Eder o William Reinoso, luego volví y el 20 de noviembre renuncié, después del accidente y todo el proceso que fue complicado, al regresar me dijeron que no había más pacientes y dije que no tenía protección, yo dije que no iba a firmar ningún contrato, por esas razones paso mi carta de renuncia y ellos me devuelven y dicen que no tengo ningún contrato con ellos, la envié varias veces porque no la querían recibir, la carta que yo radiqué envié la carta el 20 de noviembre, la del 30 no se recibió, una de esas cartas fue la que me respondieron, las cartas están dentro de las pruebas, yo soy Fisioterapeuta de la Universidad Nacional y tengo certificados en discapacidad, nos decían qué diagnósticos tenía el paciente y así hacíamos un programa de rehabilitación, miraba las historias clínicas, hacia terapia física, respiratoria, yo llevaba equipos para hacer los ejercicios al paciente, se entrega un plan de manejo, era un documento que exigía ASEP, en pacientes crónicos hacia la anotación como profesional pero el medico domiciliario que iba de la EPS daba las instrucciones, en el domicilio de los pacientes íbamos a veces con las auxiliares de enfermería pero si en varios domicilios había fonoaudiólogas, dependiendo lo que el paciente necesitara, no me decían cómo debía hacer la terapia, yo sé cómo se debía hacer, soy profesional en eso, yo hice aportes en su momento, la Cooperativa pagaba y las cotizaciones eran sobre el mínimo, nos quitaban salud y ARL y todo, uno asumía el 100%, las terapias las pagaron todas mediante el último cheque, yo no presté servicios a otros pacientes, fue un choque fuerte y tuvo lugar el policía de tránsito, hubo lesiones personales y recibí dinero por el accidente, yo pasaba los documentos y consignaban a través de las Cooperativas, ellos hacían los trámites internos y llegaba el pago, no firmé afiliaciones a Seguridad Social, ASEP nos decían qué documentos necesitaban, nosotros no volvíamos a esos sitios, yo veía cada mes a Eder y a la señora cuando llevaba la cuenta de cobro, yo solo iba a ver a los pacientes, la licencia de maternidad, al retiro e dijeron que firmara un documento y que autorizara un ahorro para la licencia de maternidad, yo estaba bajo la subordinación de ellos, la EPS respondió por mi licencia de maternidad, ellos conocían de mi embarazo, el primer día nos decían la dirección y nos asignaban pacientes y sesiones, ellos entregaban direcciones y teléfonos, todo los datos del paciente”.

servicios en la Clínica”, “se pagaba mensual de acuerdo a lo que yo trabajaba”, “era por tiempo trabajado”, “se pasaba una cuenta de cobro donde se relacionaban las terapias”, a comienzos de mes se asignaban pacientes y habían ciertos horarios, al final entregaban las cuentas de cobro junto con las historias clínicas, la documentación se entregaban a la Clínica no a la Cooperativa, había un Coordinador de domicilios, en el sello dice SEP LTDA SERVICIOS PROFESIONALES, los últimos servicios que prestó fue en septiembre de 2011, el 27 de septiembre tuvo un accidente fuerte y no tenía seguridad social, las órdenes se las daba el señor Eder o William Reinoso, quienes eran Coordinadores, es Fisioterapeuta de la Universidad Nacional y tiene certificados en discapacidad, frente al procedimiento que realizaba, manifestó que le informaban qué diagnósticos tenía el paciente y ella hacía un programa de rehabilitación o plan de mejora, miraba las historias clínicas, hacía terapia física y respiratoria, tenía que llevar sus propios equipos para hacer los ejercicios al paciente, debiendo entregar un plan de manejo, el cual era un documento que exigía la demandada ASEP, en pacientes crónicos hacía la anotación como profesional pero el médico domiciliario era quien iba de la EPS y daba las instrucciones, en el domicilio de los pacientes iba a veces con las auxiliares de enfermería y a veces podían ir otros profesionales a los domicilios, como fonoaudiólogas, dependiendo lo que el paciente necesitara, no le decían cómo debía hacer la terapia, ella sabía cómo y qué debía hacer, veía cada mes al Coordinador asignado cuando llevaba la cuenta de cobro, solo iba a ver a los pacientes a los domicilios, el primer día le suministraban la dirección, teléfonos y demás datos de contacto.

Por otro lado, se recibió como prueba testimonial la del señor **EDER CASTILLO** (archivo 07 del expediente digital), quien señaló, desde finales del año 2010, trabaja directamente para la Sociedad de Enfermeras Profesionales aclarando que con anterioridad a dicha anualidad fue a través de cooperativas, manifestó conocer a la demandante en la CTA Gestionar como profesional domiciliaria, refiriendo que el primer contacto que tuvo la actora fue con el testigo pues es la persona encargada de llamar a los profesionales a ofréceles la atención de pacientes y ellos deciden si aceptan o no el servicio. De ser atendido el caso se envía la ubicación del paciente, puntualmente, en el caso de la señora Sandra Morales se hace una valoración y se elabora el plan de manejo de manera

independiente y autónoma, es decir, la forma como se ejecutará, así mismo, aseveró, los equipos y elementos para atender los pacientes son de propiedad del profesional de la salud, por lo que, el pago depende del número de terapias realizadas al mes debiéndose radicar una cuenta de cobro junto con las planillas firmadas por los pacientes.

La señora **MARGOT HERRERA** (archivo 07 del expediente digital), afirmó conocer a la demandante en el año 2008, como compañeras de labores en la Sociedad de Enfermeras Profesionales, atestiguando que la actora prestó sus servicios como Fisioterapeuta domiciliaria, siendo el señor Eder Castillo su jefe inmediato y era la persona con la que tenía contacto siendo subordinados por éste, señaló, la demandante empezaba turno a las 7 a.m. y hasta la hora q terminara las terapias pues dependía del recorrido que hiciera, aunque algunas veces se encontraron en el domicilio de una paciente pues la testigo tenía turno de 24 horas, exclamó, el plan de manejo del paciente era elaborado por la actora y dependiendo de las terapias realizadas era el pago, manifestó no saber quién consignaba el salario, afirmó que los elementos con los que la señora Sandra Morales hacía sus terapias como por ejemplo el subsionador era de su propiedad, debiendo entregar al Coordinador las planillas firmadas por cada paciente.

El señor **JOSÉ JAIRO VALBUENA** (archivo 07 del expediente digital), informó haber sido paciente de la demandante en el mes de septiembre de 2009, que la señora Sandra Milena prestó servicios para la Sociedad de Enfermeras Profesionales pues cuando inició las terapias se presentó en nombre de esa sociedad, la actora le hizo firmar una planilla de las terapias recibidas así como una vez recibió una llamada telefónica de una integrante de la demandada preguntando sobre la asistencia de la actora y la calidad de los servicios prestados.

Finalmente, la testigo **MARÍA ANGÉLICA MORALES** (archivo 07 del expediente digital), adujo que prestó servicios a favor de la demandada Sociedad de Enfermeras Profesionales para los años 2008 a 2015 como auxiliar de enfermería, la demandante trabajó en el año 2008 como fisioterapeuta. En cuanto a la forma en que se prestaba los servicios, informó que la Sociedad de Enfermeras Profesionales a través del Jefe o Coordinador enviaba el cronograma de las

personas a la cuales se debía prestar el servicio y ellos debían firmar una planilla la cual era entregada a los coordinadores de la parte domiciliaria, añadió, la demandante como profesional de la salud sabe cuál es el plan de manejo que se le debe dar a cada paciente, agregó, se debía cumplir con la cantidad de pacientes asignados.

Ahora bien, dentro del plenario obran como pruebas documentales (archivo 01, páginas 28 a 138):

- Certificación expedida por la demandada ASEP del 3 de mayo de 2011, por medio de la cual se informa que la demandante prestaba los servicios como Fisioterapeuta nivel ambulatorio domiciliario desde el 2 de agosto de 2008 al 30 de abril de 2010 y del 1º de mayo de 2010 a la fecha de expedición de la misma.
- Certificación expedida por a CTA GESTIÓN ARH del 14 de julio de 2009, en la que se informa que la demandante se encontraba vinculada a través de un contrato de asociación como Fisioterapeuta desde el 5 de noviembre de 2008. Igual suerte corre la certificación aportada y suscrita por MEDIASOCIADOS de fecha 10 de octubre de 2011, en la que se informa que la demandante prestó servicios como Fisioterapeuta desde el 1º de abril de 2010 hasta el 31 de julio de 2011 en la Sociedad de Enfermeras Profesionales -SEP-.
- Formulario de afiliación a MEDIASOCIADOS de fecha 1º de abril de 2010.
- Registro de Atención terapéutica diaria, diligenciado por la demandante el 8 de septiembre de 2011 al 27 del mismo mes y año, registrando distintos horarios por día, estos son, 08:00, 9:00, 12:45, 02:00 p.m., 03:00 p.m., 04:00 p.m., 05:00 p.m. o 6:00 p.m.
- Extractos de la entidad Financiera Bancolombia, correspondiente a los periodos noviembre de 2008, marzo, junio, septiembre y diciembre de 2009,

marzo, junio, septiembre, diciembre de 2010, marzo, junio y septiembre de 2011.

- Comprobante de egreso de fecha 1º de diciembre de 2011 por valor de \$1.446.887 por concepto de cancelación terapias del mes.
- Certificación de la AFP PORVENIR de fecha 26 de junio de 2012, por medio de la cual informa que la CTA MEDIASOCIADOS afilió a la demandante desde el 06 de noviembre de 2008 y a la fecha había realizado el último aporte.
- Contrato de prestación de servicios No. 002 de 2010 suscrito entre Sociedad de Enfermeras Profesionales SEP y la CTA COOPERATIVA MEDIASOCIADOS.

Pues bien, del análisis de las pruebas aportadas en conjunto, tal como se aceptó por las partes y se anunció desde el inicio, existió una prestación personal del servicio por parte de la demandante a favor de la SOCIEDAD DE ENFERMERAS PROFESIONALES LIMITADA, precisando en este punto la señora SANDRA MILENA MORALES RINCÓN, ejerció como FISIOTERAPEUTA domiciliaria.

Sin embargo, pese a ocupar el anterior roll, la demandada SOCIEDAD DE ENFERMERAS PROFESIONALES LIMITADA, logró desvanecer la presunción que cobijaba a la actora, atendiendo a la realidad de cómo se ejecutaron las actividades que desarrolló.

En primer lugar, conviene indicar, los trabajadores cualificados (profesionales), gozan de una independencia técnica en la ejecución de su trabajo -para eso se les contrata-, por lo que frente a ellos la subordinación no se expresa en los procedimientos o directrices de cómo realizar los servicios, pues es la misma experticia que permite que el profesional tenga plena autonomía en dicho sentido, tal como ocurre en el caso de la demandante, pues, al fungir como Fisioterapeuta, ésta tenía pleno conocimiento de cuál era el plan de mejora a recomendar a cada paciente, según la evolución médica requerida, llevando a cabo las terapias que a su criterio considerara eran las adecuadas. Por tanto, la subordinación en este tipo de profesiones recibe una respuesta adecuada a partir del criterio de la integración

en un servicio organizado que implica la dirección, no tanto del contenido de las prestaciones, sino de las condiciones de su ejecución periódica, jornadas y horarios, lugar de prestación del servicio, medios de trabajo físicos y digitales suministrados por el empleador y cantidad de trabajo, criterios que ha señalado la CSJ no son taxativos y se debe verificar en cada caso sometido a conocimiento.

En este sentido, en aras de determinar la existencia de una relación de trabajo subordinada cuando se trata de actividades desplegadas por un profesional, es oportuno acudir a la “*técnica de indicios*”, tal como lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia en la Sala Laboral (SL1439-2021), es decir, se debe analizar si existen criterios que denoten un vínculo laboral dependiente, tales como el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imposición de reglamentos. Puntualmente la Alta Corporación estimó:

“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)”.

En acatamiento del anterior criterio y contrastado con el caso que ocupa a la Sala, se debe indicar que la demandada SOCIEDAD DE ENFERMERAS PROFESIONALES LIMITADA, no ejercía subordinación sobre la demandante, ya que, si bien, la promotora del litigio gozaba de plena autonomía dado a sus estudios en el área de la salud, lo que en principio no obsta para que eventualmente pueda sostener un vínculo o contrato de carácter laboral, lo cierto es que, analizadas las condiciones propias en que se ejecutó el servicio de Fisioterapeuta por parte de la señora Sandra Milena Morales Rincón, no encuentra esta Sala la imposición de horarios, exclusividad, concesión de vacaciones, imposición de sanciones disciplinarias, llamados de atención u órdenes dirigidas a

la cantidad de pacientes que debía atender, pues según se comprobó con el dicho de los testigos, el Coordinador asignado por la demandada remitía la lista de pacientes disponibles y el profesional (en este caso la demandante) escogía a su conveniencia el paciente, obedeciendo a criterios de distancia y horarios, es decir, existía una autonomía en la ejecución del servicio contratado, lo que repercutía en la cantidad de terapias ofrecidas en el día y por tanto, en el valor mensual de los honorarios causados. Además, la propia demandante al absolver interrogatorio adujo, que llevaba sus propias herramientas de trabajo, declaración que fue corroborada por la testigo Margot Herrera.

Advirtiendo igualmente, la actora se desempeñó como Fisioterapeuta en turnos distintos en los domicilios de los pacientes, servicios que no fueron continuos, o por lo menos así no quedó acreditado, pues la propia actora arrió las planillas del mes de septiembre de 2011, las cuales permiten verificar la existencia de entradas en la mañana y en la tarde sin que coincidan todos los días las mismas jornadas, pudiéndose entender que era la demandante quien escogía a mutuo propio el horario y domicilio. En este punto, la propia demandante afirmó que el valor o monto de los honorarios dependía del número de terapias que brindara a domicilio, sin que se aprecie por parte de esta Sala de decisión exigencias de exclusividad para la prestación de los servicios, cumplimiento de horarios, órdenes o llamados de atención en ejercicio de un poder disciplinario por parte del supuesto empleador, aunado a ello, pese a la manifestación de la demandante frente a un posible cumplimiento de horario, el cual por demás no fue acreditado ni por los testigos ni con las documentales, analizado en conjunto el acervo probatorio así como las circunstancias relacionadas con la profesión de la accionante y el desarrollo de la ejecución de los vínculos contractuales, a juicio de la Sala, eventualmente, la existencia de programación de turnos resulta apenas lógico para el desarrollo del objeto de la sociedad demandada, o por lo menos que le pusieran en conocimiento la lista de pacientes pendientes por asignar terapias, sin que ello pueda observarse de manera aislada como un acto constitutivo de subordinación.

Así mismo, tampoco se encuentran elementos individuales que en suma permitan corroborar la configuración de la mencionada subordinación, pues si bien los deponentes coincidieron en que debían verse cada mes para llevar las cuentas de

cobro y entregarlas al Coordinador asignado, estos encuentros eran únicamente para establecer las directrices propias de la demandada SEP en ciertos aspectos, más no en relación con las actividades desarrolladas por la accionante, además tales pautas o lineamientos que se le pudieron dar a la promotora del litigio no pueden dar lugar a entender algún tipo de órdenes, pues es claro que la accionada SOCIEDAD DE ENFERMERAS PROFESIONALES LIMITADA debe velar por la prestación de un buen servicio de salud a los pacientes que requieren atención domiciliaria, según contratación que realizan.

En cuanto a las certificaciones aportadas al plenario y relacionadas anteriormente⁶, debe decirse, tales certificaciones simplemente dan prueba de la manera como formalmente se vinculó a la demandante, pero no acredita cómo se ejecutó la labor o actividad de Fisioterapeuta que desplegó en los domicilios de los pacientes, pues, se insiste, esas certificaciones en rigor, únicamente reflejan el aspecto formal y nada indican sobre la manera cómo en la práctica se cumplieron los servicios por parte de la actora.

En consecuencia, resultan insuficientes los referidos documentos, para que por sí solos, acrediten una equivocación fáctica de la juez a quo, más aún cuando razonó de cara a lo que demostraban los demás medios probatorios, en especial los testimonios recepcionados, no siendo contundente tener por probado que se desarrolló una relación de carácter laboral en aplicación al principio de la primacía de la realidad cuando la demandada SOCIEDAD DE ENFERMERAS PROFESIONALES LIMITADA, acreditó que los servicios desplegados por la demandante en calidad de Fisioterapeuta no era dirigido ni controlado, lo que denota la falta de indicios para que se declare una relación laboral, coligiéndose mejor una autonomía en la prestación del servicio.

De esta manera, se agota la competencia de la Sala por el estudio de los argumentos expuestos por el apelante, los cuales no podrán acogerse de manera favorable por las razones que han quedado plasmadas en precedencia, siguiéndose de manera obligada la confirmación de la sentencia apelada.

⁶*Certificación expedida por a CTA GESTIÓN ARH del 14 de julio de 2009, en la que se informa que la demandante se encontraba vinculada a través de un contrato de asociación como Fisioterapeuta desde el 5 de noviembre de 2008. Igual suerte corre la certificación aportada y suscrita por MEDIASOCIADOS de fecha 10 de octubre de 2011, en la que se informa que la demandante prestó servicios como Fisioterapeuta desde el 1º de abril de 2010 hasta el 31 de julio de 2011 en la Sociedad de Enfermeras Profesionales -SEP-.*

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

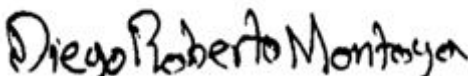
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

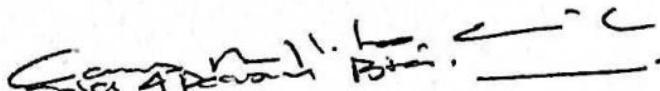
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$600.000, 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**

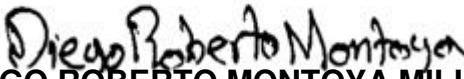
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA DENTRO
DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EDNA RUTH RICO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y COMO TERCERA AD EXCLUDENDUM ANA MARCEDES
TAUTA DE SUÁREZ (RAD. 29 2017 00028 01).**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de abril 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 Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 14 de diciembre de 2022 (15ActaAudiencia, récord 38:54), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la señora **ANA MERCEDES TAUTA DE SUÁREZ** en su calidad de cónyuge supérstite, tiene derecho al 65.8% de la sustitución de la pensión causada por el fallecimiento del señor **MARCO FIDEL SUAREZ SUAREZ**, en cuantía inicial de \$188.188 a partir del 23 de noviembre de 2001. Por lo anterior, se **ORDENA** a **COLPENSIONES** a ajustar el valor de la pensión reconocida, en dicho porcentaje.

SEGUNDO: DECLARAR que la señora **EDNA RUTH RICO MONTERO** en calidad de compañera permanente del causante **MARCO FIDEL SUAREZ SUAREZ** tiene derecho al 34.2% de la sustitución de la pensión del causante, en cuantía inicial de \$97.812 a partir del 23 de noviembre de 2001, por catorce mesadas al año, junto con los incrementos de ley, en consecuencia, se **CONDENA** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** – a su reconocimiento y pago.

TERCERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada **COLPENSIONES**, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** al reconocimiento del retroactivo pensional causado en favor de la señora **EDNA RUTH RICO MONTERO** en calidad de compañera permanente del causante **MARCO FIDEL SUAREZ SUAREZ**, a partir del 17 de enero de 2014 y hasta la fecha que sea incluida en nómina de pensionados, suma que deberá ser indexada de conformidad con el IPC certificado por el DANE al momento de su pago.

QUINTO: AUTORIZAR a **COLPENSIONES** a efectuar los descuentos del retroactivo causado destinados al sistema de salud.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

SÉPTIMO: De no ser apelada la sentencia por parte de **COLPENSIONES**, envíese en consulta al Honorable Tribunal Superior de Bogotá”.

Inconforme con la decisión, la entidad enjuiciada interpuso recurso de apelación¹ solicitando a la Sala se adicione la sentencia en el sentido de indicar que los valores reconocidos a la cónyuge **ANA MERCEDES TAUTA DE SUÁREZ** en cuantía del 100% sean reintegrados por ésta al Régimen de Prima Media en la fracción que corresponde, conforme a los porcentajes establecidos por la a quo.

¹ **Recurso Colpensiones** (récord, 41:00): “Muchas gracias señora Juez, de manera muy respetuosa presento recurso de apelación frente a la decisión en el apartado correspondiente a la decisión del reconocimiento para que los Honorables Magistrados adicionen la decisión en el sentido de que como esta administradora ya ha reconocido unos valores correspondientes a favor de la señora cónyuge del señor Marco Fidel, en este caso esos valores deberían ordenarse a reintegrarse al régimen de prima media, en atención a que estos recursos si bien fueron reconocidos inicialmente por esta administradora, lo realizo de buena fe y lo realizo pues en atención a la reclamación y a la documental que fue aportada en dicho momento y en este caso se está reconociendo un retroactivo correspondiente a un término, a un evento temporal desde el 2014 y pues en ese caso habría unos pagos que se efectuaron sin el lleno de los requisitos, por ello Honorables Magistrados de manera muy respetuosa les solicito adicionar la decisión proferida por el Honorable Juez 29, en el sentido de ordenarle a la señora Ana Mercedes Tauta devolver las sumas correspondientes al valor que le fue reconocido a la demandante para así no afectar los recursos del régimen de prima media, muchas gracias”.

Esto, en atención a que los recursos fueron reconocidos inicialmente por la entidad de buena fe atendiendo la reclamación y los documentos aportados en su momento. De tal forma, advirtió, como se está reconociendo un retroactivo desde el año 2014 en este escenario es pertinente ordenar a la cónyuge devolver el excedente pagado al tratarse de recursos públicos.

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

CONSIDERACIONES

Constituyó el anhelo de la demandante EDNA RUTH RICO, las pretensiones que relacionó en las páginas 29 a 30, las cuales encuentran sustento en los hechos consignados en las páginas 27 a 29, aspirando principalmente se declare:

PRIMERA: Declarar que la señora **EDNA RUTH RICO MONTERO**, identificaba con la cedula de ciudadanía número 51.813.063, convivió de forma permanente e ininterrumpida bajo el mismo techo, en calidad de compañera permanente con el señor **MARCO FIDEL SUAREZ SUAREZ**, identificado con la cedula de ciudadanía número 209.033, desde el mes de Agosto del año 1987, hasta el 22 de noviembre del año 2001, fecha del fallecimiento de éste último.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"** a reconocer y pagar a la señora **EDNA RUTH RICO MONTERO** la pensión de sobrevivientes (o sustitución pensional), por la muerte de su compañero permanente **MARCO FIDEL SUAREZ SUAREZ** y en cuantía equivalente al 100% del valor de la prestación que percibía el causante al momento de su deceso.

TERCERA. De existir algún derecho de la cónyuge sobreviviente, sobre la pensión dejada por el señor **MARCO FIDEL SUAREZ**, distribúyase la misma, entre la cónyuge y la compañera permanente, en proporción al tiempo que cada una convivió con el fallecido, una vez demostrados los requisitos legales para acceder a esta prestación por cada una de ellas.

CUARTA: Se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"** a reconocer y pagar a la señora **EDNA RUTH RICO MONTERO**, las mesadas de pensión causadas y no pagadas al momento del reconocimiento del derecho reclamado, hasta cuando se haga efectivo dicho pago.

QUINTA: Se dispondrá la indexación de las mesadas pensionales adeudadas al momento del pago total de la obligación.

SEXTA: Condenará al accionado al pago de las costas procesales.

Subsidiariamente, pidió:

Con el fin de garantizar los derechos que le puedan ser reconocidos a la demandante sobre las mesadas de pensión por el fallecimiento de su compañero permanente MARCO FIDEL SUAREZ, solicito al señor Juez, se ordene a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", suspender el pago de las mesadas de pensión que le fue reconocida a la señora Ana Mercedes Tauta de Suarez, cónyuge sobreviviente del causante, hasta cuando se resuelva sobre el reconocimiento o no del derecho impetrado en esta demanda.

Esta petición obedece al hecho de que mediante resolución 032123 del 28 de octubre de 2010, emitida por el Instituto de Seguros Sociales, le fue reconocida la pensión de sobreviviente a la señora Ana Mercedes Tauta de Suarez, y negada a su compañera permanente, con el único argumento de que no hizo la reclamación dentro del término que la ley establece para ello.

Al respecto hay que precisar que de no accederse a esta petición, en el evento de que se reconozca total o parcialmente la pensión a la demandante, se vulneraría su derechos a percibir retroactivo de las mesadas de pensión ya causadas, en tanto, sobre las mesadas ya giradas a la señora Nana Mercedes, mi poderdante no tendría oportunidad de recibir ningún rubro.

Obtuvo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones, pues se condenó a la accionada a cancelar a la señora ANA MERCEDES TAUTA DE SUÁREZ en su calidad de cónyuge supérstite, la mesada equivalente al 65.8% de la sustitución de la pensión causada por el fallecimiento del señor MARCO FIDEL SUÁREZ SUÁREZ, en cuantía inicial de \$188.188 a partir del 23 de noviembre de 2001. Por lo anterior, ordenó a COLPENSIONES a ajustar el valor de la pensión reconocida, en dicho porcentaje. Igualmente, declaró que a la señora EDNA RUTH RICO MONTERO en calidad de compañera permanente también le asiste derecho en la proporción equivalente al 34.2% de la sustitución de la pensión del causante, en cuantía inicial de \$97.812 a partir del 23 de noviembre de 2001, por catorce mesadas al año, junto con los incrementos de ley. Consecuente con esto, se condenó a COLPENSIONES- al reconocimiento del retroactivo pensional causado en favor de la señora **EDNA RUTH RICO MONTERO** en calidad de compañera permanente del causante a partir del 17 de enero de 2014 y hasta la fecha que sea incluida en nómina de pensionados, suma que deberá ser indexada de conformidad con el IPC certificado por el DANE al momento de su pago. Lo anterior tras considerar la A quo, que dentro del presente asunto el señor MARCO FIDEL SUÁREZ SUÁREZ al fallecer el 22 de noviembre de 2001 debe aplicársele el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su contenido original, esto es, verificar una convivencia con el de cujus en los últimos 2 años anteriores al fallecimiento, estableciendo al efecto, que la demandante fue compañera permanente del causante y como cónyuge fungió la señora Ana Mercedes (*Tercera Ad Excludendum*). Así, analizados los medios probatorios recaudados, concluyó, existió convivencia simultánea, aplicando entonces el criterio de la Corte Constitucional mediante sentencia SU 108 de 2020 en el sentido de reconocer en forma proporcional la prestación económica a la esposa y compañera permanente,

aplicando los porcentajes de acuerdo a los años de convivencia, esto es, 27 y 14, respectivamente.

Reseñado lo anterior, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de Consulta en su favor frente a las condenas que le fueron totalmente desfavorables conforme al contenido del artículo 69 del CPTSS², precisándose, la condena del reconocimiento pensional a las señoras ANA MERCEDES TAUTA DE SUÁREZ y EDNA RUTH RICO MONTERO, impuesta por la juzgadora de primer grado, en nada le es desfavorable a la demandada COLPENSIONES³, toda vez que la prestación (*sustitución pensional*) ya había sido reconocida a la Tercera Ad Excludendum en calidad de cónyuge por el extinto Instituto de Seguros Sociales en un porcentaje del 100% y por su parte, lo que se hizo en la sentencia de primer grado fue **fraccionar** la totalidad de la mesada a favor de la aquí demandante EDNA RUTH RICO (34.2%) y la Tercera Ad Excludendum ANA MERCEDES TAUTA DE SUÁREZ (65.8%), situación que, se itera, no es adversa a la entidad llamada a juicio, pues de acuerdo con los fundamentos que informan la consulta, esta Corporación solo tiene competencia para revisar la sentencia del juez **en todo lo desfavorable**, como atrás se anotó.

Sobre el objeto de la consulta, resulta oportuna la remisión al contenido de la sentencia SL 2863 del 02 de agosto de 2022 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, donde enseñó en su parte pertinente:

² “Artículo 69. Procedencia de la consulta. Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de “consulta”.

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

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

³ **En providencia AL5567 de 2022, la Corte Suprema de Justicia, aclaró:** “En el caso de los procesos del trabajo y de la seguridad social, conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procede la aludida consulta cuando: 1º) las sentencias de primera instancia fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador –o afiliado o beneficiario, según el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007–, si no fueren apeladas; y 2º) las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al departamento o al municipio. Además, el citado artículo 14 de la Ley 1149 de 2007 estableció que también serían objeto de consulta 3º) las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, caso en el cual se informará al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior.”.

“Así las cosas, le corresponde a la Sala resolver si el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 69 de la Ley 712 de 2001 modificado por el 14 de la Ley 1149 de 2007 y, además si infringió el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social que establece el principio de consonancia.

El fallador inició manifestando que su competencia estaba dada por los siguientes aspectos: de un lado por el recurso de apelación presentado por el demandante y por el otro,

[...] en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor del Municipio de Bello porque el absolver a Colpensiones de continuar pagando la pensión de vejez al demandante conlleva el desconocimiento de la compatibilidad de la pensión de jubilación convencional que hoy reconoce al actor, perpetuando el pago de esa pensión a cargo de los recursos de la entidad territorial.”.

En efecto, se equivocó el Tribunal pues el grado jurisdiccional de consulta tiene unos requisitos para que proceda de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social que dispone:

ARTÍCULO 69. PROCEDENCIA DE LA CONSULTA. <modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007. Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de “consulta”.

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

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

Tal y como se deriva de la norma, para que proceda el grado jurisdiccional de consulta a favor de una entidad (...), que es el sujeto procesal aplicable en este caso, la decisión de primera instancia le debió ser adversa, (...) luego no procedía dicho grado jurisdiccional. (...). (negrilla fuera del texto).

En consecuencia, y dada la condena por retroactivo pensional, se procede analizar la excepción de **prescripción** oportunamente propuesta por COLPENSIONES en su escrito de contestación (página 49 a 53), recordando 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 tal suerte, en el presente asunto el derecho a la pensión de sobrevivientes se hizo exigible el **22 de noviembre del 2001** fecha en que falleció el señor Marco

Fidel Suarez Suarez acudiendo la señora EDNA RUTH RICO por primera vez a reclamar vía administrativa la prestación pensional el **24 de febrero de 2010**⁴ y acudiendo ante la jurisdicción el **19 de enero de 2017** (página 35, archivo 01), notificándose a la entidad demandada del auto admisorio del libelo, dentro del término establecido en el artículo 94 del C.G.P.⁵, por lo que entre la fecha en que por primera vez se negó el derecho pensional (Resolución No. 031123 del 28 de octubre de 2010) y la fecha de interposición de la demanda (19 de enero de 2017) transcurrió el término trienal consagrado para la operatividad de la prescripción y en esa medida las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **19 de enero de 2014**, se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo.

Consecuente con lo anterior, observa esta Corporación que en el numeral 4º de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, dispuso la juzgadora condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado en favor de la señora EDNA RUTH RICO MONTERO en calidad de compañera permanente del causante MARCO FIDEL SUAREZ SUAREZ, **a partir del 17 de enero de 2014 y hasta la fecha que sea incluida en nómina de pensionados**, sin informar o concretar el valor causado al momento de proferirse el fallo.

De tal suerte, procede la Sala a concretar el valor del retroactivo adeudado con el apoyo del Grupo Liquidador dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura, extrayéndose la siguiente tabla:

A FAVOR DE EDNA RUTH RICO

⁴ Conforme se extrae del contenido de la Resolución No. 032123 del 28 de octubre de 2010, aportada por Colpensiones en el expediente administrativo, archivo 02.

⁵ El auto admisorio se notificó el 08 de marzo de 2017 (página 42, archivo 01), notificándose a Colpensiones con sello de recibido de la entidad.

EXP. No. 29 2017 00028 01 EDNA RUTH RICO CONTRA LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- Y COMO TERCERA AD EXCLUDENDUM
ANA MERCEDES TAUTA DE SUÁREZ

Tabla Retroactivo Pensional Edna Rico						
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada otorgada 1 SMLLV	Mesada asignada 34.2%	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/01	31/12/01	8,75%	\$ 286.000,00	\$ 97.812,00	0,00	\$ 0,0
01/01/02	31/12/02	7,65%	\$ 309.000,00	\$ 105.678,00	0,00	\$ 0,0
01/01/03	31/12/03	6,99%	\$ 332.000,00	\$ 113.544,00	0,00	\$ 0,0
01/01/04	31/12/04	6,49%	\$ 358.000,00	\$ 122.436,00	0,00	\$ 0,0
01/01/05	31/12/05	5,50%	\$ 381.500,00	\$ 130.473,00	0,00	\$ 0,0
01/01/06	31/12/06	4,85%	\$ 408.000,00	\$ 139.536,00	0,00	\$ 0,0
01/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 433.700,00	\$ 148.325,40	0,00	\$ 0,0
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 461.500,00	\$ 157.833,00	0,00	\$ 0,0
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 496.900,00	\$ 169.939,80	0,00	\$ 0,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 515.000,00	\$ 176.130,00	0,00	\$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 535.600,00	\$ 183.175,20	0,00	\$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 566.700,00	\$ 193.811,40	0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 589.500,00	\$ 201.609,00	0,00	\$ 0,0
19/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 616.000,00	\$ 210.672,00	13,40	\$ 2.823.004,8
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 644.350,00	\$ 220.367,70	14,00	\$ 3.085.147,8
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 689.454,00	\$ 235.793,27	14,00	\$ 3.301.105,8
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 737.717,00	\$ 252.299,21	14,00	\$ 3.532.189,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 781.242,00	\$ 267.184,76	14,00	\$ 3.740.586,7
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 828.116,00	\$ 283.215,67	14,00	\$ 3.965.019,4
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 877.803,00	\$ 300.208,63	14,00	\$ 4.202.920,8
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 908.526,00	\$ 310.715,89	14,00	\$ 4.350.022,5
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.000.000,00	\$ 342.000,00	14,00	\$ 4.788.000,0
01/01/23	28/04/23	13,12%	\$ 1.160.000,00	\$ 396.720,00	3,93	\$ 1.560.432,0
Total retroactivo pensional desde 19-01-2014 a 28-04-2023					\$ 35.348.429	

A FAVOR DE ANA MERCEDES DE TAUTA SUÁREZ (ya reconocidos)

Tabla Retroactivo Pensional Ana Tauta						
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada otorgada 1 SMLLV	Mesada asignada 65.8%	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/01	31/12/01	8,75%	\$ 286.000,00	\$ 188.188,00	0,00	\$ 0,0
01/01/02	31/12/02	7,65%	\$ 309.000,00	\$ 203.322,00	0,00	\$ 0,0
01/01/03	31/12/03	6,99%	\$ 332.000,00	\$ 218.456,00	0,00	\$ 0,0
01/01/04	31/12/04	6,49%	\$ 358.000,00	\$ 235.564,00	0,00	\$ 0,0
01/01/05	31/12/05	5,50%	\$ 381.500,00	\$ 251.027,00	0,00	\$ 0,0
01/01/06	31/12/06	4,85%	\$ 408.000,00	\$ 268.464,00	0,00	\$ 0,0
01/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 433.700,00	\$ 285.374,60	0,00	\$ 0,0
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 461.500,00	\$ 303.667,00	0,00	\$ 0,0
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 496.900,00	\$ 326.960,20	0,00	\$ 0,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 515.000,00	\$ 338.870,00	0,00	\$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 535.600,00	\$ 352.424,80	0,00	\$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 566.700,00	\$ 372.888,60	0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 589.500,00	\$ 387.891,00	0,00	\$ 0,0
19/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 616.000,00	\$ 405.328,00	13,40	\$ 5.431.395,2
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 644.350,00	\$ 423.982,30	14,00	\$ 5.935.752,2
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 689.454,00	\$ 453.660,73	14,00	\$ 6.351.250,2
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 737.717,00	\$ 485.417,79	14,00	\$ 6.795.849,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 781.242,00	\$ 514.057,24	14,00	\$ 7.196.801,3
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 828.116,00	\$ 544.900,33	14,00	\$ 7.628.604,6
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 877.803,00	\$ 577.594,37	14,00	\$ 8.086.321,2
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 908.526,00	\$ 597.810,11	14,00	\$ 8.369.341,5
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.000.000,00	\$ 658.000,00	14,00	\$ 9.212.000,0
01/01/23	28/04/23	13,12%	\$ 1.160.000,00	\$ 763.280,00	3,93	\$ 3.002.234,7
Total retroactivo pensional desde 19-01-2014 a 28-04-2023					\$ 68.009.550,0	

En consideración a lo anterior, el valor del retroactivo causado entre el 19 de enero de 2014 a la fecha de esta providencia (28 de abril de 2023) y a favor de la señora EDNA RUTH RICO, quién no ha percibido mesada alguna, asciende a la suma de **\$35.348.429**, retroactivo el cual se seguirá causando hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina.

Lo anterior, se extrae atendiendo que el extinto ISS a través de la Resolución No. 017768 del 2002 (página 17, archivo 02, expediente administrativo) le reconoció la pensión de sobrevivientes a la señora Tauta de Suárez Ana Mercedes a partir del 22 de noviembre de 2001 en cuantía inicial de **\$286.000**, monto acogido desde dicha data para liquidar el correspondiente retroactivo pensional.

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

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

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

Habida cuenta que se conoce del presente proceso además del motivo de la alzada por parte de Colpensiones, en el grado jurisdiccional de consulta en favor

de ésta, se abordará el estudio del punto de apelación y que consiste en la procedencia de la acción de recobro por parte de Colpensiones con destino a la Tercera Ad Excludendum con relación al pago que efectuó en su momento y que fue objeto de reconocimiento a la aquí demandante en primera instancia, constituyendo un doble pago.

Finalmente, respecto al recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se advierte, la entidad podrá repetir contra la persona que fue beneficiaria en su momento de la pensión que aquí se discute, en virtud de los lineamientos de cobro implementados al interior de la entidad y con el fin de salvaguardar el erario público, igualmente, este tema no fue parte de esta litis. Para mayor precisión, al resolver un caso similar, en sentencia SL 4099 de 2017 de la máxima corporación, se expuso:

“Para rechazar los argumentos del recurso de apelación de la entidad demandada, el Tribunal hizo suyas las consideraciones del juzgador de primer grado y concluyó que Foncolpuertos podía repetir contra la persona a la que le había pagado la pensión y que «...no es viable que la parte demandante sufra y asuma las falencias de terceros, menos aún, restarle valor al derecho suficientemente demostrado de sustituir en la pensión a su compañero permanente desde la fecha de fallecimiento.»

De allí que la censura parte de un supuesto falso, al decir que el Tribunal determinó que la entidad demandada debía perder los dineros ya cancelados, pues lo que advirtió fue que la administración debía perseguirlos, repitiendo contra la persona a la que le había pagado. Tampoco controvierte la censura la inferencia con arreglo a la cual la demandante no podía sufrir las consecuencias de la conducta de la entidad demandada, pues había reclamado a tiempo su pensión de sobrevivientes, acreditando su condición de compañera permanente y la convivencia por el término establecido legalmente.

Además de lo anterior, a pesar de que las pruebas calificadas que menciona la censura puedan dar cuenta de que la señora Amparo Valencia de Guerrero tenía la condición de cónyuge, inscrita en los registros de la entidad demandada, que es lo que se reclama en el cargo, lo cierto es que, como lo determinó el juzgador de primer grado, cuyas consideraciones hizo suyas el Tribunal, a partir de documentos como los de folios 306 y 311 a 313, radicados pocos meses después del fallecimiento del pensionado, se podía determinar que la señora Lourdes María Jiménez Conrado también reclamó la pensión administrativamente y aportó pruebas de su convivencia con el pensionado, no obstante lo cual la entidad actuó de manera «ligera», al no acudir a la potestad que le confería la ley de dejar en suspenso el reconocimiento de la pensión hasta tanto la justicia ordinaria definiera quién tenía mejor derecho a ella.

Por lo mismo, pese a advertir la existencia de otro posible beneficiario, con pruebas plausibles que soportaban su reclamo, la entidad mantuvo su decisión de reconocer la pensión a la cónyuge, de manera que no es cierto que hubiera actuado con buena fe exenta de culpa y, en esa medida, la conclusión jurídicamente razonable no era otra diferente a la del Tribunal, de que la conducta de la administración no podía afectar el derecho de la verdadera beneficiaria y era su responsabilidad perseguir los dineros que pagó sin que hubiera causa para ello.”. (negrilla fuera del texto).

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

De esta manera se agota la competencia de la Sala en el grado jurisdiccional de consulta y el punto de apelación, procediéndose a adicionar el numeral cuarto y confirmar la sentencia **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

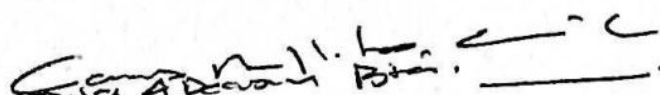
PRIMERO: ADICIONAR el numeral cuarto del fallo de primera instancia, en el sentido de indicar que el retroactivo causado a favor de **EDNA RUTH RICO** entre el 19 de enero de 2014 al 28 de abril de 2023 asciende a la suma de **\$35.348.429**, aclarándose, el mismo se seguirá causando hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina.

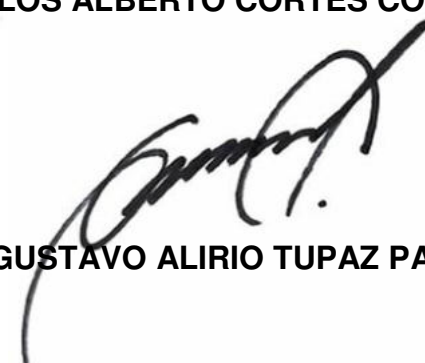
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ

D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DARY LUZ NAVARRO
RUEDA CONTRA SERVICIOS DE LIMPIEZA MANTENIMIENTO Y ASEO
SERVILIMA S.A.S. (RAD. 29 2021 00333 01).**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

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

AUTO

En relación con la solicitud consignada en los alegatos de conclusión por parte de la apoderada de la demandante, acerca de la práctica de la prueba documental relacionada con “1.4 Historia clínica de la señora DARY LUZ NAVARRO RUEDA”, 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.T., 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 dicho extremo procesal, supuesto que desde luego no aplica en esta litis.

Al respecto, observa este juzgador que en la demanda impetrada se relacionó como acápite de pruebas documentales, las siguientes:

- “1.1. Contrato de trabajo suscrito por las partes.*
- 1.2. Comunicación de terminación unilateral del contrato de trabajo.*
- 1.3. Certificado laboral emitido por SERVILAMA (sic) S.A.S.*
- 1.4. Historia clínica de la Señora DARY LUZ NAVARRO RUEDA.***
- 1.5. Derecho de petición de solicitud ante FAMISNAR (sic) E.P.S*
- 1.6. Respuesta a los derechos de petición radicados a Famisanar E.P.S*
- 1.7. Derecho de petición a SURA*
- 1.8. Respuesta al derecho de petición radicado ante SURA.*

- 1.9. Certificado de cotizante al sistema de salud- FAMISANAR EPS.
- 1.10. Certificado de afiliado al sistema de riesgos profesional, SURA.
- 1.11. Certificado de afiliación al sistema de pensión.
- 1.12. Certificado de existencia y Representación Legal de la empresa SERVILAMA S.A.S. ”.

En efecto, se observa que en el numeral 1.4. se hizo mención de la historia clínica de la demandante, no obstante, no se puede en esta instancia verificar con certeza cuáles fueron los documentos que inicialmente pretendía incorporar la parte actora, nótese, que este extremo solicitó junto con los alegatos de conclusión la práctica de la prueba adjuntando 101 folios que comprenden la historia clínica de la demandante, empero, no hizo mayor esfuerzo por demostrar que desde el sometimiento a reparto de la demanda adjuntó todas las pruebas documentales relacionadas (historia clínica) y que por tanto, fue por una causa ajena a esta parte que no se valoró dicha prueba al momento de proferirse la sentencia en primer grado.

Ahora, si bien, la a quo decretó las pruebas documentales en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y S.S., celebrada el día 09 de mayo de 2022 (récord 13:26), lo cierto es que se hizo de manera general y en ningún momento la parte actora hizo reparo alguno, sumado a que tuvo la posibilidad de verificar el expediente digital previo a la celebración de las audiencias señaladas por la Juez y así, precaver cualquier situación relacionada con la falta de incorporación de las pruebas documentales.

En gracia de la discusión esta Corporación procedió a verificar la demanda y pruebas documentales aportadas al momento de remitirse al correo electrónico dispuesto por reparto en fecha 06 de agosto de 2021 “Generación de la Demanda en línea No 223132”, corroborando que se adjuntaron los siguientes archivos:

Nombre	Fecha de modificación	Tamaño	Clase
 DEMANDA06082021_112230.pdf	6/08/2021, 11:27 a.m.	604 KB	Documento PDF
 PRUEBA06082021_112554.pdf	 6/08/2021, 11:27 a.m.	↑ 9,6 MB	Documento PDF

Estos documentos se obtuvieron del link ([ARCHIVO](#)) allí relacionado “03AsignacionNumerodeProceso”, el cual fue puesto en conocimiento de la parte actora ya que al generarse la demanda en línea, se le informó:

*Exp. No. 29 2021 00333 01 DARY LUZ NAVARRO RUEDA CONTRA SERVICIOS DE LIMPIEZA
MANTENIMIENTO Y ASEO -SERVILIMA S.A.S.-.*

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
REPÚBLICA DE COLOMBIA
Buen día,
Oficina Judicial / Oficina de Reparto

Estimado usuario su solicitud fue recibida con el numero de confirmación 223132
recuerde revisar los listados de reparto diario en la siguiente dirección haciendo [CLICK
aquí](#)
los cuales encontrará el juzgado al que fue enviada su demanda.

Departamento : BOGOTA
Ciudad: BOGOTA, D.C.

Especialidad: LABORAL CIRCUITO
Clase de Proceso: 31-05-02 ORDINARIOS

Accionado/s :
Tipo Sujeto: DEMANDANTE
Persona Natural: DARY LUZ NAVARRO RUEDA
Número de Identificación: 21113218
Correo Electrónico: DARYNAVARRO16@GMAIL.COM

Dirección: CR 7CN 9-32
Teléfono: 3114812394

Tipo Sujeto: APODERADO
Persona Natural: ADRIANA MARCELA BOJACA HERNANDEZ
Número de Identificación: 1073156111
Correo Electrónico: VILLARRAGABOJACAABOGADOS@GMAIL.COM
Dirección: CALLE 13 A NO. 3-40 MADRID CUNDINAMARCA
Teléfono: 3123118588
Tarjeta Profesional: 332418

Tipo Sujeto: DEMANDADO
Persona Jurídico: SERVICIOS DE LIMPIEZA MANTENIMIENTO Y ASEO - SERVILIMA
Nit: 8002460919,
Correo Electrónico: JURIDICO1@CENTROJURIDICOINTERNACIONAL.COM
Dirección: CARRERA 57A NO. 94B - 66
Teléfono:

Descargue los archivos del tramite a continuación :
[Archivo](#)

Cordialmente,

Consejo Superior de la Judicatura - Rama Judicial Nota Importante:
**Enviado desde una dirección de correo electrónico utilizado exclusivamente para notificación el cual no
acepta respuestas.**

Así las cosas, la parte actora pudo constatar que había adjuntado como pruebas documentales 29 folios y no pretender en esta instancia que se valoren 101 páginas que corresponden a la historia clínica de la demandante.

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 la parte actora contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 28 de septiembre de 2022 (*archivo 18GrabacionSentencia, récord 1:23:39*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada **SERVICIOS DE LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO Y ASEO SERVILIMA S.A.S.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por **DARY LUZ NAVARRO RUEDA** y según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la parte actora al pago de las costas del proceso incluyendo como agencias de derecho la suma de \$ 50.000 pesos.

TERCERO: De no ser consultada la sentencia por parte de la demandante enviarla en consulta ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá, se notifique esta sentencia a las partes, tiene el uso de la palabra parte demandante”.

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando su revocatoria. En sustento de ello refirió¹, es una sorpresa

¹*Apoderada demandante - Recurso (1:24:20): “sí señora sí señora juez se interpone el recurso de apelación, pues estamos revisando en nuestro archivo porque pues es para nosotros una sorpresa que informe el despacho que no se evidencia historia clínica y demás soportes médicos porque nosotros anexamos estos documentos*

entonces estamos revisando el anexo a ver qué es lo que digamos los expedientes donde por qué no parecen esos expedientes o esos documentos que se aportaron, y me permito pues señora juez sustentar el recurso teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico el trabajador es considerado la parte débil de la relación obrero patronal y por ende deben garantizarse de las condiciones mínimas para lograr el respeto de su dignidad como persona el derecho de los trabajadores no pueden menoscabarse conforme lo estipula el Artículo 53 de la Constitución Política.

De manera que resulta evidente que en el caso de doña DARY LUZ ella presentó padecimientos de tipo laboral en el 2014 y su despido fue en el 2016, sin embargo, la señora DARY LUZ presentaba dolores severos constantes en su miembro superior derecho el cual estuvo limitado desde el 2014 hasta cuando se le dio su terminación del contrato en el 2016, para realizar las funciones constantes y continuas que realizaba en el área de aseo, esto pues claramente la tenían ante una situación de debilidad manifiesta y estabilidad laboral reforzada si bien no existe una calificación previa de discapacidad ni tampoco se alcanzó a demostrar el inicio de sus terapias médico laborales las mismas se dio porque su contrato laboral dio terminó su vinculación cuando estaba apenas iniciando todas este tipo tratamientos.

Como le decía la señora DARY LUZ estaba en proceso de iniciar su rehabilitación médica que lo diga una situación de vida manifiesta por su condición física teniendo derecho a que su a que en su favor se le operará la estabilidad laboral reforzada derivada de la situación médica conforme se puede demostrar en la historia clínica en el que ella ya había presentado varias veces dolores, acudía al médico, tenía tratamientos con medicamentos y había realizado una que otra terapia por lo cual iba a iniciar su tratamiento pues médico laboral, es de resaltar que doña DARY LUZ una vez se le terminó su contrato laboral no pudo continuar con su afiliación al sistema de seguridad en salud ni pensionales situación por la cual no pudo obtener ni incapacidades ni tampoco continuar a fin de que se le pudiera calificar su a nivel de limitaciones o algún tipo de discapacidad, motivo por la cual pues la señora DARY LUZ debió gestionar todo su servicio médico y tratamiento mediante pues el servicio beneficiaria de su esposo y hasta el día de hoy después de varios años de haber terminado su vínculo laboral la señora DARY LUZ no ha podido volver a ser dependiente de ningún tipo de cargo por su situación pues de salud.

En consecuencia, la terminación del contrato laboral debió estar autorizado por el Ministerio de trabajo situación que generó la sanción que al no haberse realizado claramente puede generar la sanción prevista en la Ley 361 de 1997. Por otro lado, resaltamos que en consulta médica el 2 de septiembre del 2015 el médico fisiatra doctor PEDRO OSPINA diagnosticó con síndrome de manguito rotatorio, como plan de manejo solicitó la valoración por medicina laboral para calificación y recomendaciones de terapia física a favor de la señora de DARY LUZ esto también se puede evidenciar en la historia clínica posterior a ello y también cómo nos contesta Famisanar en un derecho de petición ellos dicen que en fecha de 18 de diciembre de 2015 15 autorizó a dar inicio al proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral a favor de la señora DARY LUZ, situación que según la EPS había manifestado oficiar a SERVILIMA para que allegara una documentación que la documentación que nunca fue allegada, como lo pudimos demostrar en el mes de mayo del 2016 fue terminado el contrato laboral de la señora DARY LUZ situación por la cual la se tiene que pues **SERVILIMA S.A.S.** efectivamente realizó su despido de una manera discriminatoria por las condiciones de salud que presentaba la señora DARY LUZ, se puede decir que se presume la desvinculación laboral discriminatoria como ya que se había dicho toda vez que la ruptura del vínculo laboral se lleva a su exclusivamente en el deterioro de la señora de salud de la señora DARY LUZ que si bien dicen que se terminó el contrato laboral o contrato comercial entre **SERVILIMA S.A.S.** y **SUPRA**, lo cierto es que la señora **DARY LUZ** podía haber sido reubicada por parte de **SERVILIMA S.A.S.** en otra operación o en otro cargo.

La condición del túnel carpiano que le fue ocasionado, que le fue diagnosticado a la señora DARY LUZ fue ocasionado por la realización del objeto contractual celebrado entre ella y **SERVILIMA S.A.S.** condición que se le causó y que conllevó a intensos dolores limitantes en su brazo derecho y otras limitaciones funcionales, teniendo a la fecha después de terminado su contrato y mediante la atención por servicio de salud como subsidiada en la realización de 3 cirugías y un sin fin de terapias y medicamentos que, ya al día de hoy todavía suministra para poder calmar sus dolores.

La señora DARY LUZ era titular del derecho estabilidad laboral reforzada y de personas de personas en estado de debilidad manifiesta por razones de salud, lo anterior debido a que fue diagnosticada con la EPS previo a la terminación de su contrato, es decir, en el 2014 inició tratamiento en el 2015 se le autorizó iniciar todo lo relacionado con medicina laboral., la enfermedad que padece la señora DARY LUZ ha generado un deterioro significativo en su salud mientras y la adquirió mientras estaba vinculada a la empresa **SERVILIMA S.A.S.**, lo que dificultó el desempeño de sus labores como operaria de aseo en condiciones regulares y situación por la cual se asume que fue la razón por la cual se dio por terminado su contrato generándole así por su situación en salud y como se puede mostrar en la historia clínica, la señora DARY LUZ tenía una estabilidad reforzada por su condición de salud.

Pues esa condición en limitaba aún después de terminar su contrato laboral con la ejecución de varias actividades aún de tipo cotidiano personal y de que haceres del hogar, el Ministerio de Trabajo nunca intervino en esta situación la señora dueña de la empresa representante legal dice que nunca conoció las condiciones de salud de la señora DARY LUZ situación que según nosotros en los documentos pues teníamos como probar desconocemos porque no está la historia clínica y sin embargo pues solicitamos se tenga en cuenta lo estipulado en la sentencia T 195 del 2002 del 2022 emitida por la Honorable Magistrada Paula Andrea Meneses Mosquera, quien en reiteradas sentencias ella también han manifestado que la pérdida de capacidad laboral calificada

que no se evidencie la historia clínica y demás soportes médicos porque se anexaron con la demanda.

Seguidamente advirtió, en nuestro ordenamiento jurídico el trabajador es considerado la parte débil de la relación obrero patronal y por ende deben garantizarse las condiciones mínimas para lograr el respeto de su dignidad como persona, el derecho de los trabajadores no pueden menoscabarse conforme lo estipula el Artículo 53 de la Constitución Política. De manera que resulta evidente que en el caso de la demandante presentó padecimientos de tipo laboral en el 2014 y su despido fue en el 2016, sin embargo, la señora DARY LUZ NAVARRO presentaba dolores severos constantes en su miembro superior derecho el cual estuvo limitado desde el 2014 hasta cuando se le dio su terminación del contrato en el 2016 para realizar las funciones constantes y continuas en el área de aseo. Dedujo, claramente estaba ante una situación de debilidad manifiesta y estabilidad laboral reforzada, si bien no existía una calificación previa de discapacidad ni tampoco se alcanzó a demostrar el inicio de sus terapias médico laborales, esto se dio porque su contrato laboral terminó cuando estaba apenas iniciando todos este tipo tratamientos.

Añadió, la actora estaba en proceso de iniciar su rehabilitación teniendo derecho a que, en su favor operará la estabilidad laboral reforzada derivada de la situación médica conforme se puede demostrar en la historia clínica, al presentar varias veces dolores debiendo acudir al médico, tenía tratamientos con medicamentos y había realizado una que otra terapia por lo cual iba a iniciar su tratamiento médico laboral. Resaltó, la actora una vez se le terminó su contrato laboral no pudo continuar con su afiliación al Sistema de Seguridad en Salud ni pensional, situación por la cual no pudo obtener ni incapacidades ni tampoco continuar a fin de que se le pudiera calificar el nivel de limitaciones o algún tipo de discapacidad, motivo por el cual debió gestionar todo su servicio médico y tratamiento como beneficiaria de su esposo y hasta el día de hoy después de varios años de haber terminado su vínculo laboral

*por la Junta Regional Nacional de Calificación, no es un requisito para que opere el fuero de salud, basta que el trabajador demuestre el deterioro de salud por medio de la historia clínica recomendaciones del médico tratante y las incapacidades que fueron ordenadas y como se demostró que la señora DARY LUZ estaba y tenía situaciones previas de salud antes de terminar sus contratos, nos solicitamos se tenga en cuenta los conceptos emitidos por la Corte Constitucional en esta sentencia y se traigan a colación pues todas las respuestas dadas por la EPS quienes manifiestan que **SERVILIMA S.A.S.**, fue notificada respecto al estado de salud de la señora DARY LUZ.*

*Con esto termino pues el recurso solicitamos por favor se tenga en cuenta y se revise nuevamente en todo lo relacionado con la historia clínica y la situación de salud previa de la señora DARY LUZ antes de terminar el contrato y las consecuencias que se presentaron posterior a su desvinculación con **SERVILIMA**.*

la demandante no ha podido volver a ser dependiente de ningún tipo de cargo por su situación de salud.

En consecuencia, la terminación del contrato laboral debió estar autorizado por el Ministerio de Trabajo situación que genera la sanción prevista en la Ley 361 de 1997. Por otro lado expuso, en consulta médica del 2 de septiembre del 2015 el médico fisiatra doctor Pedro Ospina la diagnosticó con síndrome de manguito rotatorio y como plan de manejo solicitó la valoración por medicina laboral para calificación y recomendaciones de terapia física, esto, pudiéndose evidenciar en la historia clínica, además, en respuesta de Famisanar a un derecho de petición informa el 18 de diciembre de 2015 que autorizaba a dar inicio al proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral oficiando a la empresa SERVILIMA para que allegara una documentación y la misma no fue aportada.

Concluyó, la desvinculación laboral fue discriminatoria toda vez que la ruptura del vínculo laboral se llevó a cabo una vez se percataron del deterioro de salud de la señora DARY LUZ, pues si bien se terminó el contrato laboral o contrato comercial entre SERVILIMA S.A.S. y SUPLA, lo cierto es que la señora DARY LUZ pudo haber sido reubicada por parte de SERVILIMA S.A.S. en otra operación o en otro cargo. La condición del túnel carpiano que le fue ocasionado y diagnosticado a la señora DARY LUZ ocurrió por la realización del objeto contractual celebrado entre ella y SERVILIMA S.A.S. condición que se le causó y que conllevó a intensos dolores limitantes en su brazo derecho y otras limitaciones funcionales, siendo titular de 3 cirugías y terapias.

Concretó, en el 2014 la demandante inició tratamiento, en el 2015 se le autorizó iniciar todo lo relacionado con medicina laboral, la enfermedad que padece la señora DARY LUZ ha generado un deterioro significativo en su salud y la adquirió mientras estaba vinculada a la empresa SERVILIMA S.A.S., lo que dificultó el desempeño de sus labores como operaria de aseo en condiciones regulares y situación por la cual se asume que fue la razón por la cual se dio por terminado su contrato, esa condición la limitaba aún después de terminar su contrato laboral con la ejecución de varias actividades de tipo cotidiano personal y del hogar. Citó las sentencias T 195 del 2002 del 2022 emitida por la Honorable Magistrada Paula Andrea Meneses Mosquera, quien ha expuesto, la pérdida de capacidad laboral calificada por la Junta Regional Nacional de Calificación, no es un requisito para que opere el fuero de salud, basta que el trabajador demuestre el deterioro de salud por medio de la

historia clínica recomendaciones del médico tratante y las incapacidades que fueron ordenadas.

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 y subsanación (páginas 4 a 5 archivos 01 y 05 (expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en el acápite respectivo (páginas 1 a 3 y 3 a 4, *ibidem*), encaminadas a que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la demandada y como consecuencia de esto, se declare injusta e ilegal la terminación del contrato de trabajo de fecha 11 de mayo de 2016, ordenándose a la parte demandada pagar los salarios causados desde el 12 de mayo del 2016, cesantías, interés a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pago de manera retroactiva de las cotizaciones al sistema al sistema de pensiones ante la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES-, desde el día 12 de mayo de 2016, al reintegro efectivo, costas y condenas extra y ultra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones,** en tanto, la juzgadora absolvió a la demandada **SERVICIOS DE LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO Y ASEO SERVILIMA S.A.S.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra **tras considerar,** que no existen elementos que permitan establecer que la demandante gozaba efectivamente de la figura de la debilidad manifiesta, pues no obran pruebas de incapacidad, terapias, tratamientos o similares. Expuso la falladora, si bien es cierto la testigo NIYIRECT CHISYCA, señaló que conocía los padecimientos que sufrió la demandante y que había tenido varias incapacidades, en un principio la deponente dijo que ella enviaba las incapacidades a Supla, pero posteriormente, señaló que no, que si tenía incapacidades las debía presentar la demandante a su empresa directamente, refiriendo, en alguna oportunidad la actora tuvo incapacidades por 15 días, sin embargo, no obra prueba de las mismas, además, la parte demandante relató que ella no solicitaba las incapacidades, que solo iba a terapias, precisamente para evitar que le fuese terminado su contrato de trabajo en razón a presentar las mismas.

Advirtió la a quo, en estos casos se debe fundamentar las decisiones en pruebas médico científicas de las cuales no obra ninguna en el plenario, permitiendo establecer que la empresa conocía sobre el estado de debilidad manifiesta alegado por la actora y que por razón de su estado de salud le fue terminado el contrato de trabajo, sumado a ello, consideró, tampoco se puede verificar si la demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada ante la falta de pruebas que permitan constatar de manera clara y fehaciente que la señora demandante era titular de tratamientos médicos, incapacidades, terapias y demás procedimientos y que por dicha razón le fue terminado el contrato de trabajo, esto es, por falta de pruebas respecto de los padecimientos de salud y respecto de todas las condiciones que permiten establecer precisamente el estado de debilidad manifiesta.

En primer lugar, debe advertir esta Sala que, no fue objeto de controversia la relación laboral existente entre las partes, la cual se desarrolló a través de un contrato por obra o labor entre el 17 de octubre de 2012 al 11 de mayo de 2016, y culminó en aplicación de un modo legal de terminación, siendo esta la finalización de la obra para la cual fue contratada la actora (Suppla - Operación La Rivera), pues además de haber sido señalado así por la a quo sin que fuera objeto de reproche, tal aspecto se corrobora con la documental obrante en las páginas 14 a 18 del archivo 01 del expediente digital, consistente en el contrato de trabajo, carta de terminación y certificación laboral.

Establecido lo anterior, procede la Sala a analizar lo relativo a la invocada estabilidad laboral reforzada por salud.

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

Vale indicar que en esta última providencia C-531 de 2000 la Corte Constitucional declaró exequible el inciso referido al pago de la indemnización *“bajo el supuesto de*

que (...) **carece de todo efecto jurídico** el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.”, es decir, abrió la posibilidad de declaración de la ineficacia del despido o la terminación del contrato de un trabajador limitado.

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

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

“La Sala tiene explicado pacíficamente que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 protege a las personas «en condición de discapacidad», es decir que «solo aplica a quienes tengan una [discapacidad] física, psíquica o sensorial en los términos previstos en dicha normativa», pero no, respecto de cualquier limitación o discapacidad, sino ante aquella que se considera relevante por reducir sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en este, siguiendo el contenido del art. 1 del C159 de la OIT (ver sentencia CSJ SL17945-2017). Por esta razón, en un principio, el ordenamiento jurídico optó por fijar los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5 reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001 vigente para la época del despido del actor), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, a quienes clasifiquen en dichos niveles.

Aquí, la Sala aclara que prefiere usar el término discapacidad relevante para identificar al sujeto de la protección a la estabilidad laboral del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y no, el de invalidez que traen el C159 y las R. 99 y 168 de la OIT, para diferenciarlo del sujeto beneficiario de la pensión de invalidez que regula la normatividad de la seguridad social de origen interno.

(....)

Lo anterior implica que la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad. Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser

superadas por el empleador haciendo ajustes razonables. Según el art. 5 de la Ley 361 de 1997, reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001, vigente para la época del despido del actor (se itera), esa discapacidad relevante se considera a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral.

(...)

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

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

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia SU 380 de 2021, precisó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ordena su aplicación no solo a las personas con una pérdida de capacidad laboral calificada como *moderada, severa o profunda*, por una autoridad competente, sino que se extiende a toda persona en condición de salud que impide o dificulta el normal ejercicio de sus funciones. En tal escenario, dice esa Corte, para definir la manera en que la situación de salud impacta el desempeño de las actividades laborales de la persona afectada, deben tenerse en cuenta aspectos como: “i) el examen médico de retiro; ii) las incapacidades médicas vigentes o previas al momento de terminación de la relación laboral, iii) los diagnósticos y tratamientos médicos ordenados a la persona afectada y iv) accidentes de trabajo como causa de incapacidades médicas o dictámenes de calificación de la pérdida de la capacidad laboral (PCL)”.

Asimismo, en esa misma providencia consideró posible que el desempeño se dificulte por afectaciones de carácter psicológico o psiquiátrico, entre otros, cuando: “(i) se acredita la presencia de estrés laboral; (ii) la existencia de tratamiento médico, incapacidades o recomendaciones laborales, al momento de la terminación del vínculo; (ii) que el accionante haya informado al empleador que enfrenta un bajo

rendimiento por razones de salud; (iv) que la enfermedad persiste después de la terminación del vínculo; o (v) que la persona cuenta con un grado de pérdida de la capacidad laboral (aunque no sea moderada, severa o profunda)".²

En esa orientación habrá de ser el empleador quien corra con la carga de demostrar que el despido estuvo fundado en razones distintas a la situación de salud del trabajador, y si este se produjo sin autorización de la oficina del trabajo, debe presumirse que la decisión se motivó en las condiciones de salud del trabajador, presunción que puede verse confirmada por la existencia de síntomas notorios de la enfermedad, el trámite de incapacidades médicas, permisos para asistir a citas o recomendaciones médicas por medicina laboral, o que el trabajador haya sido despedido durante un periodo de incapacidad laboral, entre muchos otros (SU380 de 2021).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 6850 de 2016, discurrió:

"...En efecto, la censura parece diferenciar entre las causas justas y las razones que pueden acompañar a una decisión de despido. Por eso mismo, a pesar de que reconoce que en este caso no medio una justa causa, dice que la razón del despido fue la escisión de la entidad y no la condición de discapacidad del trabajador. Con fundamento en ello, en últimas, arguye que en el evento en que se propicie un despido unilateral y sin justa causa, en todo caso, el trabajador debe demostrar que la decisión se dio por razón de su discapacidad y no por otros motivos, para que opere la especial garantía de estabilidad.

Una interpretación de esas características no puede ser avalada por la Corte, por las razones que pasan a exponerse:

La interpretación que propone la censura torna totalmente nugatoria la garantía de estabilidad y le resta todo efecto útil a la disposición, pues pone en manos del empleador la facultad de despedir al trabajador discapacitado, libremente, con la sola condición de no motivar su decisión en función de la especial condición de discapacidad.

(...)

Dicha interpretación también insta al trabajador a que, en el marco de un despido sin justa causa, demuestre que la razón real de la decisión estuvo dada en su condición de discapacidad, lo que resulta del todo desproporcionado e inaceptable para la Corte..." (Resaltado por la Sala)

Adicionalmente, en sentir de ese Alto Tribunal, con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que lo que se sanciona es que dicho acto esté precedido de un acto discriminatorio. Bajo tal entendido, si el motivo no es su estado biológico,

² SU 380 de 2021 de la Corte Constitucional.

fisiológico o psíquico, el resguardo no opera, de allí que la invocación de una justa causa al momento de poner fin al vínculo laboral excluya de suyo que la ruptura estuvo basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador y, en este escenario, se hace innecesario acudir al inspector del trabajo para obtener la autorización, porque el finiquito se soporta en una causal objetiva (Sentencia SL1360 del 11 de abril de 2018). Esta misma conclusión es compartida por la Corte Constitucional quien, en la plurimencionada sentencia de unificación determinó que *“la parte accionada desvirtuaría la presunción si acredita en sede judicial la existencia de una causa justa para terminar la relación”*.³

Expuesto lo anterior, procede la Sala al análisis de las pruebas recaudadas, advirtiendo, con la demanda se aportó (archivo 01, páginas 15 y s.s.), el contrato de trabajo, certificación laboral, carta de terminación, derecho de petición calendado 18 de mayo de 2016 (radicado el 23 de mayo de 2016), por medio del cual la demandante solicitó a la EPS FAMISANAR el diagnóstico de rehabilitación, pérdida de capacidad laboral y calificación integral de la invalidez, petición que fue respondida por la EPS a través de escrito del 31 de mayo de 2016 en los siguientes términos:

“En atención a su comunicado f.317695, al respecto me permito informar:

.1 Quien determina la mejoría médica máxima o que terminó el proceso de tratamiento y rehabilitación o que el paciente luego del tratamiento se encuentra en estado secular de su patología es el médico especialista tratante, por lo tanto es importante que usted, solicite a su médico el diagnóstico de rehabilitación concerniente a su estado de salud.

2. Para dar respuesta a los numerales 2 y 3 le confirmo que el pasado 18 de diciembre del año 2015 se autorizó dar inicio al su proceso de calificación, por lo tanto es importante que se acerque a una de nuestras oficinas de atención al usuario para que se le confirme el proceso a seguir.”

Igualmente, se adjuntó derecho de petición de fecha 17 de mayo de 2016, suscrito por la demandante y dirigido a la ARL SURA, por medio del cual puso en conocimiento el origen de la enfermedad, así mismo obra respuesta otorgada por la ARL SURA de fecha 29 de junio de 2016, al siguiente tenor:

³Sentencia SL 1360 de 2018: *“(…) Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación», lo que, contrario sensu, quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.”*

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

“Revisando nuestro sistema de información se evidencia que la señora Dar Luz, presento cobertura con ARL SURA a través de la empresa SERVICIOS DE LIMPIEZA MANTENIMIENTO Y ASEO SERVILIMAS S.A.S. desde el 17 de octubre de 2012 hasta el 11 de mayo de 2016.

Durante este periodo no tenemos registros de notificación de presunta enfermedad laboral en estudio, en cobertura con esta Administradora.

Por lo anterior respetuosamente sugerimos radicar esta solicitud al área de Medicina Laboral de EPS a la cual se encuentra afiliada la señora Dar Luz de acuerdo a lo establecido en el Art. 12 decreto 1295/94.”.

También, obra derecho de petición dirigido a la encartada por parte de la demandante, solicitando el pago de la indemnización por despido al considerar que era sujeto de especial protección de fecha 09 de agosto de 2016, anhelo que fue respondido por la empresa mediante escrito calendado 25 del mismo mes y año, oponiéndose al reconocimiento y pago pretendido, derecho de petición de fecha 28 de mayo de 2019, por medio del cual la demandante solicitó a la empresa las indemnizaciones correspondientes por su estado de salud. Se arrió derecho de petición de fecha 10 de febrero de 2017 (radicado el 03 de marzo de 2017) con destino a la EPS FAMISANAR y respuesta a derecho de petición de fecha 29 de marzo de 2017 a través de la cual se le informó a la demandante:

Primero: de acuerdo a su solicitud, donde requiere que se le indique diagnóstico de rehabilitación, al respecto informamos; quien determina la mejoría médica máxima o que terminó el proceso de tratamiento V rehabilitación o que el paciente luego del tratamiento se encuentra en estado secuelar de su patología es el médico especialista tratante, por lo tanto es importante que usted solicite a su médico l a certificación concerniente a su estado de salud y del diagnóstico teniendo en cuenta su historia clínica.

Segundo y tercero: cada entidad debe calificar según sus competencias y las coberturas a las cuales se obliga en la Ley 100 de 1993, es así como las EPS determinan la Pérdida de la Capacidad Laboral para los efectos contemplados en esta misma ley en su Artículo 163. (...).

Por lo anterior si usted requiere certificación de discapacidad para los trámites contemplados por la ley, debe direccionar su solicitud al área de riesgo poblacional de la EPS, ya que una vez validado en el sistema usted actualmente se encuentra como calidad beneficiaria, por ende esta área es la encargada de emitir dicho certificado.

Cuarto: 18 de diciembre de 2016 EPS FAMISANAR autoriza iniciar proceso de calificación de origen, de acuerdo a políticas establecidas una vez radicada la orden en el sistema, el usuario puede acercarse a reclamar respuesta e indicar direccionamiento a seguir. Sin embargo en la respuesta enviada a su domicilio con fecha del 03 de junio de 2016 en el ítem 2 se informa que es necesario que se acerque a una de nuestras oficinas de atención al usuario para que se le confirme el proceso a seguir.

A la fecha no se evidencia que usted se halla acercado para indicarle los documentos mínimos requeridos para dar inicio al trámite al proceso de calificación de origen autorizados desde 18/12/2015 y realizar diligenciamiento de formatos necesario.

Por lo anterior y de acuerdo al Decreto 1352 de 2013 Artículo 31, y al no haber usted y la empresa aportado la documentación necesaria se considera que ha desistido usted de su solicitud. Por de se informa que los términos para iniciar proceso de calificación ya vencieron.”. (negrilla y subrayado fuera del texto).

En igual sentido, obra respuesta de la EPS de fecha julio de 2021, en la que indicó:

“Una vez validada su solicitud y nuestra base de datos no se evidencia que se haya iniciado algún proceso de Calificación para la fecha en mención, en respuesta emitida el pasado 31/05/2016...”:

Igualmente, a fin de establecer la condición de la trabajadora al momento del despido, se recaudó el interrogatorio a la representante legal de la demandada⁴, quien advirtió, conocer a la demandante pero no el diagnóstico alegado, adujo, la empresa cuenta con una carta de Famisanar posterior al retiro que indica que la demandante no presenta incapacidad alguna, además, la EPS Famisanar en ningún momento requirió a la empresa, así como la ARL dijo que no tenía ninguna enfermedad laboral.

Por otra parte, la testigo NIYIRECT CHISYCA indicó⁵: que trabajó en Supla como Supervisora en la Riviera desde el 2011 al 2018, narró, Dary Luz tenía una enfermedad y no sé si fue por eso que le terminaron el contrato, la deponente manejaba la bodega y tenía a la demandante para el aseo, esta declarante era quién pasaba los reportes sobre incapacidades porque tenía que registrar la novedad a la

⁴ **Interrogatorio de parte demandada, récord 04:33:** “Yo comencé el 1º de enero de 1995 con la empresa, la razón social es servicios de limpieza y mantenimiento SERVILIMA S.A.S, si conozco a la demandante, no conozco el diagnóstico, tengo una carta de Famisanar posterior al retiro que dice que la demandante no presenta incapacidad, Famisanar en ningún momento requirió a la empresa, no conoció sobre incapacidades, la ARL dijo que no tenía ninguna enfermedad laboral, ella no tenía limitación alguna y ella no estuvo o fue tratada por el área de seguridad y salud en el trabajo, cuando se reubican la traemos a la empresa al área de archivo o lo que puedan hacer.”.

⁵ **Testigo NIYIRECT CHISYCA, récord 33:05:** “Yo no labore para la empresa, conocí a Luz Dary porque trabajó para Supla en la Riviera, yo trabajé en Supla desde el 2011 al 2018, lo que sabía era que Dary Luz tenía una enfermedad y fue por eso que le terminaron el contrato, no sé si fue por eso, yo era Supervisora, yo manejaba la bodega y tenía a Dary Luz para el aseo, ella presentaba los reportes porque yo tenía que pasar la novedad, la pasaba a Servilima para que me enviaran reemplazo, las incapacidades fueron hace muchos años, la incapacidad era más que todo por el hombro, ella hacía aseo o mantenimiento general, cuando salí de la Riviera Dary Luz salió, se acabó la operación donde estaba Dary Luz, hubo una operación que fue larga, no recuerdo el año, la incapacidad fue de 15 días, no sé si tenía retsrucciones o recomendaciones, a ella le hicieron varis terapias, ella pasaba los documentos, yo pasaba era la fecha a mis superiores para que enviaran a otra persona, luego, cuando salí de la operación no me volví hablar con Dary Luz, uno no se habla con nadie más”.

empresa SERVILIMA para que enviaran un reemplazo, las incapacidades fueron hace muchos años más que todo por el hombro, la demandante hacia aseo o mantenimiento general, cuando salió de la Riviera, la actora Dary Luz se fue, se acabó la operación donde estaba Dary Luz, la actora tuvo una incapacidad de 15 días, no supo si tenía restricciones o recomendaciones, solo que a la demandante le hicieron varias terapias.

En cuanto al interrogatorio rendido por la demandante⁶, es pertinente resaltar que el mismo no puede ser tenido en cuenta ya que si bien narra hechos sobre el conocimiento que presuntamente tenía el empleador sobre su estado de salud, los mismos no fueron probados, siendo una carga procesal que le incumbía. Sobre la procedencia de tener por ciertas estas declaraciones la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral – SL 4072 de 2022, asentó: *“La confesión debe versar sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria”*.

En consecuencia de lo anterior, la Sala no acoge los argumentos de la recurrente ya que la Juez de Primera Instancia valoró las pruebas aportadas al proceso en su integridad, logrando concluir de manera contundente que la demandante no contaba con alguna afectación en su salud que pudiera considerarse un nexo causal con la carta de terminación entregada el 11 de mayo de 2016, nótese, las pruebas aportadas al proceso dan cuenta de las peticiones que radicó la demandante a la EPS FAMISANAR y ARL SURA con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, pues las radicaciones datan del 16 de mayo de 2016 en adelante. Adicionalmente, se tiene que la misma EPS o ARL SURA en respuesta a las peticiones en comento, informaron que la demandante no tenía proceso de calificación o reporte alguno sobre alguna enfermedad, puntualmente, la EPS FAMISANAR indicó a la aquí demandante el día 10 de febrero de 2017: **“A la fecha**

⁶ **Interrogatorio Demandante, récord 09:27:** “Inicié el 16 de septiembre de 2012, estaba en el cargo de servicios de limpieza para Supra, mi empleador era SERVILIMA S.A.S., hacia limpieza y servicios varios, llevaba maquinas, limpiaba vidrios, sacaba basura, la empresa no me brindaron pausas activas, comencé con dolores en el 2014, le dije a mi jefe, me diagnosticaron túnel carpiano y maguito rotador, en Famisanar comencé con terapias, en el 2015 iba a comenzar mi tratamiento, yo entregué una historia clínica al señor Elkin porque era jefe de SERVILIMA, me la pedían porque ellos debían saber en qué estado estaba yo, la empresa sabía como estaba, me terminaron con el contrato el 16 de mayo de 2016, las incapacidades que me daban a mi eran muy pocas y la señora de allá me decían que no pidiera tanta incapacidad que después me sacaban por eso y que en ningún lado me recibían así, el contrato terminó porque yo estaba en la Riviera y me mandaron a ubicar en otro lado peor no se pudo, Famisanar, me hicieron 2 cirugías, la última fue hace 3 meses, yo no recibí nada de indemnización porque ya no era vinculante”.

no se evidencia que usted se halla acercado para indicarle los documentos mínimos requeridos para dar inicio al trámite al proceso de calificación de origen autorizados desde 18/12/2015 y realizar diligenciamiento de formatos necesario”.

De esta forma, de los medios de convicción analizados, a juicio de esta Sala, no se logra establecer que para la fecha de terminación del vínculo laboral (11 de mayo de 2016) la demandante se encontraba cobijada por la estabilidad laboral reforzada solicitada, pues con ella no se logra acreditar de manera alguna que para dicha calenda se encontraba en un estado de **disminución de sus facultades producida por padecimientos de salud que la colocaran en condición de discapacidad relevante**. Al punto, no existen recomendaciones, restricciones o incapacidades extendidas a lo largo del tiempo de las que se pueda inferir que no era posible realizar sus actividades bajo ciertas condiciones. Se reafirma “*el fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona*”⁷.

Se recalca, no existen elementos para determinar que la promotora del juicio tenía algún grado de limitación a la finalización del vínculo laboral, siendo insuficiente las pruebas arimadas para determinar que la demandante no podía desarrollar sus actividades laborales, pudiendo concluirse que el móvil de la terminación del contrato no fue su situación de salud, sino se trató de un modo legal de terminación. En este punto, la deponente NIYIRECT CHISYCA fue enfática en afirmar que el contrato comercial suscrito entre SUPPLA y SERVILIMA culminó y por eso salió la demandante. Tales circunstancias derivan en la inaplicabilidad de la mencionada Ley 361 de 1997 y es que la protección dicha normatividad, esto es, la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el estado de la salud de la extrabajadora, estaría desvirtuada en el caso de marras independiente de si el vínculo terminó, para este caso, con justa o sin justa causa, porque como quedó analizado, para ese momento la demandante no se encontraba en un estado de debilidad manifiesta o discapacidad relevante.

Lo anterior, atendiendo el contenido de la sentencia SL 572 de 2021, exponiendo en un aparte pertinente, lo siguiente:

“Ahora bien, es evidente que el trabajador padece una patología en su hombro derecho, que se encuentra documentada, pero, como quedó dicho en párrafos anteriores, no es la patología lo que activa la protección de la estabilidad laboral

⁷ SL 12998-2017.

reforzada, sino la limitación que ella produce en la salud del trabajador para desarrollar su labor, lo que no se encuentra demostrado en el proceso, pues además de no estar calificada la pérdida de la capacidad laboral, al momento del despido no presentaba ninguna situación grave de salud, que fuera notoria y evidente, por el contrario, se encontraba desarrollando sus actividades de manera normal, lo que demuestra que la patología del hombro no ocasionaba ninguna limitación en el trabajador que fuera incapacitante, con la magnitud de poder activar la protección establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Por último, con relación al conocimiento que pudo tener el empleador de la patología del trabajador, ello no cambiaría en nada las circunstancias exigidas para la protección, pues lo relevante es que no aparece demostrada ninguna limitación para considerar que trabajado estuviera en situación de discapacidad.”. (Negrilla fuera del texto).

Por lo anterior, no puede concluirse que el fenecimiento de la relación laboral corresponde a un acto discriminatorio por el estado de salud de la actora, razón por la cual se prohijará la decisión de primer grado en cuanto negó la estabilidad laboral reforzada y el pago de la sanción prevista en la Ley 361 de 1997.

Finalmente y solo en gracia de la discusión, es de advertirse, las enfermedades o padecimientos de salud registradas en las historias clínicas, las incapacidades o incluso las recomendaciones médicas, **en principio, son insuficientes para acreditar la limitación objeto de salvaguarda**, pues para que opere la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 debe demostrarse que el trabajador tenía una afectación sustancial (discapacidad relevante) y que por este motivo le fue terminado el contrato de trabajo, situación que no acaeció en esta litis.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la 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 \$300.000 la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLAUDIA PATRICIA ALFONSO PEREZ CONTRA COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y como vinculada PORVENIR S.A. (RAD. 32 2019 00647 01)

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de desatar el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 7 de marzo del 2023 (*Archivo 32 Audiencia virtual arts. 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:53:34*), en la que se resolvió:

“PRIMERO. - DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO. - DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la demandante, CLAUDIA PATRICIA ALFONSO PÉREZ, a través de la AFP COLMENA hoy, PROTECCIÓN S.A., de fecha 10 de octubre de 1995, así como su posterior traslado entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad.

TERCERO. - Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES, las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda en proporción al tiempo en que la demandante estuvo afiliada dicha sociedad. Valores que deberán ser indexados y asumidos por PROTECCIÓN S.A., sea con cargo a sus propios recursos.

CUARTO. - CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A a trasladar con destino a COLPENSIONES, la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Asimismo, deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al Fondo de Garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda en proporción al tiempo en que la demandante ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por COLFONDOS S.A con cargo a sus propios recursos.

QUINTO. - ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante, CLAUDIA PATRICIA ALFONSO PÉREZ, como afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de Régimen que se declara ineficaz.

SEXTO. - CONDENAR en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A y a favor de la demandante. Tásese por secretaria incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin costas respecto de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A.

SÉPTIMO. - En caso de no ser apelada, la presente decisión y por ser desfavorable a la demanda COLPENSIONES, remítase al superior en el grado jurisdiccional de **CONSULTA.**”

Inconforme con la decisión COLPENSIONES¹ apela la decisión expresando que todas las actuaciones de la entidad deben estar encaminadas siempre al

¹ **APODERADO COLPENSIONES (Récord: 1:56:40)** Gracias su Señoría, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente me permitió interponer recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior Sala judicial (sic) Sala Laboral, con el fin de que se revoque en su integridad la sentencia proferida por el juzgador de instancia, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones, le solicitó al honorable tribunal, se tenga en cuenta que el artículo dos de la Ley 797 de 2003, determinó la posibilidad que el afiliado se traslade de régimen una vez cada 5 años, contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y de estabilidad del sistema pensional, esta misma norma limitó este derecho. Cuando al afiliado, le faltará 10 años o menos para alcanzar la pensión, salvo aquellos afiliados que tuviesen 15 años cotizados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, para quienes se conservó el derecho a regresar al régimen de prima media en cualquier momento, es decir, para aquellos afiliados beneficiarios del régimen de transición.

Esta limitación se justifica, las adiciones efectuadas mediante el Acto Legislativo 01 de 2005, al artículo 48 de la Constitución Política y, por lo tanto, debe señalarse que todas las actuaciones de **COLPENSIONES** deben estar encaminadas siempre al cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y a las disposiciones legales instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y el acto legislativo 01 de 2005, que busca proteger tal principio.

Aunado lo anterior, la demandante del presente caso no es beneficiaria del régimen de transición para proceder a su traslado en cualquier tiempo, como lo señala la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2012, 1024 de 2004, SU- 062 de 2010 y SU- 130 del 2013, al indicar que la única condición prevista que no exige un límite de tiempo a efecto de solicitar el traslado de regímenes que el afiliado acredite ser beneficiario del régimen de transición, al haber efectuado cotizaciones por 15 años con anterioridad al primero (1) de abril de 1994, situación que no se presenta en este caso, como quiera que, según historia laboral de la demandante, para aquella data contaba con un aproximado de 74,47 semanas, por lo que no es procedente el traslado en cualquier tiempo de acuerdo a la jurisprudencia y la norma antes citada.

Por lo anterior se tiene entonces que la demandante, elevó solicitud de traslado al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, el 26 de julio de 2019, al verificar la cédula de ciudadanía para aquella data, contaba con 53 años de edad y al no contar con 15 años de cotizaciones al primero (01) de abril de 1994, no quedaría otra alternativa, sino la de concluir que la señora CLAUDIA PATRICIA ALFONSO, se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado y por ende, resultaría a todas luces improcedente por

cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y a las disposiciones legales instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y el acto legislativo 01 de 2005, que buscan proteger tal principio, señalando la demandante no es beneficiaria del régimen de transición para proceder a su traslado en cualquier tiempo, como lo señala la Corte Constitucional, como quiera que, según historia laboral de la demandante, contaba con un aproximado de 74,47 semanas, por lo que no es procedente el traslado en cualquier tiempo.

Expresa que la señora CLAUDIA PATRICIA ALFONSO, se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado y, por ende, resultaría a todas luces improcedente tenerla como afiliada al régimen de prima media, salvaguardando el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema.

Solicitando, se tenga en cuenta el principio de relatividad jurídica, toda vez que COLPENSIONES, es un tercero en el acto jurídico celebrado entre la demandante y los fondos privados. Por lo tanto, estos actos jurídicos tienen efectos Inter partes, por lo cual, independiente de la decisión adoptada, su representada no puede verse ni favorecida ni perjudicada con la misma, razones por las cuales solicita se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

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

parte de mi representada, tener como afiliada a la demandante del régimen de prima media, salvaguardando el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema.

En igual sentido, en virtud del equilibrio financiero del sistema, les solicito honorables magistrados, se tenga en cuenta lo resuelto por la Corte Constitucional, en la sentencia SU-062 de 2010, en relación al estudio de rentabilidad, por medio del cual se estableció que el cálculo de rentabilidad es una operación tendiente a determinar, si el afiliado que desee trasladarse al régimen de ahorro individual al régimen de prima media y que le falten menos de 10 años para pensionarse, cumpla con el requisito de ahorro realizado, en el primero, no debe ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente, en caso de que hubiese permanecido afiliada, en el régimen de prima media y así poder establecer si procede o no el traslado de régimen, medida que se adopta en aras de proteger la sostenibilidad del sistema, principio contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política. Eh (sic)

Por último, honorables magistrados, les solicito, se tenga en cuenta el principio de relatividad jurídica, toda vez que COLPENSIONES, es un tercero jurídico en (sic) en el acto jurídico celebrado entre la demandante y los fondos privados. Por lo tanto, estos (sic) estos actos jurídicos tienen efectos Inter partes, por lo cual, independiente de la decisión adoptada, mi representada no puede verse ni favorecida ni perjudicada con la misma. Conforme a lo anteriormente expuesto, le ruego, al honorable tribunal se revoque la sentencia proferida y, en consecuencia, se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Gracias su Señoría.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante **CLAUDIA PATRICIA ALFONSO PÉREZ** en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Archivo 1 expediente digital, página 7*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Archivo 1 expediente digital, páginas 5 y 6*), aspirando se declare la ineficacia de la afiliación a Colmena S.A. hoy Protección y a Colfondos S.A., en consecuencia se les ordene todos los tramites pertinentes para el retorno al RPM incluyendo los aportes, rendimientos y bonos pensionales a que hubiere lugar como también las cuotas de administración, igualmente se ordene a Colpensiones realizar todos los tramites tendientes al retorno haciendo la convalidación con los dineros que reciba por parte de Protección y Colfondos S.A., costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró ineficaz el traslado efectuado por la actora al RAIS; condenó a PROTECCION S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que correspondan en proporción al tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicha sociedad, debidamente indexados y asumidos por PROTECCION S.A. con cargo a sus propios recursos, igualmente condenó a COLFONDOS a trasladar 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. Así mismo trasladar las sumas deducidas y dirigidas al Fondo de Garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones indexados y con cargo a sus propios recursos, y a COLPENSIONES aceptar dicha transferencia; condenó en costas y agencias en derecho únicamente a Protección. Fundamentó su decisión en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP 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 12 de mayo de 1966 (*Página 73, Archivo 1 Expediente Digitalizado*), por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 23 de julio del 2019 (*Archivo 2 expediente administrativo*), 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 65.85 semanas cotizadas (*Archivo 1 expediente digital pág. 2010*)³, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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

3

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
1008235938	SOC. ADMIN. DE FONDOS	25/05/1992	15/07/1992	\$99.630	7.43	0,00	0,00	7.43
1008220680	ACTIVOS LTDA	25/08/1992	30/12/1992	\$111.000	18,29	0,00	0,00	18,29
1000102672	AGROSUBA LTDA	08/01/1993	03/05/1993	\$136.290	16,57	0,00	0,00	16,57
1007109557	DIETRANS CARGO LTDA	19/10/1993	31/05/1994	\$197.910	32,14	0,00	0,00	32,14
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS								74,43

En este orden de ideas, 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 **10 de octubre de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1° de noviembre de 1995** (*Páginas 270 y 272, archivo 1 expediente digital*) por afiliación que hiciera COLMENA hoy PROTECCIÓN, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Precisándose en este punto aun cuando obra el formulario de afiliación con PORVENIR S.A. del 5 de mayo de 1994 (Archivo 24 pág. 18) lo cierto es que dicha entidad en su contestación refirió:

En el presente caso, se encuentra que, si bien la demandante suscribió formulario de solicitud de vinculación con la AFP PORVENIR el 01 de mayo de 1994, lo cierto es que fue "ANULADA" su afiliación a este fondo de pensiones, hecho que se corrobora con lo señalado en la Relación Histórica de Movimientos así como en el Certificado de Egreso, cuya información refiere que la afiliación de la demandante fue de un solo día, es decir, se tiene por fecha de inicio el 01 de junio de 1994 y por fecha de retiro el mismo 01 de junio de 1994. Así pues, es claro concluir que la vinculación de la demandante con mi representada nunca nació a la vida jurídica y, por lo tanto, no generó ningún efecto; **en esta medida el traslado de régimen no se realizó mediante mi representada y, por lo tanto, no está llamada a responder sobre la posible nulidad o ineficacia del traslado de régimen de la accionante, es más, la demandante NUNCA estuvo vinculada con mi representada de manera posterior al traslado de régimen.**

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.

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado COLMENA hoy PROTECCIÓN.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 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, radicales 31989 y 31314, dijo:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo

“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.

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que la oficina de recursos humanos de la empresa a donde ingresó a laborar en el año 1995 le paso un paquete para su vinculación y allí estaba el formulario de COLMENA, precisando para ese momento no había un asesor de dicha AFP y por ende no le explicaron características del régimen, ni mucho menos los requisitos para pensionarse.

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

⁶ Audiencia 7 de marzo del 2023, récord 16:39

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 COLMENA hoy PROTECCIÓN (*Página 271 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 AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio

público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLMENA hoy PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (10 de octubre de 1995 efectivo el 1º de noviembre de ese año), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, es menester precisar a Colpensiones no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía

suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

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

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.

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 COLFONDOS 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 comisiones, 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, esto último igualmente a cargo de PROTECCIÓN como se dispuso en la sentencia de primer grado.

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

«(...)

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

Lo anterior, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

En ese orden de ideas, se adicionará la decisión de primer grado en aras de disponer que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Ahora, con relación a la orden de la juez de primer grado 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 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 a COLPENSIONES 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 SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁷ (Página 205 Archivo 1 expediente digital), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

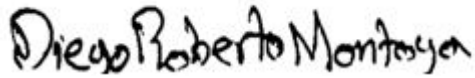
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos ordenados como devolución deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

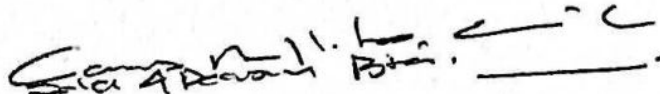
⁷ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 24 de febrero del 2020, archivo 1 expediente digital.

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 CARLOS ALBEIRO LÓPEZ GUZMÁN CONTRA UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA (RAD. 32 2021 00435 01).

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de esta ciudad, el pasado 14 de diciembre de 2022 (23ActaAudienciayJuzgamiento, récord 1:10:44), en la que resolvió:

***“PRIMERO. - DECLARAR** probada parcialmente la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y no probadas las demás excepciones formuladas por la demandada conforme las consideraciones expuestas.*

***SEGUNDO. - DECLARAR** que, entre el demandante, CARLOS ALBEIRO LÓPEZ GUZMÁN, y la demandada UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA, existió un contrato de trabajo a término fijo. Entre el 4 de septiembre y el 30 de noviembre de 2018.*

***TERCERO. - CONDENAR** a la demandada UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA a pagar al demandante, CARLOS ALBEIRO LÓPEZ GUZMÁN, los siguientes valores y por los siguientes conceptos. Por salarios la suma de \$991.262, por cesantías la suma de \$231.539, por intereses a las cesantías la suma de \$6.560, por prima de servicios la suma de \$231.539, por vacaciones la suma de \$113.932. Los valores por concepto de intereses a las cesantías y vacaciones deberán cancelarse debidamente indexadas, desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta el momento de su pago definitivo.*

***CUARTO. - CONDENAR** a la demandada UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA, a pagar al demandante, intereses moratorios a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre lo adeudado por concepto de salarios, cesantías y primas de servicios. Intereses*

que correrán desde la terminación del contrato de trabajo y hasta el momento de su pago definitivo.

QUINTO. - CONDENAR a la demandada UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA, a pagar los aportes al sistema de Seguridad Social en pensiones en favor del demandante. Teniendo como salario. del mes de septiembre de 2018, la suma de \$1'192.454 pesos; del mes de octubre de 2018 la suma de \$594.757 pesos y el mes de noviembre de 2018, la suma de \$990,262 pesos.

SEXTO. - ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones, incoadas en su contra.

SÉPTIMO. - CONDENAR en costas a la demandada y a favor del demandante, tásese por Secretaría incluyéndose como agencias en derecho, una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.”.

Inconforme con la decisión la demandada interpuso recurso de apelación, solicitando¹, se tenga en cuenta la procedencia de la sanción moratoria del

¹ **APODERADO PARTE DEMANDADA (récord 1:13:46):** “Su Señoría, por medio de la presente me permito presentar recurso de apelación para que sea sustentado ante los tribunales, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala laboral, de la siguiente manera. Señor juez, teniendo en cuenta el fallo emitido, me permito interponer recurso de apelación respecto de los numerales cuarto al séptimo, del fallo, solicitándose que se tenga en cuenta que en procedencia de la sanción moratoria del artículo 65 del Código sustantivo del trabajo, teniendo en cuenta que, en su Señoría, en el presente caso, no es procedente que se imponga a mi representada esta sanción, como quiera que durante los extremos la temporal, mi representada, se encontraba en imposibilitada materialmente, para efectuar el pago de los salarios y las prestaciones sociales, debido a que la crisis financiera antes expuesta, sin que esto pueda llegarse a interpretar como un acto de mala fe, pues mi representada, no ha desconocido sus obligaciones con el señor demandante, tan es así que haciendo un esfuerzo, realizó el pago de lo adeudado al demandante. En este sentido, solicitó al despacho, se tenga en cuenta el pronunciamiento de la honorable Corte Constitucional, sentencia T-1042 de 2004 y de la honorable Corte Suprema de Justicia, sala laboral que han establecido que cuando el patrón no niega el contrato de trabajo por razones atendibles y al proceso, aporta medio probatorios que justifiquen su actitud. Procede estimar que obró de buena fe, quedando facultad en tal caso el fallador para eximir de esta sanción a los que los jueces laborales. Y entonces valorar en cada caso sin esquemas preestablecidos, la conducta del empleador renuente al pago de los salarios y prestaciones, debido a la terminación del vínculo laboral, para deducir si existen motivos serios y atendibles que lo exonere de la sanción moratoria.

Se precisa que mi representada, siempre ha actuado buena fe y jamás de mala fe, en la medida que la Universidad se encuentra en un proceso de recuperación institucional e intervención del Ministerio de Educación, lo que es de conocimiento de la parte actora. Así las cosas, en cuanto a lo manifestado. Se puede reflejar en el análisis financiero de la institución de los periodos 2015 al 2018, los cuales revelan su objeto social, la cuál es la prestación del servicio educativo. La Universidad Incca de Colombia es una institución caracterizada por dar a sus estudiantes, modelos pedagógicos que han evolucionado según el contexto nacional. Las nuevas necesidades de conocimiento y de pertenencia y de reflexión frente a las artes y la cultura, entre otros.

A partir del 2010, y en incremento año tras año, se puede rastrear diferentes decisiones como: primero el cierre de programas académicos, segundo, la no renovación registro especificados. Y tercero, los cambios en las deudas financieras, entonces todas ellas, afectaron negativa y progresivamente el desempeño de la Universidad, por ende, se dio una reducción de nuevos estudiantes, incremento de la en la decepción, debilitamiento de marca, reducción de los ingresos y deterioro de la estabilidad institucional, agrava la situación que, frente a esa realidad, no se tomaron decisiones de reducción de gastos acordes con los ingresos operacionales, todo lo contrario, los gastos crecieron, disminuyendo así la liquidez de la Universidad y aumentando el endeudamiento con terceros.

Como se manifestó en el desarrollo de este proceso, mi representada no cuenta con los recursos suficientes para suplir de manera inmediata lo que se le adeuda al demandante, pues la Universidad de la mano con el Ministerio de Educación Nacional está ejecutando planes, programas y demás acciones tendientes a suplir el pasivo laboral de la Universidad Incca de Colombia, que se acumula por el orden de 44 mil millones de

pesos, los cuáles el pasivo corriente asciende a 20 mil 113 millones y el pasivo no corriente asciende a 24.305 millones.

Esto señor juez, quien dejar de lado a que la Institución está siendo cobijada, con una medida de inspección y vigilancia en el año 2019. Solicito de manera amable al despacho se tenga en cuenta el pronunciamiento de la honorable Corte Constitucional que en sentencia T -1042 de 2004 estableció que: Ahora bien, la jurisprudencia, laboral ha sostenido de manera reiterada que, cuando el patrono niega el contrato de trabajo por razones atendibles y al proceso, aporta medios probatorios que justifiquen su actitud procede, estimar que obró de buena fe dando facultad, en tal caso al fallador para extinguir esta sanción. Por lo tanto, la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó los jueces laborales deben entonces valorar en qué casos los esquemas preestablecidos, la conducta del empleador renuente al pago de los salarios y prestaciones debidas a la terminación del vínculo laboral para deducir si existen motivos serios, atendibles, que lo exoneren de la sanción moratoria.

Resulta pertinente mencionar al honorable despacho que la Fundación Universitaria Incca de Colombia está imposibilitada para acogerse a la Ley 1116 de 2006, régimen de insolvencia empresarial o cualquier proceso de liquidación judicial, esto en razón de que se trata de una fundación universitaria, pues las actividades que se desarrollan son sin ánimo de lucro, el objeto de la ley en mención corresponde a la protección de crédito y la recuperación y reconstrucción de la empresa Comunidad de explotación económica y fuentes generadoras de empleo, a través de los procesos de reorganización y liquidación judicial, lo cual hace ver que las actividades que despliega la Fundación Universitaria Incca de Colombia, no tiene la naturaleza de ser una empresa como unidad de explotación económica, lo cual quiere decir que las personas jurídicas no comerciantes en este caso, la Fundación Universitaria Incca de Colombia no puede acogerse al régimen de insolvencia y están sujetas a un régimen especial de recuperación de los negocios, liquidación o intervención administrativa para administrar o liquidar.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, de manera quizás similar a como hace una sociedad en un proceso de reorganización, es pertinente informar al despacho que el Ministerio de Educación Nacional, la entidad encargada de intervenir a través de la Facultad de Inspección Vigilancia que le otorga al Estado, conforme al Decreto 5012 de 2019 y en su artículo primero, numeral 1.6, reza que, artículo primero, objetivo, el Ministerio de Educación Nacional tendrá como objetivo lo siguiente. Velar por la calidad de la educación mediante el ejercicio de las funciones de regulación e inspección, vigilancia y evaluación, con el fin de lograr la formación moral, espiritual, afectiva, intelectual y física de los colombianos, con esto quiero decir, señor juez, que si bien la Fundación universitaria Incca de Colombia puede acogerse a la ley de insolvencia empresarial, si está haciendo algo similar a la reorganización empresarial y en la actualidad está siendo intervenida por el Ministerio de Educación Nacional, a través de una medida de inspección y vigilancia a través de la Resolución No. 003503 del 2 de abril de 2019, de la cual no ha habido sanción alguna a la institución y mediante la cual se impusieron las siguientes medidas.

Primera designar un inspector in situ para que vigile permanentemente y mientras subsista la situación que origina la medida, la gestión administrativa y financiera de la Universidad Incca de Colombia, así como los aspectos, que están afectando las condiciones de la calidad del servicio que motiva la medida y teniendo en cuenta que el hombre inspector in situ será comunicado el nombramiento del inspector in situ, será comunicado en la institución en acto posterior a este, segundo suspender temporal y preventivamente, mientras se restablezca la calidad del servicio educativo, el trámite de solicitud nuevos registros calificados, acreditaciones o renovaciones que la Universidad Incca de Colombia tenga en proceso y tercero, ordenar a la Universidad Incca de Colombia a constituir una fiducia, para el manejo de sus de sus recursos y rentas, de forma que estos serán conservados, invertidos, aplicados o arbitrados, en cumplimiento de su misión y función institucional o en actividades propias exclusivas de la institución, por lo que entonces, de manera similar a un proceso de reorganización empresarial, la Universidad tiene una medida de inspección y vigilancia por parte del órgano encargado de vigilarlo, quien decidió imponer dos miembros en el claustro de gobierno, como dice el representante legal y el inspector y adoptar un plan para la economía universitaria y un plan estratégico para la sostenibilidad, PUIP justamente en ese orden, con fin de organizar su situación financiera y administrativa, en miras a que en el mediano y largo plazo pueda captar recursos y pagar la totalidad de sus deudas incluidas el pasivo laboral.

En consecuencia, señor juez, me permito solicitar sea tenida en cuenta la situación antes descrita, pues en la actualidad la Universidad estaba acatando medidas impuestas por el Ministerio de Educación Nacional de la Mano con la implementación del plan para la universitaria FEU y el plan estratégico para la sostenibilidad.

En relación con la indexación de las sumas y de los intereses moratorios, me opongo a que se condene a mi representada al pago indexada de las sumas no constitutivos de salario y prestaciones sociales, toda vez, que ninguna de las pretensiones tiene vocación de prosperidad, sumado a que siempre se ha actuado, conforme a las normas y con buena fe, la honorable Corte Suprema de Justicia en su sala laboral ha establecido que existe una incompatibilidad, entre los intereses (sic) intereses moratorios y la indexación, todas vez que la indexación en primer lugar, busca garantizar que los emolumentos de vieja data, tengan el mismo valor equivalente al de hoy, lo cual no representa ningún beneficio, ni ingreso adicional para el acreedor y por su lado, los intereses moratorios sí representan un beneficio de ingreso adicional, máxime que se le reconocen

artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, teniendo en cuenta que durante la vigencia del contrato la Universidad se encontraba imposibilitada materialmente para efectuar el pago de los salarios y prestaciones sociales, debido a la crisis financiera que atraviesa, sin que esto pueda llegarse a interpretar como un acto de mala fe. Reseñó, el pronunciamiento de la honorable Corte Constitucional en sentencia T-1042 de 2004 y de la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral han establecido que cuando el patrón no niega el contrato de trabajo por razones atendibles y aporta medios probatorios que justifican la actitud, se entiende que obró de buena fe, siendo procedente eximir de la sanción, valorando en cada caso sin esquemas preestablecidos, la conducta del empleador renuente para concretar si existen motivos serios y atendibles que lo exonere de la sanción moratoria.

Precisó, la Universidad siempre ha actuado buena fe y actualmente se encuentra en un proceso de recuperación institucional e intervención del Ministerio de Educación, lo que es de conocimiento de la parte actora, situación financiera que se refleja en los periodos 2015 a 2018, por lo que, no cuenta con los recursos suficientes para suplir de manera inmediata lo que se le adeuda al demandante, pues la Universidad junto con el Ministerio de Educación Nacional está ejecutando planes, programas y demás acciones tendientes a suplir el pasivo laboral de la Universidad Incca de Colombia.

En igual sentido, expuso, la Fundación Universitaria Incca de Colombia está imposibilitada para acogerse a la Ley 1116 de 2006, régimen de insolvencia empresarial o cualquier proceso de liquidación judicial, esto, atendiendo que las actividades se desarrollan sin ánimo de lucro, no teniendo la naturaleza de ser una empresa de unidad de explotación económica y está sujeta a un régimen especial de recuperación de negocios, liquidación o intervención administrativa para administrar o liquidar.

Informó, el Ministerio de Educación Nacional es la entidad encargada de intervenir a través de la Facultad de Inspección y Vigilancia, conforme al Decreto 5012 de 2019, artículo 1º, numeral 1.6, que reza: “*El Ministerio de Educación Nacional*

a la tasa máxima legal emitida conforme la improcedencia de pagos de costas y agencias en derecho, me opongo a que se condene a mi representada a pagar las costas y agencias en derecho del proceso, toda vez que ninguna de las pretensiones tienen vocación de prosperidad, sumado que siempre ha actuado con apego a las normas y con buena fe.

Es preciso señalar que, al ser el demandante quien resulta vencido en el proceso, debido a su temeridad en sus pretensiones en contra de mi representada, es ella quien deberá ser condenada por costas por parte del juzgado, en los términos establecidos en el artículo 365 del Código General del Proceso y demás normas concordantes. Con ello termino la presentación. Muchísimas gracias.”.

tendrá como objetivo lo siguiente. Velar por la calidad de la educación mediante el ejercicio de las funciones de regulación e inspección, vigilancia y evaluación, con el fin de lograr la formación moral, espiritual, afectiva, intelectual y física de los colombianos”, por tanto, si bien la Fundación Universitaria Incca de Colombia no puede acogerse a la ley de insolvencia empresarial, si está haciendo algo similar a la reorganización empresarial y en la actualidad está siendo intervenida por el Ministerio de Educación Nacional a través de una medida de inspección y vigilancia a través de la Resolución No. 003503 del 2 de abril de 2019, de la cual no ha habido sanción alguna a la institución y mediante la cual se impusieron medidas, insistiendo, la Universidad estaba acatando medidas impuestas por el Ministerio de Educación Nacional bajo la implementación del plan estratégico para la sostenibilidad así como no existió mala fe.

En relación con la indexación de las sumas y los intereses moratorios, informó la improcedencia, dado que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral ha establecido que existe una incompatibilidad, entre estos dos conceptos, toda vez que la indexación en primer lugar, busca garantizar que los emolumentos de vieja data, tengan el mismo valor equivalente al de hoy, lo cual no representa ningún beneficio, ni ingreso adicional para el acreedor y por su lado, los intereses moratorios sí representan un beneficio de ingreso adicional, máxime que se le reconocen a la tasa máxima legal emitida conforme la improcedencia de pagos de costas y agencias en derecho, igualmente, se opuso, a la condena en costas y agencias en derecho del proceso. Señaló, es el demandante quien debe ser condenado en costas, en los términos establecidos en el artículo 365 del Código General del Proceso y demás normas concordantes.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante CARLOS ALBEIRO LÓPEZ GUZMÁN en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el libelo (página 2 a 4, archivo 01, expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos (págs. 1 a 2, ibidem), encaminadas a que se declare la existencia de una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término fijo como docente hora cátedra a partir de febrero de 2018 y el cual se terminó en noviembre de 2018 y como consecuencia de esto, se condene

al pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes en pensión, aportes en salud, ARL, CCF, indemnización moratoria, facultades extra y ultra petita y pago de costas y agencias en derecho.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones por cuanto se declaró probada parcialmente la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y no probadas las demás, se declaró la existencia del contrato de trabajo a término fijo entre el 4 de septiembre y el 30 de noviembre de 2018, se condenó a la demandada UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA a pagar al demandante, por concepto de salarios la suma de \$991.262, cesantías la suma de \$231.539, intereses a las cesantías la suma de \$6.560, prima de servicios la suma de \$231.539 y vacaciones la suma de \$113.932. Respecto a los valores que recaen sobre intereses a las cesantías y vacaciones se ordenó el pago indexado, se condenó al pago de intereses moratorios a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre lo adeudado por concepto de salarios, cesantías y primas de servicios hasta el momento de su pago definitivo, teniendo en cuenta que el demandante radicó la demanda con posterioridad a los 24 meses de fenecida la relación laboral y devengaba un salario superior al mínimo legal mensual vigente, conforme lo prevé el artículo 65 del C.S.T.. Igualmente, se condenó el pago de los aportes al sistema de Seguridad Social en pensiones en favor del demandante, teniendo en cuenta como IBC – Ingreso Base de Liquidación-.

- a) Septiembre de 2018, la suma de \$1'192.454.
- b) Octubre de 2018 la suma de \$594.757 y,
- c) Noviembre de 2018 la suma de \$990,262.

Lo anterior tras considerarse, no obra prueba alguna sobre el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones ni aportes pensionales, aunado al hecho de que la Universidad demandada no se opuso al pago de estos rubros en la contestación, argumentando en su favor que el incumplimiento obedeció a la crisis financiera que afecta a la Institución.

Frente a la indemnización moratoria, consideró el juzgador, no se desconoce la situación que atraviesa la Institución, empero, la misma no es suficiente para tener por acreditada la buena del empleador, debido a que, al hacerse la planeación del estado de deudas desde el inicio del semestre se contrató al demandante para cumplir con las obligaciones de los estudiantes y esto conllevaba necesariamente presupuestar el pago de todos los conceptos

laborales de los docentes. Por último, en cuanto a la indexación, adujo que las vacaciones y los intereses a las cesantías no son objeto de intereses moratorios y por tanto procede la corrección monetaria sobre los mismos, teniendo en cuenta que el pago debió realizarse desde el 30 de noviembre de 2018 (fecha de finalización del contrato de trabajo).

Dicho lo anterior, procede la Sala al estudio del recurso de apelación interpuesto por la enjuiciada, 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 apellandum*).

En primer lugar, sea del caso señalar frente a la procedencia del pago de aportes al subsistema pensional para los ciclos septiembre a noviembre de 2018, teniendo en cuenta un IBC de \$1'192.454, \$594.757 y, \$990,262, pese a que el apoderado de la demandada indicó que atacaba lo resuelto en los numerales 4º a 7º de la sentencia, lo cierto es que al momento de sustentar el recurso en los términos del artículo 66 del C.P.L., solo sustentó las condenas impuestas y dirigidas al pago de la indemnización moratoria, costas e indexación, por lo que serán estos conceptos materia de estudio por la Sala.

De tal manera, es claro que no es objeto de discusión en esta instancia la relación laboral que existió entre el actor CARLOS ALBEIRO LÓPEZ GUZMÁN y esa universidad entre el 4 de septiembre y el 30 de noviembre de 2018, pues estos extremos fueron establecidos por el a quo en la parte resolutive de la sentencia en su numeral 2º, no siendo objeto de reparo por las partes.

Asimismo, tampoco se discute que la demandada debe asumir el pago de los siguientes conceptos y montos:

- Salarios la suma de \$991.262.
- Cesantías la suma de \$231.539.
- Intereses a las cesantías la suma de \$6.560.
- Prima de servicios la suma de \$231.539.
- Vacaciones la suma de \$113.932.

Pues bien, frente a la indemnización moratoria, sentado está por la jurisprudencia que este concepto 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 entre el 4 de septiembre y el 30 de noviembre de 2018, 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, en el sentido de verificar si

la crisis financiera que atraviesa la Universidad se considera como un eximente de responsabilidad.

Sobre este caso puntual, la máxima corporación señaló en sentencia del 21 de abril de 2020, rad. 70.531, SL. 1595-2020:

“No se discute y se tiene por probado que: i) El actor prestó sus servicios a la empresa Odín Energy Santa Marta Corporation SA, hasta el día 1 de noviembre de 2011, cuando renunció a su cargo; ii) que a la fecha de la presentación de la demanda no se le había pagado por parte de la accionada el valor de la liquidación y; iii) que la compañía se encuentra en proceso de reorganización empresarial, al cual se le dio apertura mediante auto del 17 de octubre del 2012, por parte de la Superintendencia de Sociedades, con fundamento en la Ley 1116 de 2006.

Por su parte, tal como se expresa en la acusación, le bastó ello al Tribunal para encontrar que el estado de insolvencia de la empleadora era una justificación para liberarla de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto la interpretación errónea que le endilga el censor al ad quem, se hace patente en el siguiente aparte de la sentencia enjuiciada:

[...] la empresa demandada se acogió al régimen de insolvencia y está sometida a un proceso de reorganización, lo cual en principio impediría la aplicación del artículo 65 del CST, el cual, no es aplicable a personas naturales ni jurídicas que se encuentren acogidas al régimen de insolvencia, en razón de que representa una sanción para el empleador que ha incumplido obligaciones que ha debido satisfacer a la terminación de la relación laboral; ello tiene su razón de ser porque la iliquidez, insolvencia o crisis económicas son circunstancias ostensibles y justificativas de la cesación de pago que en tiempos normales de estabilidad financiera no tendría excusas. (Destaca la Sala).

Lo que se observa en el juicio jurídico del juzgador de alzada, es que asume que el proceso de reestructuración de la empresa demandada, impide la aplicación del artículo 65 ibidem, o que, su insolvencia o crisis financiera, explica la cesación de pago de salarios y prestaciones sociales, cuando, contrario a ello, lo que ha sostenido la Corte es que el recto entendimiento de la norma exige que es preciso analizar la conducta asumida por el deudor al momento de la finalización del contrato de trabajo, en aras de verificar si existieron razones serias y atendibles que justificaran su omisión y lo coloquen en el terreno de la buena fe.

De antaño ha sido criterio constante en las decisiones de la Sala, que en principio los casos de insolvencia o crisis económica del empleador, no constituyen de manera automática buena fe, como tampoco situación de caso fortuito o fuerza mayor que exoneren de la indemnización moratoria, y aunque ello eventualmente pueda suceder, por tratarse de una situación excepcional deberá quien así lo alegue, demostrarlo, ya que el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva. Así quedó plasmado en la sentencia CSJ SL, rad. 37288, 24 ene. 2012, en la que, sobre el tema, se sostuvo lo siguiente:

Ha sido una constante para la Corte, como se aprecia en las sentencias de esta Sala citadas por el ad quem y por el censor, de cara a la condena por indemnización moratoria, que, en los casos de insolvencia o crisis económica del empleador, en principio, tal circunstancia no exonera de la indemnización moratoria; en dicho caso, se debe examinar la situación particular, para efectos de establecer si el empleador incumplido ha actuado de buena fe.

Verbigracia, desde tiempo atrás, en la sentencia 7393 del 18 de septiembre de 1995, esta Sala asentó:

“LA INDEMNIZACION MORATORIA Y SUS EXIMENTES:

Con arreglo al artículo 65 del C.S.T si a la terminación del contrato de trabajo el empleador no cancela al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos en

que la ley o el convenio lícito de las partes autoricen retención, a éste corresponde el derecho de percibir un día de salario por cada día de retardo a título de indemnización.

En caso de que este derecho indemnizatorio sea reclamado por vía judicial, la jurisprudencia ha precisado que el juzgador no debe proferir condena automática ante el hecho de la falta de pago, sino que ha de examinar la conducta patronal y si de ésta emerge la buena fe exonerar al patrono.

Dicha buena fe alude a que el empleador que se abstenga de cancelar los derechos laborales a la finalización del nexo entienda plausiblemente que no estaba obligado a hacerlo, siempre y cuando le asistan serias razones objetivas y jurídicas para sostener su postura de abstención, es decir que sus argumentos para no haber pagado resulten valederos.

Como ejemplo típico de buena fe puede mencionarse que el patrono haya estado convencido de que no existió contrato de trabajo, porque la relación laboral ofrecía tales características externas de independencia que la ubicaban en una zona gris respecto del elemento de subordinación. También es dable citar la hipótesis en que se haya dejado de cancelar el monto pretendido de un derecho cuyo valor es discutible, como cuando se debate con razones admisibles si determinado pago constituye o no salario para efectos de la liquidación prestacional.

Debe distinguirse en todo caso, la buena fe como circunstancia exonerante de los llamados salarios caídos, de otros factores externos que impiden el cumplimiento de las obligaciones y, en principio, también liberan al deudor de responsabilidad por incumplimiento como el caso fortuito o fuerza mayor. En estos eventos el obligado no desconoce su compromiso, sino que alega insuperables hechos impeditivos de su cumplimiento. Verbigracia, si el empresario, a punto de efectuar el pago final de los derechos de determinados trabajadores, no lo puede hacer porque un incendio imprevisto, imprevisible e irresistible consume el dinero destinado a la cancelación, por obvios motivos no debe responder por la demora razonable en volver a conseguir los respectivos medios de pago.

Desde luego, si se pretende alegar fuerza mayor o caso fortuito en materia laboral y particularmente como eximentes de la indemnización moratoria, han de aparecer comprobados los requisitos de la figura, vale decir que el hecho no sea imputable al deudor, que sea irresistible en el sentido de que el empleador no haya podido impedirlo y quede en imposibilidad absoluta de cumplir la obligación a tiempo, y que el hecho haya sido imprevisible, esto es, que el obligado no haya podido precaver su ocurrencia, de acuerdo con las circunstancias del caso.

LA LIQUIDEZ DE LA EMPRESA COMO EXIMENTE DE MORATORIA:

Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala **la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.**

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a un caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso **deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional**, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N. art 333)". (Subraya y destaca la Sala).

En la misma dirección se pronunció la Corporación en la sentencia CSJ SL16884-2016, en la que se adoctrinó:

Esta sala de la Corte ha sostenido de manera reiterada y pacífica que las indemnizaciones por mora que se encuentran establecidas en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990 no son de imposición automática, en la medida en que, dado su carácter sancionatorio, es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva y lo ubiquen en el terreno de la buena fe. En dicha medida, siempre ha sido clara en precisar que «...el recto entendimiento de las normas legales consagratorias de la indemnización moratoria enseña que su aplicación no es mecánica ni axiomática, sino que debe estar precedida de una indagación de la conducta del deudor.» (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529; CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 41836; CSJ SL4933-2014; CSJ SL13187-2015 y CSJ SL15507-2015, entre muchas otras).

En esa misma dirección, la Sala ha dicho que el juez laboral no puede asumir reglas absolutas ni esquemas preestablecidos en el momento de analizar la procedencia de dicha indemnización o de justificar la mora, pues es su deber examinar las condiciones particulares de cada caso y con arreglo a ellas definir lo pertinente. Esto es que, además de que la sanción por mora no puede imponerse de manera automática e inexorablemente, tampoco puede excluirse o excusarse de manera mecánica, ante la presencia de ciertos supuestos de hecho (CSJ SL360-2013). Por virtud de ello, por ejemplo, la Sala ha clarificado que la indemnización moratoria no se puede eludir irreflexiva y automáticamente, por el hecho de que se discuta la naturaleza jurídica de la relación de trabajo (CSJ SL, SL, 2 ag. 2011, rad. 39695; CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 44218; CSJ SL8077-2015 y CSJ SL17195-2015, entre otras), o por el hecho de que la empresa se encuentre en dificultades económicas (CSJ SL, 1 jul. 2007, rad. 28024; CSJ SL, 20 abr. 2010, rad. 33275; CSJ SL, 1 jun. 2010, rad. 34778; CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39319; CSJ SL884-2013 y CSJ SL10551-2015, entre otras), y ha llamado la atención en la necesidad de que siempre se indaguen y analicen suficientemente las condiciones particulares de cada caso.

Respecto de la condición económica de la empresa, la Sala ha adoctrinado que:

[...] no siempre que una empresa se halle en estado de iliquidez o crisis económica, esa sola circunstancia permite exonerarla de la condena por la sanción moratoria, porque aún de encontrarse en esa situación sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y debido a contar con medios para prevenir ese riesgo. (CSJ SL, 3 may. 2011, rad. 37493).

También se alude en dicho proveído, a otro de los tópicos que fue objeto de reproche por el recurrente, que refiere, precisamente, que el juez de la apelación incurrió en un yerro ostensible, por no analizar la conducta de la empleadora al momento en que terminó el nexo contractual, sino, fundado en hechos ocurridos posteriormente –apertura del proceso de reorganización el 17 de octubre de 2012 (once meses después del finiquito del contrato de trabajo)–.

Sobre este particular se dice en la mencionada providencia, lo siguiente:

De acuerdo con lo dicho, el trámite de reestructuración económica no constituye una premisa definitiva, que excluya automáticamente la imposición de la indemnización moratoria. En ese sentido, si se prescinde de manera mecánica de la sanción, sin evaluar las condiciones particulares de cada caso, se propicia una interpretación errónea de la norma, que, como ya se analizó, no admite reglas absolutas ni esquemas preestablecidos. Adicionalmente, entre otras cosas, el juez está obligado a analizar si la reestructuración se dio en el mismo periodo en el que se debieron cancelar las acreencias laborales respectivas y, en todo caso, si el empleador cumplió y honró de buena fe los compromisos adquiridos en el referido trámite.

En el presente asunto, el Tribunal verificó que la demandada no había efectuado la consignación de la cesantía de los demandantes correspondiente a los años 2003, 2004, 2005 y 2006, y que, de conformidad con el certificado de existencia y representación, se había sometido a un proceso de reestructuración desde el 26 de agosto de 2003. Asimismo, con vista en esas premisas, sin argumentos adicionales, concluyó que:

[...] Nada dijo el Tribunal en torno a la conducta de la demandada, específicamente en el momento en el que tenía que consignar la cesantía, ni respecto del cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el trámite de la reestructuración y, en términos generales, de su comportamiento en las condiciones particulares del caso.

De acuerdo con lo anterior, al Tribunal le bastó con verificar que la sociedad demandada se había sometido a un proceso de reestructuración y, sin más, infirió que la indemnización

moratoria resultaba improcedente. Tras ello, efectivamente incurrió en los errores jurídicos denunciados por la censura en el primer cargo, pues generalizó las reglas relativas a la buena fe del empleador en situaciones de recuperación económica y, a la postre, excluyó de manera automática la imposición de la indemnización moratoria.

Además de lo anterior, desde el punto de vista fáctico, propio del segundo cargo, de acuerdo con las certificaciones obrantes a folios 5, 9, 13, 27, 31, 37, 43, 56, 71, 85, 91, 102, 105 y 110, la cesantía adeudada a los recurrentes [...] incluía la del año 2002, que debió ser consignada a más tardar el 15 de febrero de 2003, es decir, antes de que se iniciara el proceso de reestructuración. En dicha medida, el impulso de ese trámite de reactivación económica no constituía una excusa válida para haber dejado de pagar obligaciones causadas con anterioridad, como se explicó, entre otras, en la sentencia CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 37288, anteriormente reseñada, y al no advertirlo así el Tribunal, incurrió en los errores de hecho segundo y terceros denunciados por la censura.

[...] Ahora bien, nadie niega la legitimidad de propiciar medidas tendientes a la recuperación económica de la empresa, pero tal situación no puede ir en contra de los derechos mínimos de trabajadores que, en términos proporcionales, en este caso particular, no representaban riesgo alguno para la estabilidad económica. Por lo mismo, el hecho de que no se hubiera podido realizar la venta de los equipos e instalaciones no le puede ser opuesto a los trabajadores, más aún cuando la empresa asumió de buena fe el compromiso de cancelar, entre otras, las acreencias laborales, dentro del proceso de reestructuración.

Por todo lo dicho, el Tribunal incurrió también en los yerros fácticos denunciados por la censura en el segundo cargo, pues no advirtió que varias de las deudas por cesantía eran anteriores al inicio del trámite de reestructuración y que, de cualquier manera, durante ese proceso el empleador no había cumplido con los compromisos que había adquirido, de manera que no podía ser ubicado dentro del terreno de la buena fe, máxime si se tiene en cuenta que sus activos y patrimonio eran considerablemente superiores a la deuda adquirida con los trabajadores por cesantía [...].”

En aplicación de lo anterior, encuentra la Sala que la UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA si bien no puede acogerse a la Ley de insolvencia empresarial, si está haciendo algo similar a la reorganización empresarial y en la actualidad está siendo intervenida por el Ministerio de Educación Nacional a través de una medida de inspección y vigilancia a través de la Resolución No. 003503 del 02 de abril de 2019, mediante la cual se impusieron medidas tendientes a vigilar permanentemente a la universidad, mientras subsistan las situaciones que originaron las medidas, la gestión administrativa y financiera.

Entonces, se puede concluir que la Universidad demandada tiene una medida de inspección y vigilancia por parte del órgano encargado de vigilarlo, quien decidió imponer el Representante legal con fin de organizar su situación financiera y administrativa, en miras a que, en un mediano y largo plazo, pueda captar recursos y pagar la totalidad de sus deudas, incluidas el pasivo laboral.

Así las cosas, no es de recibo los argumentos expuestos por la enjuiciada, toda vez que la intervención por el Ministerio de Educación Nacional lo fue a través de la medida de inspección y vigilancia a través de la Resolución No. 003503 del 02 de abril de 2019 y solo desde dicha fecha se puede entender eximida de la moratoria, tal como lo ha sostenido la alta Corporación. Además, con anterioridad

a esta data no es posible establecer la crisis financiera que atravesó la demandada, pues en la contestación se hace un análisis gráfico sobre los porcentajes de disminución académica, empero ello no logra acreditar de manera certera y fehaciente que la Institución no efectuó el pago de emolumentos laborales al actor por motivos ajenos a su actuar.

Ahora bien, como quiera que el demandante devengaba un salario superior a un mínimo legal mensual vigente e interpuso la demanda con posterioridad a los 24 meses siguientes a la terminación de la relación laboral, esto es, el 23 de julio de 2021 (archivo 01)², esta Corporación, en aplicación a lo previsto en el artículo 65 del C.S.T., condenará a la Universidad enjuiciada a pagar por concepto de indemnización moratoria los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera Bancaria a partir del día siguiente en que se terminó la relación laboral, esto es, **1º de diciembre de 2018 y hasta el 02 de abril de 2019**, dado que en dicha data la Universidad fue intervenida por el Ministerio de Educación Nacional. Por ende, se modificará la sentencia en tal sentido atendiendo que el Juez de primer grado condenó hasta el momento del pago efectivo.

Respecto a las costas procesales objeto de apelación por parte de la UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a esa Institución, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, como así se hizo, debiendo confirmarse la providencia impugnada en este punto.

Finalmente, en lo que atañe a la indexación atacada, se indica que desde la fecha de terminación del contrato (30 de noviembre de 2018) al 02 de abril de 2019 (Resolución Ministerio de Educación Nacional), transcurrió un tiempo considerable durante el cual el concepto de vacaciones 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

² La relación laboral culminó el 30 de noviembre de 2018.

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 la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4088 de 2022, por medio de la cual, consideró: *“Es procedente la imposición de indexación, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo devalúa”*.

Igualmente, en los eventos en que se impone la indemnización moratoria y a su vez, la indexación, ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, SL 512 de 2023:

“No sobre aclarar que la indexación se puede imponer simultáneamente con la indemnización moratoria, pero respecto de aquellos conceptos objeto de condena que se deben actualizar y que no comportan una connotación salarial y prestacional, es decir, que no están dentro de lo que genera la indemnización prevista por el artículo 65 del CST, tales como las vacaciones, indemnizaciones por despido, etc. Como en el caso bajo estudio, las condenas que impartió el Tribunal, refieren a horas extras y reliquidación de prestaciones sociales, es evidente que sobre estas no procede la indexación, puesto que, por su no pago oportuno, opera es la indemnización moratoria prevista en la disposición sustantiva en comento, la cual fue impuesta por el Tribunal”.

En aplicación de lo anterior, observa la Sala que el a quo ordenó la indexación de las vacaciones, no siendo este rubro objeto de indemnización moratoria, así como este aspecto no fue atacado por el recurrente, acertando entonces el juzgador en esta decisión, conllevando a su confirmación.

Ahora, respecto a los intereses a las cesantías, conviene indicar que no es procedente ordenar la indexación conforme lo dispuso el juez de primer grado ya que este rubro pudo ser objeto de indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. al tratarse de una prestación social, siendo improcedente fulminar condena en tal sentido, por lo que habrá de revocarse la misma para en su lugar ABSOLVER a la demandada UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, procediendo la modificación de la sentencia de primer grado en el numeral 4º, confirmado 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

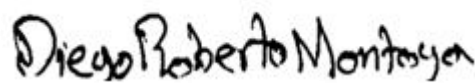
PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **TERCERO** en el sentido de **ABSOLVER** a la demandada del pago del concepto de los intereses a las cesantías debidamente indexado, conforme a las consideraciones precedentes.

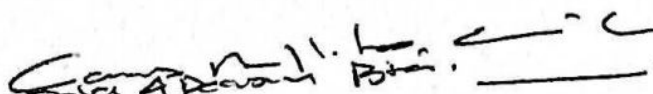
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **CUARTO** a la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá con el fin de ordenar el pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera Bancaria a partir del día siguiente en que se terminó la relación laboral, esto es, **1º de diciembre de 2018** y hasta el **02 de abril de 2019**, conforme a la parte motiva.

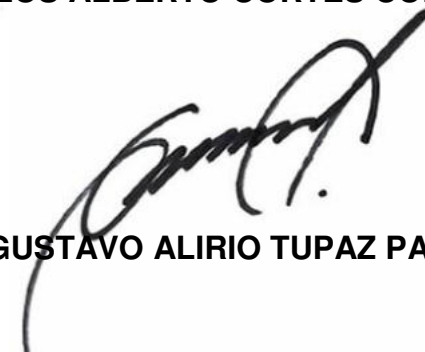
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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 IVONNE CATALINA SICARD HERNANDEZ CONTRA PROTECCIÓN S.A. y la vinculada como interviniente ad-excludendum YUDI LILIANA NIETO HERRERA¹ (RAD. 34 2016 00275 01).

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandante IVONNE CATALINA SICARD HERNANDEZ y la demandada PROTECCIÓN S.A., como también el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la interviniente ad excludendum -como más adelante se explicará-, de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 31 de agosto del 2022 (Audio Archivo 24 expediente digital, récord: 57:14), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la demandante IVONNE CATALINA SICARD HERNÁNDEZ es beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite del causante SERGIO ORTIZ MATAMOROS.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la cónyuge supérstite IVONNE CATALINA SICARD HERNÁNDEZ, en un porcentaje equivalente al 50% de la mesada pensional a que tiene derecho, a partir del 8 de julio del 2013 y con derecho a acrecentar el 50% restante que le fue reconocido en su oportunidad a su menor

¹ Quien se encuentra representada por Curador ad litem, y obra el emplazamiento (pág. 140 vto expediente físico) y la inclusión en el sistema de registro de emplazados (archivos 04.01, 04.02 y 04.03 del expediente digital).

hijo SERGIO ANDRÉS ORTIZ SICARD, a partir de la verificación de los supuestos que extingan sus derechos como hijo dependiente.

TERCERO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado a favor de la demandante IVONNE CATALINA SICARD HERNANDEZ, en un porcentaje equivalente al 50% de la mesada pensional que se dejó en suspenso por la pasiva, a partir del 7 de julio del 2013, incluyendo las mesadas adicionales con el pago de los respectivos reajustes anuales del valor de la mesada debidamente indexada.

CUARTO: ABSOLVER a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., de las demás pretensiones de la demanda, y de todas y cada una de las pretensiones de la interviniente ad excludendum YUDY LILIANA NIETO HERRERA, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: Sin lugar a imponer condena en costas procesales a las partes.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandante IVONNE CATALINA SICARD HERNÁNDEZ expresa en su impugnación no estar de acuerdo con la absolución de los intereses moratorios solicitados en la demanda aduciendo que conforme lo ha establecido ampliamente la jurisprudencia, estos se causan simplemente por la mora, es decir porque una vez cumplidos los requisitos para ser exigible el derecho ha transcurrido un tiempo en el cual quien ha sido titular del derecho no ha podido gozar de aquel de manera plena y suficiente, precisando dentro del presente asunto existió una excesiva demora pues el fallecimiento ocurrió en el año 2013, la demanda se presentó en el 2016 y el fallo se profirió en el 2022, considerando hubo una excesiva espera de la demandante habiendo reunido los requisitos para ser beneficiaria de la pensión, sin entender la razón por la cual el fondo de pensiones protección se abstuvo del reconocimiento de prestación económica en la etapa administrativa, aduciendo que las consecuencias de dicha situación no pueden ser trasladadas a la parte más débil de esta situación. (Audio Archivo 24 expediente digital, récord: 59:05²)

² **APODERADA DEMANDANTE:** Su señoría muchas gracias, de conformidad con la etapa procesal correspondiente, de manera muy respetuosa me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser proferida por este despacho en lo que tiene que ver con el reconocimiento de los intereses moratorios que fueron solicitados con el escrito de demanda, toda vez que conforme lo ha establecido ya ampliamente la jurisprudencia, estos mismos se causan simplemente por la mora, es decir porque una vez cumplidos los requisitos o reunidos los requisitos para ser exigible el derecho, ha transcurrido un tiempo en el cual quien ha sido titular del derecho no ha podido gozar de aquel de manera plena y suficiente, accediendo claramente a las sumas de dinero derivadas del reconocimiento eventual de la prestación económica que en este caso estaríamos pues frente al tema de la pensión de sobrevivencia de la señora Ivonne respecto del fallecimiento de su cónyuge y afiliado del fondo de pensiones Protección.

Sumado a lo anterior su señoría y teniendo en cuenta adicionalmente, pues una situación que no es culpa directamente de nadie, pero pues que igual no quiere decir que la demandante no tenga derecho a ese resarcimiento, es el hecho de una excesiva demora en este tipo de trámites, si tenemos en cuenta aquí hay un fallecimiento ocurrido en el año 2013, una demanda incoada en el año 2016 y estamos hablando de un fallo que viene a darse en el año 2022, con lo cual claramente ha existido de manera excesiva una espera que ha tenido que soportar la demandante habiendo reunido los requisitos de ser beneficiaria de esta pensión y aun cuando se entiende que la razón por la cual el fondo de pensiones protección se abstuvo del reconocimiento

PROTECCIÓN por su parte apelo la decisión únicamente en cuanto a la condena de la indexación señalando que los dineros que reposan en la cuenta del afiliado y que están en suspenso mientras se tomaba la decisión, por ley producen unos rendimientos que tienen como función garantizar el poder adquisitivo de la moneda, en este caso para la persona que ha sido reconocida como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, indicando que si se condena a la indexación se está castigando a la AFP sin haber faltado al deber legal, puesto que no ha habido ningún tipo de tardanza en el acatamiento de las leyes, que sería lo que configuraría eventualmente una mora, considerando que las dos personas que se presentaron a reclamar la pensión de sobrevivientes eran excluyentes la una de la otra, razón por la cual solicita se revoque el pago de la indexación. (*Audio Archivo 24 expediente digital, récord: 1:01:43³*)

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

de prestación económica alguna en la etapa administrativa, también es cierto su señoría que esta situación no puede o que las consecuencias desfavorables de esta situación no pueden ser trasladadas a la parte más débil de esta reclamación, esto es la demandante, con lo cual y teniendo en cuenta que aquí de lo que se trata es de la verificación de requisitos objetivos donde no se evalúan las condiciones o las causas que dieron lugar al retraso o a la moral de los pagos, pues vale la pena tener en cuenta que si es viable bajo el concepto de apoderada el reconocimiento de dichas sumas derivadas de la mora en la que ha incurrido el fondo de pensiones Protección, con lo cual solicitó de manera muy respetuosa a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá de su Sala Laboral se sirvan modificar la sentencia de primera instancia en lo que se refiere a dicha condena, accediendo a lo solicitado en las pretensiones de la demanda, muchas gracias señora juez.

³ **APODERADO PROTECCION:** Sí señora juez muchas gracias, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia, dirigido directamente contra la decisión de indexación, por una razón, porque los dineros que reposan en la cuenta del afiliado y que están en suspenso mientras se tomaba la decisión que ya hoy en día se ha tomado, por ley produce unos rendimientos que precisamente tienen como función garantizar el poder adquisitivo de la moneda, eso lo hace la administradora Protección en cumplimiento de la ley que le ordena tener esos dineros, administrarlos, invertirlos y los rendimientos que produzca son del beneficiario, en este caso de la persona que ha sido reconocida como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, la señora cónyuge, de forma tal que consideró que si además de esos rendimientos que garantizan repito el poder adquisitivo de la moneda, se condena a indexación pues se está castigando por utilizar impropriamente el término, el patrimonio de protección en la medida en que sin haber faltado al deber legal, puesto que no ha habido ningún tipo de tardanza en el acatamiento de las leyes, que sería lo que configuraría eventualmente una mora, el retardo culpable, sin haber habido esa tardanza, fíjese usted simplemente que las dos personas que se presentaron a reclamar la pensión de sobrevivientes eran excluyentes la una de la otra, no hubo entre ellas ni siquiera de inicio una manifestación de voluntad de compartir, que lo hubieran podido haber hecho en términos de ley en la medida en que se hubieran ajustado alguna conciliación, no lo hubo sino que cada una de ellas dijo excluir a la otra, la una como que presentó primero y como compañera permanente válida pues de la separación que se dio desde el año 2006 de la señora cónyuge y la señora cónyuge pues como tal como cónyuge, véase además el esfuerzo que ha hecho el juzgado, el esfuerzo intelectual y de acogimiento del acervo probatorio que ha hecho el juzgado para llegar a la conclusión a la que ha arribado, entonces yo considero que si no hubo esa tardanza pues la sentencia estuvo bien encaminada la comparto jurídicamente, pero me aparto y en ese va el sentido de la apelación con solicitud a los señores magistrados de que releven a mi mandante de tener que pagar indexación, me aparto de ese concepto por la razón que he puesto, mi mandante no ha hecho sino cumplir con la ley ajustarse a ella y yo no creo que porque una persona se ajuste a la ley pueda eventualmente salir ni siquiera perjudicada en un mínimo, porque si bien dura Lex sed Lex, también es cierto que la ley no obliga con grave incómodo entonces siento que se ha vulnerado desde ese punto de vista el interés de mi mandante, por ello solicitó la revocatoria parcial, exonerando mi mandante del reconocimiento de la indexación, muchas gracias señora juez muy amable.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante IVONNE CATALINA SICARD HERNANDEZ, las pretensiones que relacionó en la demanda (Archivo 1 expediente digital, páginas 33 y 34), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados en las páginas 32 y 33 del mismo archivo, solicitando se declare su condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite, en consecuencia se condene a Protección S.A. al reconocimiento y pago de la pensión desde el 7 de julio del 2013, junto con el retroactivo debidamente indexado, los intereses moratorios, costas y gastos procesales, derechos *ultra y extra petita*. La interviniente *ad excludendum* YUDI LILIANA NIETO HERRERA representada a través de curador ad litem, no formuló pretensiones sino presentó contestación a la demanda elevada por la señora SICARD HERNANDEZ (ver Archivo 9 expediente digital).

En sentencia de primera instancia la Juez accedió al pago de la pensión de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante IVONNE CATALINA SICARD HERNÁNDEZ, en un porcentaje del 50% a partir del 8 de julio del 2013 y con derecho acrecentar en el otro 50% que le fue reconocido a su hijo, a partir del que se extinga el derecho para este, ordenando el pago indexado del retroactivo adeudado y absolviendo a la demandada del reconocimiento del derecho en favor de YUDY LILIANA NIETO HERRERA

Lo anterior tras considerar que la primera de ellas logró acreditar la calidad de cónyuge y la convivencia con el de cujus al menos 5 años en cualquier época desde la fecha de su matrimonio 6 de abril de 1991 y por lo menos hasta el año 2006, lo cual extrajo del interrogatorio de parte y los testimonios que se rindieron en el proceso. Respecto de la señora Nieto Herrera (tercera *ad excludendum*) expresó la juzgadora, que no acreditó una convivencia con el de cujus en calidad de compañera permanente en los últimos 5 años de vida del afiliado, por ende, no tenía derecho al reconocimiento pensional, pues tan solo probó la existencia de una relación de noviazgo. Absolvió de los intereses moratorios ante la existencia de un conflicto de beneficiarias accediendo a la indexación del retroactivo adeudado a la parte actora.

Así las cosas, los problemas jurídicos en esta instancia, en virtud del principio de consonancia, se circunscriben en determinar:

- i. La procedencia de los intereses moratorios reclamados por la demandante
- ii. La absolución de la indexación a la que fue condenada Protección S.A. y
- iii. Verificar si procede o no el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la interviniente ad excludendum ya que si bien en la parte resolutive de la sentencia de primer grado no se emitió orden alguna respecto de la señora YUDI LILIANA NIETO HERREA vinculada a la litis como tercera, lo cierto es que la decisión proferida le fue totalmente desfavorable, hecho que se corrobora con la parte motiva del fallo del Juez a quo quien estudió si la misma acreditó el tiempo de convivencia exigido por la ley, encontrado orfandad probatoria en este sentido, de modo que resulta procedente conocer del presente asunto igualmente en el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la tercera interviniente, pues se itera la decisión de primera instancia no le fue favorable.

Previo a dilucidar el debate planteado, es menester precisar, no es objeto del litigio:

- El señor SERGIO ORTIZ MATAMOROS, falleció el **7 de julio del 2013**, conforme se señala en el registro civil de defunción visible en el Archivo 01, expediente digital página 16.
- El causante se encontraba casado con la señora IVONNE CATALINA SICARD HERNANDEZ desde el 6 de abril de 1991 con quien procreó dos hijos llamados MARIA CAMILA ORTIZ SICARD (nació el 3 de noviembre de 1991) y SERGIO ANDRES SICARD ORTIZ (nació el 2 de julio del 2003) - ver Archivo 01 expediente digital págs. 20, 22 y 24-
- Mediante comunicación 80421511 del 12 de marzo del 2015 PROTECCIÓN S.A. reconoció la pensión de sobrevivientes en un 50% a SERGIO ORTIZ MATAMOROS (hijo del causante) a partir del 7 de julio del 2013 liquidando un retroactivo de \$15.983.858 y estableciendo como valor de mesadas pensionales las siguientes: 2013 \$721.110, 2014 \$735.100 y 2015 \$762.005, dejando en suspenso el restante 50% *“para que sea un Juez de la República con sentencia en firme quien determine la persona que*

acredita la calidad de beneficiaria entre las reclamantes Ivone Catalina Sicard Hernández y Yudi Liliana Nieto Herrera” (págs. 26 a 28 Archivo 01 expediente digital).

Así las cosas por cuestiones de método, inicia la Sala en primer lugar con el estudio en el grado jurisdiccional de Consulta del reconocimiento del derecho pensional en favor de la tercera ad excludendum, precisándose habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante (7 de julio del 2013) 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.

Recordándose en este punto, aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, según el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993⁴, era de 5 años, independientemente de que el causante de la prestación fuera un afiliado o pensionado, **tal criterio fue revaluado** por esa Corporación, señalando que la lectura de la precitada disposición (literal a) del art.13 de la L. 100 de 1993) advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado, enfatizando, *“una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador”, bastando la*

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; (...)

demostración de la calidad invocada –cónyuge o compañero (a) permanente- del afiliado fallecido, postura además consignada, entre otras por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL- 2820 del 16 de junio del 2021, radicación 73255, en los siguientes términos:

“En torno a dicha exigencia, esta Sala de la Corte de manera reiterada había sostenido efectivamente la tesis expuesta por el Tribunal, esto es que, sin importar de que se tratara de la muerte de un afiliado o de un pensionado, para que la compañera(o) permanente fuera beneficiaria(o) de la pensión de sobrevivientes, era necesario que acreditara 5 años de convivencia con su pareja con anterioridad a la fecha del deceso (...).

*No obstante, lo anterior, dicha posición fue reevaluada para señalar que de la redacción del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no era posible inferir que en tratándose de la muerte de un afiliado, el legislador hubiese querido exigir un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, **de manera que ese interregno temporal solamente resultaba necesario acreditarse en aquellos casos en que el deceso ocurría en cabeza de un pensionado**. Así por ejemplo, en la sentencia CSJ SL1905-2021, en torno a la citada norma se sostuvo:*

[...] En síntesis, pueden extraerse dos reglas [...] que fijan el alcance y la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003: i) La pensión de sobrevivientes en materia de afiliados al sistema de seguridad social, no exige un tiempo mínimo de convivencia para acreditarse como beneficiarios la cónyuge o la compañera permanente y, ii) No existe un trato diferenciado para la aplicación de la regla anterior, es decir, no importa la forma en la que se constituya el núcleo familiar, vínculos jurídicos o naturales, la protección se dirige al concepto de familia (artículo 42 de la C.P.), luego el análisis se circunscribe en estos casos a la simple acreditación de la calidad requerida y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (al respecto, se puede consultar entre otras sentencias CSJ SL3843-2020, CSJ SL5626-2020).

Los motivos que sustentaron el cambio de criterio efectuado por la Corte, estuvieron basados en: i) la redacción de la norma, pues de la misma resultaba evidente que había pretendido hacer una diferenciación, al guardar silencio frente al tiempo de convivencia que debía exigírsele al compañera(o) del afiliado, lo que resulta apenas obvio por tratarse de situaciones fácticas disímiles, que por tanto merecían un tratamiento propio; ii) las consideraciones vertidas en la sentencia CC C-1094-2003, en la que entre otras se declaró la exequibilidad de la expresión «no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte», contenida en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en la que sobre el particular se dejó sentado que «el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados » y; iii) la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, en la que se dejó también claridad que el requisito de convivencia que se pretendía exigir para ser beneficiario de la prestación de sobrevivencia estaba dirigido en casos donde la muerte se diera respecto del pensionado.

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

Es así entonces, que de acuerdo al nuevo criterio doctrinal, para efectos de determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, acorde con lo dispuesto en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, sin que sea dable exigir que se acredite un determinado periodo de convivencia para obtener la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes cuando se trata de fallecimiento de un afiliado, siendo necesario únicamente que se acredite la existencia de ese vínculo de comunidad de pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente al momento del óbito del asegurado”. (Negritillas 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 YUDI LILIANA nació el 31 de enero de 1965 (*según se señala en el informe de investigación página 71 Archivo 1 expediente digital*), por lo que a la fecha de fallecimiento del causante (13/07/2013) contaba con 48 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos.

Ahora en cuanto a la calidad de compañera permanente y convivencia con el causante para el momento de su fallecimiento obra el informe de investigación efectuado por la empresa SERCOIN para la AFP PROTECCIÓN (Archivo 01 expediente digital páginas 70 a 80) en donde se registraron las siguientes entrevistas:

7. Entrevistas

- El señor ARNULFO MANCERA ROZO, se identifica con cedula de ciudadanía No. 17.325. 611 de Villavicencio (Meta), 52 años de edad, convive en unión libre, comerciante, cel. 3102996777, tiene la oficina en el Aeropuerto vanguardia, amigo de la pareja; comenta que conocía hace más de 10 años al afiliado y como pareja hace 8 años al capitán SERGIO ORTIZ y a la capitán LILIANA NIETO, que SERGIO fue gran amigo como lo es la solicitante, comenta que fuera de la amistad tuvieron vínculos comerciales porque le volaron la aeronave con matrícula HK1315, que como profesionales eran excelentes pilotos, le consta que convivieron como pareja hasta el día del deceso del afiliado. Se anexa versión escrita (Ver anexo)
- La señora KAREN ASPRILLA HERNANDEZ, se identifica con cedula de ciudadanía No. 52.817.512 de Bogotá, 27 años, convive en unión libre, contadora publica, cel. 316 7753937, reside en la carrera 26 No. 45 -30 barrio Popular de la ciudad de Villavicencio, amiga de la pareja, comenta que conoció al capitán SERGIO ORTIZ por mas de 8 años, como piloto de SADELCA, el cual tenía una relación afectiva con la capitán YUDY LILIANA NIETO por espacio de 7 años, que de esta convivencia no nacieron hijos, no conoce que durante este tiempo la pareja haya estado separada. Adjuntamos versión escrita (Ver anexo).

- El señor JOSE JOAQUIN JAIMES, se identifica con cedula de ciudadanía No. 17.197.140 de Bogotá, 65 años, casado, de profesión piloto, gerente de operaciones de la empresa SADELCA, cel. 3132500286, amigo de la pareja, comenta que conoció al capitán SERGIO ORTIZ por mas de 20 años, le consta de la relación que tuvo con la capitán YUDY LILIANA NIETO, que compartió varios espacios como amigos en el hogar de ellos en la ciudad de Villavicencio, que el afiliado convivió bajo el mismo techo con la solicitante hasta el día de su muerte. Se anexa versión escrita (ver anexo).
- La señora OTILIA PEREZ RODRIGUEZ, se identifica con cedula de ciudadanía No.35.499.639 de Bogotá, 52 años, soltera, trabaja en oficios varios, cel.310 2768952, reside en la carrera 24 No. 41 -28, sector la chorrera de la ciudad de Villavicencio, manifiesta que ella conoció al señor SERGIO ORTIZ MATAMOROS, por más de 17 años, ya que ella desde esa época ha trabajado como su empleada, le consta que el señor SERGIO ORTIZ se encontraba separado desde hacia más de 10 años de la señora IVON CATALINA SICARD, con quien tuvo dos (2) hijos, que esta señora lo abandono para viajar a los Estados Unidos donde está radicada actualmente, tiene conocimiento que convivió en unión libre por más de 7 años con la señora YUDY LILIANA, relación de la cual no nacieron hijos, afirma que la pareja estuvo conviviendo hasta el día de la muerte del señor SERGIO, conoce de esta situación porque trabajo en su casa, cita que el afiliado tenía un hermano en la ciudad de Bogotá, pero desconoce como ubicarlo. Adjuntamos declaración escrita (Ver anexo).

Frente a las mismas, debe advertir la Sala tales manifestaciones no pueden tenerse en cuenta, dado que no dan la razón de la ciencia de su dicho, pues si bien narran algunas circunstancias de tiempo, modo y lugar del conocimiento que tienen sobre la relación de la señora YUDI LILIANA NIETO y el causante SERGIO ORTIZ, nada refieren sobre el punto objeto de estudio en esta instancia, esto es, la convivencia de la señora Yudi Liliana con el de cujus para el momento de su deceso, siendo precarias tales manifestaciones para el punto objeto aquí de estudio y en todo caso no existe otra prueba que reafirme lo dicho por tales declarantes.

Lo anterior por cuanto de las testimoniales rendidas por los señores MIRIAM INES LIZARAZO BITAR⁵ (cuñada del de cujus), RAFAEL ANTONIO ORTIZ MATAMOROS⁶ (hermano del de cujus) y DANIEL ORTIZ GOMEZ⁷ (sobrino del de cujus), se tiene que al unísono refirieron que conocieron a la señora YUDI LILIANA NIETO HERRERA como la novia del fallecido afiliado para los años 2009 a 2013, expresando que su relación inició en Villavicencio donde cada uno vivía en casas diferentes y que solo les consta que dicha pareja convivió aproximadamente de julio a diciembre del 2011 porque lo vieron pernoctando en la vivienda de la señora Yudi Liliana durante ese lapso, comentando que para el año 2012 Yudi Liliana se trasladó a Bogotá por cuestiones laborales por ende Sergio Ortiz (q.e.p.d) alquiló una habitación en Villavicencio y allí vivía, precisando que cuando éste viajaba a

⁵ Audio Archivo 20 expediente digital, audiencia del 13 de julio del 2022 (récord: 27:16)

⁶ Audio Archivo 20 expediente digital, audiencia del 13 de julio del 2022 (récord: 1:18:08)

⁷ Audio Archivo 20 expediente digital, audiencia del 13 de julio del 2022 (récord: 1:55:02)

Bogotá se quedaba en la casa de Yudi Liliana pero eso era cuando tenía los cursos de actualización de aviación a los que se había inscrito, sin embargo regresaba a volar a Villavicencio pues ese era su lugar de trabajo, sosteniendo los declarantes que nunca percibieron del 2012 al 2013 una real convivencia de la pareja sino una simple relación de noviazgo.

Así las cosas, conforme lo reseñado y una vez analizadas en conjunto las pruebas bajo las reglas de la sana critica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte la Sala que no obra prueba en el plenario de *“la conformación y pertenencia al núcleo familiar, con vocación de permanencia, así como la convivencia vigente para el momento de la muerte”* de la señora YUDI LILIANA NIETO con el señor SERGIO ORTIZ (q.e.p.d.), conforme al material probatorio obrante en autos.

Precisándose si bien para el caso de autos donde el fallecido es un afiliado no se exige un mínimo de convivencia, sí se debe demostrar la intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y efectivo y un acompañamiento espiritual permanente, lo cual en autos no se acreditó pues se itera ni tan siquiera se logró probar la existencia de un proyecto de vida en común de la pareja para el momento del deceso del señor SERGIO ORTIZ, no pudiendo derivarse dicha circunstancia únicamente por virtud de la relación amorosa que sostenían.

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

de vida», situación que ocurrió en autos pues a pesar de que la tercera *ad excludendum* pudo haber acompañado al afiliado fallecido por algunos años no se probó una verdadera comunidad de vida para el momento de su muerte -7 de julio del 2013-.

De esta manera, para el caso de la señora YUDI LILIANA NIETO HERRERA, no se encuentra demostrado el requisito de convivencia efectiva para el momento del fallecimiento del afiliado fallecido, razón por la cual se ha de confirmar la decisión de la *a quo* en este aspecto.

En cuanto a la señora IVONNE CATALINA SICARD HERNANDEZ como su reconocimiento pensional no fue objeto de reproche por las partes ni tampoco el porcentaje con el que le fue reconocida la pensión, la Sala se releva del estudio del mismo. Razón por la cual se procede a resolver la apelación por ella interpuesta relacionada con la condena a los INTERESES MORATORIOS, frente a los cuales 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 por parte de la AFP PROTECCIÓN, se originó por el conflicto que existía entre las dos posibles beneficiarias (*cónyuge y compañera*), esto es existía incertidumbre respecto de los beneficiarios o titulares del derecho pensional, razón por la cual administradora de pensiones tenía serias dudas sobre quién era el titular del derecho pensional, iterándose por existir controversia entre sus beneficiarios, circunstancia que generó una excepción a la condena de los intereses moratorios pues 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.

Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral señaló en sentencia SL140-2023 Rad. 87346 del 30 de enero del 2023:

*“...la Corporación ha precisado que aquellos deben ser impuestos con independencia de la buena o mala fe en el comportamiento en que haya incurrido el deudor, siempre y cuando se demuestre el retardo **injustificado** en la cancelación de*

la prestación pensional (CSJ SL7893-2015), advirtiendo, además, que no en todos los casos es imperativo condenar por ese concepto, estableciendo algunas excepciones a dicho criterio, solo en eventos puntuales como cuando:

1. La negativa de las entidades para reconocer las prestaciones a su cargo, tiene respaldo en las normas que en un comienzo regulaban la situación o su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces (CSJ SL704-2013).
2. Se otorga una prestación pensional en aplicación de un cambio de criterio jurisprudencial (CSJ SL787-2013, reiterada en la sentencia CSJ SL2941-2016).
3. Se inaplica el requisito de fidelidad al sistema (CSJ SL10637-2014, reiterada en CSJ SL6326-2016, CSJ SL070-2018).
4. La controversia se define bajo una interpretación normativa, como sucede en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL12018-2016).
5. Existe «algún conflicto entre potenciales beneficiarios de la pensión, **que solo puede ser dirimido por la justicia ordinaria**», como se puntualizó en la sentencia CSJ SL454-2021, reiterada, entre otros, en los fallos CSJ 1476-2021 y CSJ SL2893-2021, con la precisión de que, en esta última hipótesis, la controversia entre el derecho pensional debe implicar una disputa real y no supuesta ni eventual entre beneficiarios excluyentes de la prestación (CSJ SL5654-2021).”

Razón por la cual se confirma en ésta aspecto la sentencia de primera instancia.

Finalmente y en punto a la apelación de PROTECCIÓN S.A. se ha indicar que se confirma la condena de la INDEXACIÓN de las mesadas adeudadas a la señora IVONNE CATALINA SICARD HERNANDEZ, 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, 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 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:

“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.”

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por haberse surtido el estudio de los recursos de apelación y la consulta en favor de la tercera interviniente, lo que sigue es la CONFIRMACIÓN de la sentencia de primer grado, de conformidad con las razones esbozadas por esta Sala de Decisión.

SIN COSTAS en esta instancia.

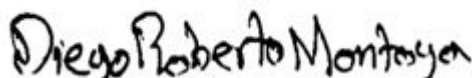
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

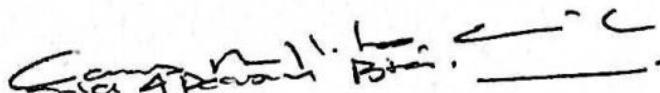
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

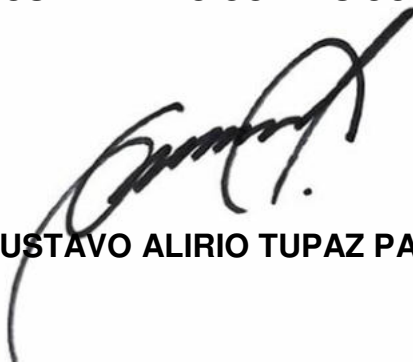
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OSCAR ARMANDO BERNAL ORTEGA CONTRA MICROMOTORES S.A.S. (RAD. 37 2021 00027 01).

Bogotá D.C. veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

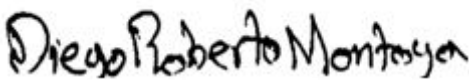
AUTO

El apoderado del demandante, mediante correo electrónico de 17 de noviembre de 2022 manifiesta que DESISTE del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, el 1° de septiembre del 2022.

Así las cosas, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 316 del C.G.P., **SE ACEPTA EL DESISTIMIENTO** del recurso impetrado por tener dicho profesional del derecho la facultad para ello según el poder que milita en el expediente digital (Exp. Digital: «03Subsanacion.pdf», pág. 4) sin embargo, se precisa que se conocerá el presente litigio en virtud del grado jurisdiccional de Consulta en favor del accionante teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.L. modificado por el artículo 14 de la ley 1149 de 2007¹.

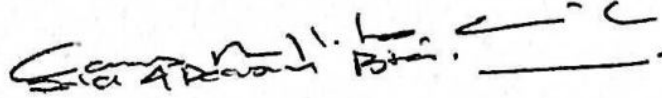
COSTAS a cargo de ese extremo procesal, conforme lo prevé el inciso 3 del aludido precepto Art. 316 C.G.P.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

¹ Artículo 69. Procedencia de la consulta. Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de "consulta".

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

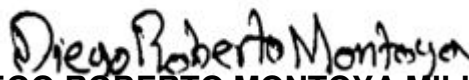


CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$100.000, a cargo del demandante, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Una vez resuelto lo anterior y vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de instancia, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral 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, en virtud del grado jurisdiccional del Consulta en favor de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juez 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 1° de septiembre de 2022 (*Audio 3 archivo 10 expediente digital, récord: 22:54*), en la que se resolvió:

“PRIMERO. -DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación en cobro de lo no debido propuestas por la empresa demandada, por lo que se absuelve a la empresa demandada **MICROMOTORES S.A.S.** de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra por el señor **ÓSCAR ARMANDO BERNAL ORTEGA**, en conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO. -COSTAS, a cargo de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho la suma de **\$200.000**, cifra que será liquidada en su debida oportunidad procesal por parte de la Secretaría”

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (páginas 2 y 3, archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en el acápite respectivo (página 3, ibidem), encaminadas a que se declare que el contrato suscrito con la accionada fue terminado mientras se encontraba en condiciones de discapacidad sin permiso de la autoridad competente, en consecuencia se ordene su reintegro al cargo en el que se encontraba al momento del despido, junto con el pago de salarios y prestaciones sociales hasta el momento en que se efectúe su reintegro, junto con el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el pago de aportes a seguridad social y condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, en tanto, se absolvió de las pretensiones incoadas tras considerar que no existe prueba en el plenario que permita inferir el conocimiento que pudiera haber tenido la demandada de las dolencias, restricciones y/o tratamientos del demandante, no haciéndose acreedor de la protección derivada de la Ley 361 de 1997, en tanto no se acreditó que la terminación del contrato de trabajo se hubiese dado en virtud de la disminución de las capacidades laborales del actor derivadas de sus padecimientos de salud.

Así las cosas, en primer lugar, debe advertir esta Sala de decisión, no esta en discusión el contrato de trabajo que existió entre las partes desarrollado del 15 de febrero del 2013 al 25 de octubre del 2019 durante el cual el accionante ocupó el cargo de coordinador de torneros (ver pág. 20 Archivo 1 expediente digital) y el cual terminó por decisión unilateral de la accionada (pág. 19 ibidem).

Aclarado lo anterior, se entra entonces analizar lo relativo a la invocada estabilidad laboral reforzada por salud, pues el accionante funda sus aspiraciones en la Ley 361 de 1997 “*Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones*”, disposición que en su artículo 26, señala: “*Ninguna **persona limitada** puede ser **despedida** o su contrato terminado **por***

razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo”, conducta que conforme al inciso 2º de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, esto conforme a lo señalado en la sentencia C-531 de 2000.

Vale indicar que en esta última providencia C-531 de 2000 la Corte Constitucional declaró exequible el inciso referido al pago de la indemnización *“bajo el supuesto de que (...) carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.”*, es decir, abrió la posibilidad de declaración de la ineficacia del despido o la terminación del contrato de un trabajador limitado.

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

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

“La Sala tiene explicado pacíficamente que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 protege a las personas «en condición de discapacidad», es decir que «solo aplica a quienes tengan una [discapacidad] física, psíquica o sensorial en los términos previstos en dicha normativa», pero no, respecto de cualquier limitación o discapacidad, sino ante aquella que se considera relevante por reducir sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en este, siguiendo el contenido del art. 1 del C159 de la OIT (ver sentencia CSJ SL17945-2017). Por esta razón, en un principio, el ordenamiento jurídico optó por fijar los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5 reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001 vigente para la época del despido del actor), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, a quienes clasifiquen en dichos niveles.

Aquí, la Sala aclara que prefiere usar el término discapacidad relevante para identificar al sujeto de la protección a la estabilidad laboral del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y no, el de invalidez que traen el C159 y las R. 99 y 168 de la OIT, para diferenciarlo del sujeto beneficiario de la pensión de invalidez que regula la normatividad de la seguridad social de origen interno.

(....)

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

(...)

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

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

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia SU 380 de 2021, precisó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ordena su aplicación no solo a las personas con una pérdida de capacidad laboral calificada como *moderada, severa o profunda*, por una autoridad competente, sino que se extiende a toda persona en condición de salud que impide o dificulta el normal ejercicio de sus funciones. En tal escenario, dice esa Corte, para definir la manera en que la situación de salud impacta el desempeño de las actividades laborales de la persona afectada, deben tenerse en cuenta aspectos como “i) el examen médico de retiro; ii) las incapacidades médicas vigentes o previas al momento de terminación de la relación laboral, iii) los diagnósticos y tratamientos médicos ordenados a la

persona afectada y iv) accidentes de trabajo como causa de incapacidades médicas o dictámenes de calificación de la pérdida de la capacidad laboral (PCL)”.

Asimismo, en esa misma providencia consideró posible que el desempeño se dificulte por afectaciones de carácter psicológico o psiquiátrico, entre otros, cuando: *“(i) se acredita la presencia de estrés laboral; (ii) la existencia de tratamiento médico, incapacidades o recomendaciones laborales, al momento de la terminación del vínculo; (ii) que el accionante haya informado al empleador que enfrenta un bajo rendimiento por razones de salud; (iv) que la enfermedad persiste después de la terminación del vínculo; o (v) que la persona cuenta con un grado de pérdida de la capacidad laboral (aunque no sea moderada, severa o profunda)”.*

En esa orientación habrá de ser el empleador quien corra con la carga de demostrar que el despido estuvo fundado en razones distintas a la situación de salud del trabajador, y si este se produjo sin autorización de la oficina del trabajo, debe presumirse que la decisión se motivó en las condiciones de salud del trabajador, presunción que puede verse confirmada por la existencia de síntomas notorios de la enfermedad, el trámite de incapacidades médicas, permisos para asistir a citas o recomendaciones médicas por medicina laboral, o que el trabajador haya sido despedido durante un periodo de incapacidad laboral, entre muchos otros (SU380 de 2021).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 6850 de 2016, discurrió:

“...En efecto, la censura parece diferenciar entre las causas justas y las razones que pueden acompañar a una decisión de despido. Por eso mismo, a pesar de que reconoce que en este caso no medio una justa causa, dice que la razón del despido fue la escisión de la entidad y no la condición de discapacidad del trabajador. Con fundamento en ello, en últimas, arguye que en el evento en que se propicie un despido unilateral y sin justa causa, en todo caso, el trabajador debe demostrar que la decisión se dio por razón de su discapacidad y no por otros motivos, para que opere la especial garantía de estabilidad.

Una interpretación de esas características no puede ser avalada por la Corte, por las razones que pasan a exponerse:

La interpretación que propone la censura torna totalmente nugatoria la garantía de estabilidad y le resta todo efecto útil a la disposición, pues pone en manos del empleador la facultad de despedir al trabajador discapacitado, libremente, con la sola condición de no motivar su decisión en función de la especial condición de discapacidad.

(...)

Dicha interpretación también insta al trabajador a que, en el marco de un despido sin justa causa, demuestre que la razón real de la decisión estuvo dada en su condición de discapacidad, lo que resulta del todo desproporcionado e inaceptable para la Corte...” (Resaltado por la Sala)

Adicionalmente, en sentir de ese Alto Tribunal, con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que lo que se sanciona es que dicho acto esté precedido de un acto discriminatorio. Bajo tal entendido, si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera, de allí que la invocación de una justa causa al momento de poner fin al vínculo laboral excluya de suyo que la ruptura estuvo basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador y, en este escenario, se hace innecesario acudir al inspector del trabajo para obtener la autorización, porque el finiquito se soporta en una causal objetiva (Sentencia SL1360 del 11 de abril de 2018)². Esta misma conclusión es compartida por la Corte Constitucional quien, en la plurimencionada sentencia de unificación determinó que *“la parte accionada desvirtuaría la presunción si acredita en sede judicial la existencia de una causa justa para terminar la relación”*.

En esa dirección, a tono con la postura jurisprudencial sobre esta materia, mientras al demandante le corresponde probar el estado de debilidad manifiesta, a la demandada MICROMOTORES S.A.S. le atañe probar que la terminación operó por una justa causa o una causa legal -, desvirtuando de esta forma la mentada presunción.

Expuesto lo anterior, procede la Sala al análisis de las pruebas recaudadas, advirtiendo, obra la siguiente documental (Archivo 01 expediente digital):

- Orden médica de terapia física integral para caderas y rodillas del 27 de septiembre del 2019 (pág. 9)

² (...) Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, **en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio.** Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado **por razón de su limitación**», lo que, contrario sensu, **quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.**”

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

- Orden de consulta control medicina física y rehabilitación del 27 de septiembre del 2019 -control en 3 meses- (pág. 10)
- Orden de consulta 1 vez ortopedia y traumatología del 16 de agosto del 2019 (págs. 13, 14 y 18).
- Historia Clínica expedida por Compensar el 27 de septiembre del 2019 donde se indica como diagnostico ARTROSIS PRIMARIA GENERALIZADA, en donde tan solo se señala como análisis y plan de manejo el siguiente (Archivo 3 expediente digital):

Análisis y Plan

OSTEOARTROSIS CADERAS Y RODILLAS.
SOBREPESO.

PLAN:

BAJAR DE PESO.

FISIOTERAPIA.

CONTROL, RECOMENDACIONES.

SS VALORACION POR MEDICINA LABORAL, POR TIPO DE TRABAJO MECANICO INDUSTRIAL.

CONTROL, RECOMENDACIONES.

Clasificac.de la Atención

: No Aplica

- Incapacidad médica expedida por la CRUZ ROJA en julio del 2019 por rinofaringitis aguda de 3 días (Archivo 6 expediente digital pág. 27)
- Examen de egreso de la empresa accionada de fecha 30 de octubre del 2019 en donde se señala “examen de egreso satisfactorio” (Archivo 6 expediente digital pág. 37)

De esta forma, de los anteriores medios de prueba, a juicio de esta Sala, no se logra establecer que para la fecha de terminación del vínculo laboral (25 de octubre del 2019) el demandante se encontraba cobijado por la estabilidad laboral reforzada solicitada, pues con ella no se logra acreditar de manera alguna que para dicha calenda se encontraba en un estado de **disminución de sus facultades producida por sus padecimientos de salud que lo colocaran en condición de discapacidad relevante** y aunque no se desconoce que tuvo valoraciones médicas por sus patologías de artrosis y sobrepeso, no se acreditó que las mismas hubiesen generado una imposibilidad o limitación para la ejecución de las actividades contratadas como COORDINADOR DE TORNEROS. Al punto, no existen recomendaciones, restricciones o incapacidades extendidas a

lo largo del tiempo de las que se pueda inferir que no era posible realizar sus actividades bajo ciertas condiciones. Se reafirma “*el fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona*”³.

Enfatiza la Sala, ninguno de los medios de prueba de los incorporados al plenario acreditan que el señor BERNAL ORTEGA tenía una afectación de salud, a la fecha de terminación del contrato de trabajo, que le impedía o dificultaba sustancialmente el desempeño de sus labores en “*condiciones regulares*”⁴, ante la inexistencia se itera de elementos que den cuenta de tratamientos, incapacidades, recomendaciones, un grado de pérdida de capacidad laboral o afectación psicológica, entre otros, que obstaculizaran la ejecución de su labor.

Tales circunstancias derivan en la inaplicabilidad de la mencionada Ley 361 de 1997. Y es que la protección de dicha normatividad, esto es, la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el estado de la salud del extrabajador, estaría desvirtuada en el caso de marras porque como quedó analizado, para ese momento (25/10/2019) el demandante no se encontraba en un estado de **debilidad manifiesta** o en una **disminución suficiente en su salud** que le impidiera o dificultara desempeñar su trabajo.

Lo anterior, atendiendo el contenido de la sentencia proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL 572 de 2021, en donde expuso:

“Ahora bien, es evidente que el trabajador padece una patología en su hombro derecho, que se encuentra documentada, pero, como quedó dicho en párrafos anteriores, no es la patología lo que activa la protección de la estabilidad laboral reforzada, sino la limitación que ella produce en la salud del trabajador para desarrollar su labor, lo que no se encuentra demostrado en el proceso, pues además de no estar calificada la pérdida de la capacidad laboral, al momento del despido no presentaba ninguna situación grave de salud, que fuera notoria y evidente, por el contrario, se encontraba desarrollando sus actividades de manera normal, lo que demuestra que la patología del hombro no ocasionaba ninguna limitación en el trabajador que fuera incapacitante, con la magnitud de poder activar la protección establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Por último, con relación al conocimiento que pudo tener el empleador de la patología del trabajador, ello no cambiaría en nada las circunstancias exigidas para la protección, pues lo relevante es que no aparece demostrada ninguna limitación para considerar que trabajado estuviera en situación de discapacidad.”. (Negrilla fuera del texto).

³ SL 12998-2017.

⁴ Corte Constitucional T-041 de 2019.

Ahora, en cuanto al interrogatorio rendido por el demandante, es pertinente resaltar que el mismo no puede ser tenido en cuenta ya que si bien narra hechos sobre el conocimiento que presuntamente tenía el empleador sobre su estado de salud, los mismos no fueron probados, siendo una carga procesal que le incumbía a éste, recuérdese no pueden darse por ciertos hechos que no se encuentran probados. Sobre la procedencia de tener por ciertas estas declaraciones la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral – SL 4072 de 2022, asentó: *“La confesión debe versar sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria”*.

Por lo anterior, no puede concluirse que el fenecimiento de la relación laboral del demandante corresponde a un acto discriminatorio por el estado de salud del actor, razón por la cual se prohijará la decisión de primer grado en cuanto negó la estabilidad laboral reforzada.

Igualmente, es pertinente anotar que el anhelo que antecede resuelve la petición dirigida al pago de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al no encontrarse vulneración alguna que merezca un estado de protección.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio del grado jurisdiccional de Consulta en favor del accionante y conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

SIN COSTAS en esta instancia.

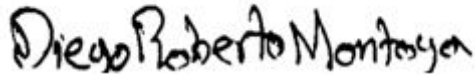
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

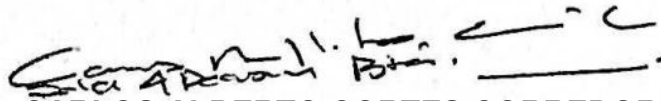
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 37 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a las consideraciones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA DENTRO
DEL PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSÉ QUINTERO ANGARITA
CONTRA FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES
DE COLOMBIA. (RAD. 39 2020 00068 01).**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril 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:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 6 de febrero de 2013 (13GrabacionAudiencia20230206.mp4, récord 36:45), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DENEGAR las pretensiones del demandante señor JOSÉ QUINTERO ANGARITA por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción formulada por la demandada que denominó COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS al demandante en favor del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA Inclúyase en la respectiva liquidación la suma de \$600.000 como agencias en derecho.

CUARTO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa al demandante”.

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación¹, persiguiendo la revocatoria de la sentencia, para lo cual

¹ **Recurso Demandante, récord 36:48:** “Manifiesto al despacho que frente a la decisión judicial proferida en esta audiencia interpongo recurso de apelación para ante el Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, con el fin de que sea revocada la misma y en fallo de segunda instancia que cause ejecutoria se acojan en su totalidad de las pretensiones y súplicas expuestas a favor de mi cliente. En la demanda inicial, sustento de la impugnación en las siguientes premisas de orden fáctico y jurídico, mi cliente y actor dentro de la presente litis sí cumple a cabalidad los requisitos para que se condene a pagar a su favor los reajuste de pensión consagrados en la Ley de 1992 y en el Decreto Reglamentario 2108 del mismo año, conforme al caudal probatorio, normativo y jurisprudencial que reposa en el presente proceso, el actor se encuentra disfrutando de una pensión reconocida con anterioridad al primero de enero de 1989. la pensión que disfruta es una pensión del orden nacional, reconocida en su momento por los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, la entidad demandada no aplicó a mi cliente cuando correspondía los ajustes previstos de la Ley 60 de 1992 y además año tras año con anterioridad al 1989 los reajustes anuales que aplicó a su pensión fueron mucho más bajos que los de ajustes efectuados sobre los salarios mínimos de la época, es decir, perdió su poder adquisitivo y quedó reajustada en valores inferiores al salario mínimo respectivo año tras año.

El artículo 116 de la ley 60 de 1992, si bien es cierto, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-500 del 31 de noviembre de 1995, esta declaratoria de inexecutable produjo efectos pero hacia el futuro, es decir, y de acuerdo con la ley estatutaria de Justicia 270 de 1996 tiene que produjo efectos ex tunc y por lo tanto, los ajustes y prerrogativas causados y determinados bajo su vigencia constituyen verdaderos derechos adquiridos para mi cliente en el entendido de que así los mismos no se hubieran reclamado en su oportunidad, no deja de tener derecho a los mismos, pues estos reajustes se pueden reclamar en cualquier tiempo y por el interregno de tiempo en el cual la norma tuvo vigencia, es decir, tuvo todos sus efectos mientras estuvo vigente, es principio general y así lo ha entendido la jurisprudencia, que los reajustes de pensión no prescriben por ser consustanciales y hacer parte del derecho a la pensión que tampoco prescribe y se pueden reclamar en cualquier tiempo.

Es claro que la disparidad de ajustes entre las mesadas pensionales y los salarios mínimos se configuró con la expedición de la Ley cuarta de 1976 y porcentualmente solo se vino a superar con la expedición de la Ley 71 de 1988, es por eso, señor juez, que de los requisitos de la Ley 6 de 1992 es que el pensionado ya esté gozando del incremento pensional antes del primero de enero de 1989, que durante las anualidades anteriores al año 1988 los reajustes que hubiera obtenido sobre su pensión hubieran sido mucho más bajos en comparación con el aumento de los ajustes efectuados sobre los salarios mínimos de la época año tras año.

Al desconocer el pretendido reajuste pensional se está vulnerando los artículos constitucionales que determinan el derecho a que las pensiones mantengan su poder adquisitivo, según lo asentado por el presidente constitucional, sentencia C-361. Año 2000 y el carácter fundamental que tiene la Seguridad Social en pensiones según los tratados internacionales y el bloque de constitucionalidad. Los destinatarios del Decreto 2108 de 1998 en aquellos pensionados afectados con la norma pensional establecida en la Ley 4 de 1976, mediante la cual se dictaron normas sobre materia pensional. De los derechos públicos oficial, semi oficial y privado y en segundo lugar, todos los pensionados que tenían derecho a una mesada pensional superior al salario mínimo con anterioridad al año 1988, como es el caso del actor, se vieron afectados con la pérdida total del poder adquisitivo de su mesada, por lo cual la Ley 6 de 1992 zanjó la diferencia de trato. Entre los pensionados que perdieron el poder adquisitivo de su pensión y los que lo conservaron y por ende, mi cliente tiene total derecho a esos reajustes, es importante advertir que la negativa se sustenta en que la norma solo se refiere a pensiones de jubilación y no a pensiones de invalidez, que los incrementos de pensiones establecidos en la Ley 6 de 1992 fueron superiores a los que establece dicha normatividad. No obstante lo anterior, aquí es necesario aclarar que si bien es cierto y en principio la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992 previo literalmente los reajustes para las pensiones de jubilación también es absolutamente cierto que el Consejo de Estado, como la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han consagrado a ese derecho o beneficio pensional, con independencia a la modalidad de pensión, situación plenamente probada en la sentencia del 14 de julio de 2007, radicación 443 -5 del Consejo de Estado, en la cual se determina que con independencia de la modalidad pensional se tenía derecho, criterio reiterado en la sentencia T 030 del

manifestó que no comparte la motivación debido a que en la presente litis se cumple a cabalidad los requisitos para que se condene a pagar los reajustes de la pensión consagrados en la Ley 6ta de 1992 y en el Decreto Reglamentario 2108 del mismo año, conforme al caudal probatorio, normativo y jurisprudencial. Narró, el actor se encuentra disfrutando de una pensión reconocida con anterioridad al 1º de enero de 1989. siendo la pensión que disfruta de orden nacional, reconocida en su momento por los Ferrocarriles Nacionales de Colombia,, adujo, la entidad demandada no aplicó cuando correspondía los ajustes previstos de la Ley 6ta de 1992 y además año tras año con anterioridad

2011 T 811 del 2011, entre otras, en donde en un caso análogo se concluyó “que frente al principio de igualdad y frente a la situación del disminuido físico y sensorial que tiene el demandante es obligación del operador de Justicia de hacer un análisis juicioso y atender los postulados del precedente jurisprudencial y asimismo, la ratio decidendi de los fallos de tutela de la corte. Constitucional tienen efectos vinculantes y de obligatorio cumplimiento y hacen tránsito a cosa juzgada. Constitucional”, es decir, la corte dejó a salvo los reajustes pensionales que se hubieren causado durante su vigencia a manera de ejemplo. En la sentencia T 426 del 2011 de la Corte Constitucional señala que la corte actúa como Tribunal de unificación de la jurisprudencia y en efecto vinculante, por lo que, es obligatorio para todas las autoridades judiciales y administrativas.

De otra parte, la sentencia 1371 de 2015 de febrero de 2015, magistrado ponente Jorge Burgos, proferido por la Corte Suprema de Justicia y en la sentencia del Consejo de Estado de fecha febrero 12 de 2004, magistrado Nicolás Peñaranda y junio 14 de 2007, magistrado José María Bustamante, determinó que todos los pensionados del sector público nacional tienen derecho al reajuste y cuando los reajustes hubieran sido inferiores al salario mínimo para mayor claridad de lo expuesto para el año 1982 y el reajuste del salario mínimo fue del 30%, mientras que la pensión se reajustó solo en un 13.33%.. En el año 1983, el salario mínimo se registró en un 25%, mientras que la pensión se reajustó en un 15%, perdón para el año 1984 el salario mínimo se registró en un 22%, mientras que la pensión registró en un 12.49%. Para el año 1985 del salario mínimo se reajustó en un 20%, mientras que la pensión fue de un 11% para el año 1986 el salario mínimo se reajustó en un 24%, mientras que la pensión en un 10% para el año 1987. El salario mínimo se registró en un 22% y la pensión se reajustó en un 12% para 1988. El salario mínimo se reajustó en un sector en un 11%, es decir, la pensión de invalidez se reajustó en porcentajes inferiores al salario mínimo, por lo cual es totalmente procedente del reajuste de la Ley 6 de 1992. Para los años 1993, 1994 y 1995 en los porcentajes allí señalados, el apoderado judicial de primera instancia desatiende los postulados de la sentencia de constitucionalidad 811 del 2011, que señalan que el presidente jurisprudenciales fuente formal de derecho. Aparte la ley, determina la obligatoriedad que tiene el operador judicial frente al presidente jurisprudencial anticipado, en la cual fue admitido en este fallo de primera instancia con la documentación expedida por la entidad demandada, se observa con claridad que los demás reajuste dejado de aplicar en los años 1993, 1994 y 1995. Se debió revisar los ajustes aplicados entre el momento en que adquirió el derecho a la pensión de invalidez de mi cliente, es decir, los establecidos en la Ley 4 de 1976 y el año de 1988, fecha en que entró a regir la ley 71 de 1988 observándose, de un lado que los incrementos pensionales aplicados a la pensión del demandante son inferiores a los que fueron aplicados a los salarios mínimos en cada 1 de estos años, es decir, efectivamente los restos fueron menores y en eso y generó un incremento inferior de pensión frente a los incrementos de los salarios para los años 1993, 1994 y 1995., en donde solo se les aplicó el reajuste legal ordinario, los actuales serán total y perfectamente compatibles con los restos de la Ley 6 de 1992. Así las cosas, nos encontramos ante incrementos pensionales que son hechos notorios del centro de prueba y además se encuentran acreditados que la entidad demandada no los ha aplicado sobre la pensión de mi mandante. Solicitó a su señoría se acceda con las súplicas de la demanda, ya que en caso de no procederse así implicaría en la aplicación del principio del enriquecimiento sin justa causa en favor de la entidad demandada con el correspondiente empobrecimiento sin justa causa de mi cliente. Por lo anterior, solicitó a los honorables magistrados se considere en su totalidad de las pretensiones y pedimentos de la demanda y será condenada la entidad a las costas del proceso. Muchas gracias, señora juez.”.

al 1989 los reajustes anuales que aplicó a la pensión fueron mucho más bajos que los ajustes efectuados sobre los salarios mínimos de la época, es decir, perdió su poder adquisitivo y quedó reajustada en valores inferiores al salario mínimo respectivo.

Adicionó, el artículo 116 de la Ley 6ta de 1992, si bien es cierto, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-500 del 31 de noviembre de 1995, esta declaratoria de inexecutable produjo efectos pero hacia el futuro, es decir, y de acuerdo con la Ley Estatutaria de Justicia 270 de 1996 produjo efectos ex tunc y por lo tanto, los ajustes y prerrogativas causados y determinados bajo su vigencia constituyen verdaderos derechos adquiridos en el entendido de que así los mismos no se hubieran reclamado en su oportunidad, no deja de tener derecho a los mismos, pues estos reajustes se pueden reclamar en cualquier tiempo y por el interregno de tiempo en el cual la norma tuvo vigencia, es decir, tuvo todos sus efectos mientras estuvo vigente, es principio general y así lo ha entendido la jurisprudencia.

Precisó, es claro que la disparidad de ajustes entre las mesadas pensionales y los salarios mínimos se configuró con la expedición de la Ley 4 de 1976 y porcentualmente solo se vino a superar con la expedición de la Ley 71 de 1988, es por eso, que de los requisitos de la Ley 6ta de 1992 es que el pensionado ya esté gozando del incremento pensional antes del 1º de enero de 1989, así como durante las anualidades anteriores al año 1988 los reajustes que hubiera obtenido sobre su pensión hubieran sido mucho más bajos en comparación con el aumento de los ajustes efectuados sobre los salarios mínimos.

Consideró el recurrente, al desconocerse el pretendido reajuste pensional se está vulnerando los artículos constitucionales que determinan el derecho a que las pensiones mantengan su poder adquisitivo, según lo asentado por el presidente constitucional, sentencia C-361 del 2000 y el carácter fundamental que tiene la Seguridad Social en pensiones según los tratados internacionales y el bloque de constitucionalidad. Adujo, los destinatarios del Decreto 2108 de 1998 son aquellos pensionados afectados con la norma pensional establecida en la Ley 4ta de 1976, mediante la cual se dictaron normas sobre materia pensional de los derechos públicos oficial, semi oficial y privado y en segundo

lugar, todos los pensionados que tenían derecho a una mesada pensional superior al salario mínimo con anterioridad al año 1988, como es el caso del actor, se vieron afectados con la pérdida total del poder adquisitivo de su mesada, por lo cual la Ley 6ta de 1992 zanjó la diferencia de trato. Entre los pensionados que perdieron el poder adquisitivo de su pensión y los que lo conservaron y por ende, el actor tienen total derecho a esos reajustes. Aclaró, que si bien es cierto y en principio la Ley 6ta de 1992 y el Decreto 2108 de 1992 previo literalmente los reajustes para las pensiones de jubilación también es cierto que el Consejo de Estado, como la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han consagrado ese derecho o beneficio pensional, con independencia a la modalidad de pensión, situación plenamente probada en la sentencia del 14 de julio de 2007, radicación 443 -5 del Consejo de Estado, en la cual se determina que con independencia de la modalidad pensional se tenía derecho, criterio reiterado en la sentencia T 030 del 2011 T 811 del 2011, entre otras, en donde en un caso análogo se concluyó: *“frente al principio de igualdad y frente a la situación del disminuido físico y sensorial que tiene el demandante es obligación del operador de Justicia de hacer un análisis juicioso y atender los postulados del precedente jurisprudencial y asimismo, la ratio decidendi de los fallos de tutela de la corte. Constitucional tienen efectos vinculantes y de obligatorio cumplimiento y hacen tránsito a cosa juzgada. Constitucional”*, en su sentir, la corte dejó a salvo los reajustes pensionales que se hubieren causado durante su vigencia.

Así mismo, esgrimió, se debió revisar los ajustes aplicados entre el momento en que adquirió el derecho a la pensión de invalidez, es decir, los establecidos en la Ley 4 de 1976 y el año de 1988, fecha en que entró a regir la Ley 71 de 1988 observándose, de un lado que los incrementos pensionales aplicados a la pensión del demandante son inferiores a los que fueron aplicados a los salarios mínimos en cada uno de los años, es decir, efectivamente los reajustes fueron menores y eso generó un incremento inferior de pensión frente a los incrementos de los salarios para los años 1993, 1994 y 1995, en donde solo se les aplicó el reajuste legal ordinario, perfectamente compatibles con los de la Ley 6ta de 1992, encontrándonos ante incrementos pensionales que son hechos notorios y además se encuentran acreditados que la entidad demandada no los ha aplicado sobre la pensión del actor.

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

CONSIDERACIONES

Constituyó el anhelo del demandante JOSÉ QUINTERO ANGARITA las pretensiones que relacionó en la página 6 del archivo 01, las cuales encuentran sustento en los hechos consignados en las páginas 5 y 6 ibidem, aspirando principalmente se declare:

PRIMERA. - Sírvase señor Juez, declarar que el **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** es la entidad obligada al pago de la pensión causada por el señor **JOSE QUINTERO ANGARITA**, por su tiempo laborado en la extinta empresa **FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**.

SEGUNDA. - Solicito al Señor Juez, **CONDENAR** al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** al pago de los reajustes previstos en la Ley 6 de 1.992 y en el Decreto 2.108 de 1.992, a favor del señor **JOSE QUINTERO ANGARITA**, con los respectivos reajustes anuales pertinentes.

TERCERA.- Sírvase Señor Juez, **CONDENAR** al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** al pago de todas y cada una de las diferencias pensionales causadas como consecuencia del reajuste pensional previsto en la Ley 6 de 1.992 y en el Decreto 2.108 de 1.992, incluso respecto de las mesadas pensionales de junio y diciembre de cada año debidamente indexadas y con los reajustes anuales pertinentes, desde la fecha de causación de este derecho, hasta la fecha en que se incluya en nómina de pensionados de la entidad citada, el nuevo valor pensional a favor del señor **JOSE QUINTERO ANGARITA**.

CUARTA. - A todo cuanto resultare en aplicación de los principios extra y ultra petita.

QUINTA. - Condénese a la demandada al pago de las costas y gastos del proceso.

Así, obtuvo sentencia parcialmente desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto se denegaron las pretensiones y se declararon probadas las excepciones formulada por la demandada que denominó cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación. **Lo anterior tras considerar la a quo**, que la Corte Suprema de Justicia interpretó el artículo 11 de la Ley 6ta de 1992, indicando que el artículo reconocía estos reajustes con anterioridad al 1º de enero de 1989 siempre que se presentaran diferencias en las pensiones, por lo que debían ser actualizadas para compensar las diferencias en el sector público

o nacional. Expuso, la corte fue enfática en anotar respecto de las pensiones susceptibles de este reajuste, esto es, las pensiones del orden nacional que no son extensivas a otros entes territoriales, postura que ha sido acogida en sentencias SL383 de 2021 y SL 3134 de 2022 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, destacando que los ajustes cobijan únicamente la pensiones del orden nacional, no siendo el caso del demandante ya que la pensión se originó por invalidez, situación que no contempla la norma ya que los reajustes del artículo 11 de la Ley 6ta de 1992 se refiere a las pensiones reconocidas antes de 1989 sin que sea viable incluir las de invalidez, no cumpliendo el demandante con los requisitos previsto en la Ley 6ta de 1992.

En el trámite del proceso no se controvertió la calidad de pensionado por invalidez a través de la Resolución No. 0913 del 28 de octubre de 1985, efectiva a partir del 12 de junio de 1985 (página 31, archivo 01). Entonces, partiendo de la base no discutida de que el accionante es titular de dicha prestación, procede esta Corporación a analizar la viabilidad del reconocimiento y pago de los reajustes previstos en la Ley 6ta de 1992 y Decreto 2108 de 1992 sobre la prestación por invalidez que disfruta el demandante.

En primer lugar, conviene indicar, la Ley 6ta del 30 de junio de 1992 *"Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones"* en su artículo 116 estableció un reajuste de las pensiones del sector público nacional, con el siguiente tenor literal:

"(...) Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el Gobierno Nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1o de enero de 1989.

Los reajustes ordenados en este artículo comenzarán a regir a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente y no producirán efecto retroactivo. (...)". (negrilla fuera del texto).

En esta medida el artículo 116 de la Ley 6ta de 1992 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-531 del 20 de noviembre de

1995, por violación al principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Constitución Política; y al señalar los efectos de la sentencia, dijo:

“(…) La Corte ha señalado que es a ella a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución.

En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de la buena fe (CP Art. 83) y protección de los derechos adquiridos (CP Art. 58), la declaración de inexequibilidad de la parte resolutive de esta sentencia solo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexequibilidad no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable y por el Decreto 2108 de 1992, pero que no habían sido realizados al momento de notificarse esta sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia.

En efecto, de un lado el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional (C.P. Art. 58). Mal podría entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado en virtud del principio de efectividad de los derechos (CP Art. 2) y eficacia y celeridad de la función pública (CP art. 209), la ineficiencia de las autoridades no puede ser razón válida para desconocer los derechos de los particulares. Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6 de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexequibilidad, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello. (...)”.

Se aclara, la misma Sentencia C-531 de noviembre 20 de 1995, señaló que la declaratoria de inexequibilidad del artículo 116 de la Ley 6ta de 1992, no es obstáculo para que se realice el reajuste pensional, dada la consolidación del derecho y la actuación oficiosa que debía desplegar la administración en su reconocimiento y pago.

Así mismo, la Ley 6ta de 1992 fue reglamentada mediante el Decreto 2108 de 1992 estableciendo el porcentaje de los ajustes que se realizarían a las **pensiones reconocidas con anterioridad al 1 de enero de 1989** durante los años 1993 a 1995. El tenor literal de los artículos 1º y 2º es el siguiente:

“Artículo 1. Las pensiones de jubilación del Sector Público del Orden Nacional reconocidas con anterioridad al 1 de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios serán reajustadas a partir del 1 de enero de 1993, 1994 y 1995 así:

Año de causación del derecho a la pensión	Porcentaje del reajuste aplicable a partir del 1 de enero del año:		
	1993	1994	1995
1981 y anteriores 28% distribuidos así:	12.0	12.0	4.0
1982 hasta 1988 14% distribuidos así:	7.0	7.0	--

Artículo 2. Las entidades de previsión social o los organismos o entidades que están encargadas del pago de las pensiones de jubilación tomarán el valor de la pensión mensual a partir de diciembre de 1992 y le aplicarán el porcentaje del incremento señalado para el año de 1993 cuando se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 1.

El 1 de enero de 1994 y 1995 se seguirá el mismo procedimiento con el valor de la pensión mensual a 1 de diciembre de los años 1993 y 1994 respectivamente, tomando como base el porcentaje de la columna correspondiente a dichos años señalada en el artículo anterior.

Estos reajustes pensionales son compatibles con los incrementos decretados por el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 71 de 1988.”. 8Nagrilla fuera del texto).

Respecto al campo de aplicación de la anterior normatividad, puntualmente, frente a la modalidad pensional que comprende estos reajustes, en un proceso similar y adelantado en contra del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, en sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, SL 471 de 2023, se sostuvo:

“La Corporación tiene adoctrinado que los efectos específicos otorgados a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, por parte de la Corte Constitucional, en providencia CC C531-1995, no se extienden a pensionados distintos a los que contempla aquella norma, esto es, a los del orden nacional; así como que la decisión del Consejo de Estado de inaplicar la expresión «del orden nacional», contenida en el artículo 1º del Decreto 2108 de 1992, no resulta vinculante para la Sala.

En tal sentido lo refirió en sentencia CSJ SL, 13 oct. 2004, rad. 23253, reiterada en la CSJ SL, 1º nov. 2011, rad. 36640, así:

[...] en lo atinente a la sentencia CC C-531 de 1995 que declaró la inexequibilidad del artículo 116 por desconocer la unidad de materia de la Ley 6º de 1992, que según el recurrente hace aplicable dicho ordenamiento en el caso que ocupa la atención a la Sala, es de acotar que si bien es cierto, por virtud de los efectos que a esa decisión le imprimió la Corte Constitucional, también lo es tal declaración no impide que los reajustes pensionales ordenados por la norma sean exigibles en relación con los pensionados que hubieran adquirido el derecho a los mismos en vigencia de ese precepto, y **además en ninguna de las consideraciones del fallo de constitucionalidad se señaló que esos efectos deberían extenderse a jubilados distintos de los que menciona la disposición acusada, esto es, pensionados diferentes a los del orden nacional**, y

por esto que, no se podría hablar en este asunto de la protección de un derecho adquirido en cabeza del demandante, lo que de paso conduce a que el juez de apelaciones no interpretó erróneamente el artículo 17 de la Ley 153 de 1887.

Del mismo modo, es de destacar que la sentencia proferida el 11 de diciembre de 1997 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la que se decidió inaplicar en un caso particular la expresión “del orden nacional” contenida en el artículo 1° del Decreto 2108 de 1992, no obliga a la Sala Laboral de la Corte Suprema, pues sólo son de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive las sentencias de inexigibilidad (sic) como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad conforme lo consagra el artículo 48 de la Ley 270 de 1996.

En tales condiciones, al no ordenar el fallador de alzada los mencionados reajustes con fundamento en el Decreto 2108 de 1992 o en el artículo 116 de la Ley 6° de igual año, no interpretó erróneamente esa normatividad.

Así mismo, en torno al alcance de los artículos 116 de la Ley 6ª de 1992 y 1° del Decreto 2108 de 1992, en la providencia CSJ SL, 11 dic. 2003, rad. 22107, reiterada, entre otras, en las CSJ SL15775-2014 y CSJ SL1361-2015, orientó:

[...] es menester anotar que existe total claridad respecto a las pensiones susceptibles de los reajustes allí previstos, esto es, las del orden nacional, sin que puedan, en consecuencia, hacerse extensivos tales incrementos a otros niveles territoriales puesto que de hacerse así se desbordaría el querer del legislador; y siendo claro el tenor de ley, no es dable a su intérprete darle unos alcances distintos o hacerle producir efectos en ámbitos diferentes.

Ahora, el sentenciador de la alzada confirmó la declaratoria de la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada, dado que encontró acreditado en las documentales aportadas al proceso, que las pretensiones de la presente acción, ya había sido objeto de discusión y decisión en proceso ordinario laboral anterior, el cual cursó ante el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Descongestión de Bogotá, en el que fue absuelto el fondo demandado, tal como lo consideró el primer Juez.

Sin embargo, la censura omitió, como le era imperativo, destruir ese razonamiento fáctico por la vía indirecta, que era la apropiada para esos efectos.

En consecuencia, como dejó por fuera de ataque ese soporte de la sentencia, la misma permanece incólume, ya que los cimientos no cuestionados tienen la capacidad de mantenerla, como resultado de la doble presunción de legalidad y acierto que salvaguarda las providencias de los jueces, conforme lo explicado, por ejemplo, en las decisiones CSJ SL5156-2018 y CSJ SL5038-2020.”.

Adicionalmente, en concepto emitido por la Sala de Consulta C.E. 1233 de 2000 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, se expuso en su aparte pertinente:

“(…)

*la normativa contenida en el artículo 116 fijó su alcance únicamente para las pensiones del orden nacional; sin embargo, por vía judicial han venido reconociéndose a pensionados del nivel distrital. Como dichos pronunciamientos no tienen efectos erga omnes no pueden hacerse extensivos de manera general, su alcance está referido a cada caso particular. En cuanto a la naturaleza de la prestación materia de reajuste, tanto el artículo 116 de la ley 6a. de 1.992 como el 1o. del decreto reglamentario 2108 de ese año, se refieren a las pensiones de jubilación reconocidas con anterioridad al 1o. de enero de 1.989; **por tanto, no es posible por vía de interpretación extender el beneficio a otras modalidades pensionales, como las de vejez, invalidez, incapacidad permanente parcial o pensión sanción, que tienen regulaciones especiales.** En consecuencia, en aplicación de los principios de interpretación contenidos en los artículos 27 y 28 del Código Civil, no es viable desatender el tenor literal de la norma a pretexto de consultar su espíritu, pues no se trata de una expresión oscura de la ley. Así mismo, como el legislador definió expresamente las diversas modalidades pensionales, debe darse a ellos su significado legal.” (Subrayado fuera del texto).*

De modo que, revisado el expediente se observa que el demandante es beneficiario de una pensión de invalidez más no de jubilación, situación que no contempla la norma por lo anteriormente explicado y teniendo en cuenta el concepto reseñado, en cuanto a que: *“no es posible por vía de interpretación extender el beneficio a otras modalidades pensionales, como las de vejez, invalidez, incapacidad permanente parcial o pensión sanción, que tienen regulaciones especiales.”*. Adicionalmente, la Corte Constitucional al declarar la inexecutable con efectos futuros, señaló que se aplicaría dicha norma a quienes habían adquirido el derecho y que por ineficiencia de las entidades encargadas del pago no se hubiere realizado el ajuste, situación que no ocurrió en el presente caso, porque la norma no previó que el ajuste se realizara para pensiones concedidas por concepto de invalidez.

Aunado a lo anterior, observa la Sala que la demandada sí ha efectuado los reajustes pensionales al señor JOSÉ QUINTERO ANGARITA, conforme a la información aportada junto con la contestación, puntualmente realizó los siguientes ajustes con el fin de garantizar la pérdida del poder adquisitivo (página 97, archivo 06):

REPUBLICA DE COLOMBIA
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA
DIVISION DE PRESTACIONES ECONOMICAS

PENSIONADO
JOSE QUINTERO ANGARITA
CARNE / 713167

21/01/2003

COPIA AL CARBON

EFFECTIVIDAD PENSION		DD/MM/AAAA		
		12/06/85	AG 42	
AÑO	REAJUSTES DE LEY :	VALOR PENSION	AÑOS	PENSION MINIMA
1985	11,00% + 1.018,50	hasta \$25.462,50 y de \$56.490,01 en adelante	1985	13.557,60
1985	15,00% +	de \$25.462,51 hasta \$56.490,00	1985	
1986	10,00% + 1.129,80	hasta \$22.596,00 y de \$67.788,01 en adelante	1986	16.811,42
1986	15,00% +	de \$22.596,01 hasta \$67.788,00	1986	
1987	12,00% + 1.626,91	hasta \$54.230,33 y de \$84.057,10 en adelante	1987	20.509,90
1987	15,00% +	de \$54.230,34 hasta \$84.057,09	1987	
1988	11,00% + 1.849,24	hasta \$46.229,99 y de \$102.549,00 en adelante	1988	25.637,40
1988	15,00%	de \$46.230,00 hasta \$102.548,99	1988	
1989	27,00%		1989	32.559,60
1990	26,00%		1990	41.025,09
1991	26,0692%		1991	51.720,00
1992	26,04408%		1992	65.190,00
1993	25,03451%		1993	81.510,00
1993	12,00%	Para los pensionados: hasta el 31-DIC/81	1993	
1993	7,00%	Desde el 1-ENERO/82 hasta el 31-DIC/81	1993	
1994	21,09%		1994	98.700,00
1994	12,00%	Para los pensionados: hasta el 31-DIC/81	1994	
1994	7,00%	Desde el 1-ENERO/82 hasta el 31-DIC/81	1994	
1995	22,59%		1995	118.933,50
1995	4,00%	Para los pensionados: hasta el 31-DIC/81	1995	
1996	19,46%	MAS AJUSTE 50 CENTAVOS PARA REDONDEAR	1996	
1997	21,64%		1997	172.005,00
1998	17,68%		1998	203.826,00
1999	16,70%		1999	
2000	9,23%		2000	260.100,00
2001	8,75%		2001	286.000,00
2002	7,65%		2002	309.000,00

De lo anterior, se desprende que la demandada con sustento en la Ley 100 de 1.993, aplicó sobre la pensión de invalidez que disfruta el actor, reajustes consistentes en: para el año 1993: 25,03451%, año 1.994: 21,09% año 1.995: 22,59%, año 1996: 19.45%, año 1997: 21,64%, año 1.998: 17.68%, año 1999: 16,70%, año 2.000. 9.23%, año 2.001:8.75%, año 2.002: 7.65%, año 2.003: 6,99%, año 2.004: 5,49%, año 2.005: 5,50%, año 2.006: 485%, año 2.007: 4,48%, año 2.008. 5,69%, año 2.009: 7,67% y año 2.010: 2%, incrementos que, además, acepta el demandante han sido realizados, empero, pretende los previstos en la Ley 6ª de 1992 y Decreto 2108 de la misma anualidad, siendo inaplicable al caso bajo estudio.

Por lo expuesto en precedencia, concluye la Sala que la norma es clara frente a la clase de pensión a la cual se deben hacer los reajustes aquí anhelados, acogiendo los argumentos expuestos por la Juez de Primer Grado, dado que

la pensión reconocida al demandante es una pensión de invalidez según se desprende de la Resolución No. 0913 del 28 de octubre de 1985 (no de jubilación), no cumpliéndose así las exigencias legales que darían acceso al derecho que se reclama en esta litis, razón suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia.

En los términos anteriores, se agota la competencia de ésta Corporación, por las razones expuestas.

SIN COSTAS en ésta instancia.

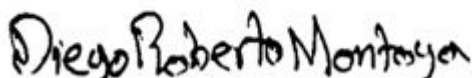
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

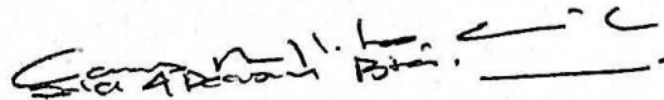
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

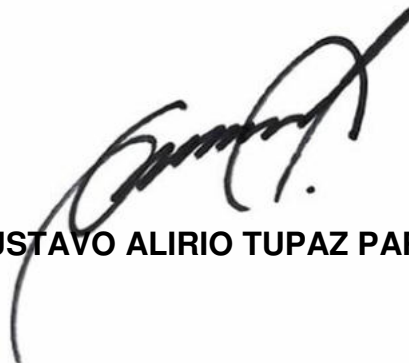
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



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 ISMAEL BELLO
PACHÓN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 41 2021 00210 01)**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de abril 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 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 41 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 1º de febrero del 2023 (*Audiencia virtual, archivo 33.GrabacionAudiencia del expediente digital, récord: 44:30*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por ISMAEL BELLO PACHÓN del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. para que dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de la providencia 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 realizarse la transferencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.

CUARTO: 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 la demandada PORVENIR S.A. y a favor del demandante en la suma de \$1.160.000.

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 solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, señalando¹, de conformidad con las legislaciones actuales de Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, se debe tener en cuenta la libre escogencia por parte de los afiliados para realizar los aportes, evidenciándose dentro del presente proceso el demandante realizó el traslado hacia el RAIS (Porvenir) para el año 1996, por lo cual pretende se le reconozca una pensión por la entidad sin tener en cuenta que no realizó un traslado en debida forma, cumpliendo 52 años de edad para el año de 2011 y teniendo en cuenta que su actual fondo de pensiones Porvenir no le informó en debida forma cómo debía hacerlo ni sobre la prohibición legal en la cual iba a entrar. Agregó, la entidad no intervino en los negocios y los contratos que suscribió el aquí demandante a lo largo del tiempo.

Por su parte, la demandada PORVENIR manifestó², no compartir los efectos jurídicos que se le dio a la ineficacia declarada con respecto a la devolución de

¹ **Apoderado Colpensiones (50:57):** *“Su señoría muchas gracias, dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación conforme a los siguientes argumentos, en su mayoría expuestos dentro de los alegatos de conclusión.*

Como se indicó, como tal dentro de los mismos se tiene en cuenta como tal que de conformidad con las legislaciones actuales de Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, se tiene en cuenta como tal una libre escogencia por parte de los afiliados para realizar como tal los aportes a los cuáles van a ser parte, teniendo en cuenta esta consideración se evidencia como tal que dentro del presente proceso el demandante realizó como tal un traslado hacia el régimen del RAIS a Porvenir para el año 1996, por lo cual pretende como tal que se le reconozca una pensión en mi actual fondo y mi actual representada, bajo Colpensiones administrando el régimen del RPM, pero no tiene en cuenta cómo tal las consideraciones que ya se han indicado como lo es que no realizó como tal un traslado en debida forma, cumpliéndose los 52 años de edad, esto es para el año de 2011, cuando el aquí demandante cumple esa edad y teniendo en cuenta como tal asimismo que su actual fondo administradora de fondo de pensiones Porvenir no le informó en debida forma cómo debía hacerlo para este año sobre la prohibición legal en la cual iba a entrar, téngase en cuenta como tal esto para evidenciar como tal que nada ha tenido que ver mi representada dentro de los negocios y los contratos que ha realizado como tal el aquí demandante a lo largo del tiempo y por tanto solicito respetuosamente al Tribunal Superior en la Sala Laboral de Bogotá como tal revertir el presente fallo y a lo cual absolver a mi representada de las pretensiones que está teniendo como tal el demandante en esta instancia, muchas gracias.”.

² **Apoderado Porvenir (46:13):** *” Sí, muchísimas gracias señoría, me permito interponer recurso de apelación parcial en contra de la sentencia, del numeral segundo de la sentencia que acaba de ser proferida con base en los siguientes argumentos:*

Honorable Tribunal Superior de Bogotá no comparte mi representada los efectos jurídicos que se le dio a la ineficacia declarada con respecto a la devolución de sumas como gastos de administración y comisiones debidamente indexadas, ordenadas en el numeral segundo de la parte resolutive del fallo, en primer lugar, pues la condena impuesta relativo al pago de sumas ordenadas a devolver de manera indexada resulta improcedente, toda vez que es incompatible con los rendimientos financieros que también se están ordenando devolver, teniendo en cuenta que se está condenando a mi representada dos veces por el mismo rubro, la sentencia SL 9316 de fecha del 29 de junio del 2016, precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la evaluación de la misma por el transcurso 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 la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de los afiliados, resulta incompatible ordenar indexación, toda vez que los recursos de la cuenta ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por las condiciones inflacionarias y por el contrario han generado unos rendimientos financieros que inclusive exceden los mínimos establecidos por la ley.

sumas como gastos de administración y comisiones debidamente indexadas, ordenadas en el numeral 2º de la parte resolutive del fallo, en primer lugar, porque la condena impuesta relativa a la indexación resulta improcedente, toda vez que es incompatible con los rendimientos financieros que también se están ordenando devolver, teniendo en cuenta que se está condenando dos veces por el mismo rubro. Narró, la sentencia SL 9316 de fecha del 29 de junio del 2016, precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la evaluación de la misma por el transcurso 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 la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de los afiliados, resulta incompatible ordenar la indexación, toda vez que los recursos de la cuenta ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por las condiciones inflacionarias y por el contrario han generado unos rendimientos financieros que inclusive exceden los mínimos establecidos por la ley.

En ese sentido, arguyó, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas Sala Laboral dentro del proceso ordinario No. 2021-111, indicó: *“sobre el particular se considera que le asiste razón al apelante, ya que en este caso como lo refiere, se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro este que incluyen los frutos e intereses que se surtieron 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 ese punto la jurisprudencia laboral ha señalado que la administradora tiene el*

En ese sentido, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas Sala Laboral dentro del proceso ordinario 2021-111, donde funge como demandante 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 lo refiere, se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro este que incluyen los frutos e intereses que se surtieron 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 ese 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, 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, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali en providencia del 31 octubre 2022 dentro del proceso ordinario 015 2021 00489, indicó 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 revocara dicha determinación y en su lugar se ordena devolver todas las sumas junto con sus rendimientos”, cierro comillas y en ese mismo sentido también se puede consultar la providencia del Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, dentro del proceso ordinario 012 2020 00135 proferida el 26 de enero del 2023, en esos términos dejo sustentado mi recurso de apelación parcial, no sin antes solicitar al Honorable Tribunal Superior de Bogotá que revoque parcialmente el numeral segundo de la parte resolutive, para en su lugar establecer que la devolución de los recursos debe realizarse sin indexación alguna, muchísimas (...)

(...) Sí, la parte final es simplemente dejar sustentado el recurso de apelación, pues solicitándole al Honorable Tribunal Superior de Bogotá que revoque parcialmente el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, para en su lugar ordenar que la devolución de los recursos debe hacerse sin indexación, muchísimas gracias.”.

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 lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado.”.

Asimismo adicionó, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali en providencia del 31 de octubre 2022 dentro del proceso ordinario No. 015 2021 00489, indicó *“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 revocara dicha determinación y en su lugar se ordena devolver todas las sumas junto con sus rendimientos”.* También mencionó el contenido de las providencias del Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, dentro del proceso ordinario 012 2020 00135 proferida el 26 de enero del 2023.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Página 7, archivo 1 Expediente Digitalizado*), 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 vinculación al Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR S.A., como consecuencia de ello, se declare que esta AFP debe asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez del actor ISMAEL BELLO PACHON, por los gastos de administración que hubiere incurrido, se declare que PORVENIR S.A. debe trasladar al Régimen de Prima Media los valores de la cuenta de ahorro individual del actor ISMAEL BELLO PACHON, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado, consecuente con esto, se condene a PORVENIR S.A., a asumir con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez del actor ISMAEL BELLO PACHON, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, a trasladar al RPM, los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado y pago de costas del

proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado por ISMAEL BELLO PACHÓN del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, se ordenó a la AFP PORVENIR S.A. que dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de la providencia traslade a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia, se ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor, se declararon no probadas las excepciones propuestas y se condenó en costas a PORVENIR.

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, se tiene como fecha de nacimiento del actor el 07 de septiembre de 1959 (*Conforme se registra en la cédula de ciudadanía Página 14, Archivo 01 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 la petición elevada ante COLPENSIONES el 05 de junio de 2019 (*páginas 1 a 6, expediente administrativo, archivo 19*), 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 208,86 semanas cotizadas al sistema que (*Historia Laboral aportada por Colpensiones Archivo 18 expediente digital páginas 121 a 122*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia

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”.

C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como bien lo señala Colpensiones en su apelación.

Ver Imagen:

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
1725	246.43	0	0.00	263	37.57	2710	387.14	0	0.00	339	48.43
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 1462		SEMANAS: 208.86		DIAS: 2371		SEMANAS: 338.71					
El número de semanas se calculó con días calendario											

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, tuvo como fecha de efectividad **1º de agosto de 1996** (Ver Páginas 78 y 80, archivo 18 del expediente digital) por afiliación que hiciera a AFP PORVENIR, según se desprende del formulario de afiliación y reporte SIAFP, imponiéndosele entonces a la AFP la obligación de acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y 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 respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

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

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

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

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

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

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

consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“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.

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 las asesoras le informaron que el fondo Porvenir tenía mayor liquidez, además, que podría pensionarse a una edad menor a la establecida en la ley, y que sus aportes

⁶ **Interrogatorio Demandante, récord 07:50:** “Yo era profesional en 1996, laboraba en la empresa Aguas Ltda. como Ingeniero de Sistemas, ese día estaba laborando y nos llamaron en una sala que tiene la empresa, llegaron unas niñas a darnos información sobre Porvenir y hablaron de la empresa e informaron que Porvenir era la empresa que más rentaba, que como el ISS se iba acabar podíamos tener una mejor pensión en el futuro, una vez ellas terminaron de hacer eso, ellas mismas nos tomaron los datos y llenaron esos formularios, ellas preguntaban y uno contestaba, yo no tenía conocimiento de este tema porque era sorpresa cuando ellas llegaron, ellas hablaron de Porvenir y sus características por ser una empresa grande y solida como 10 o 15 minutos, ellas no informaron de la edad y semanas, ellas al final hablaron de las características que si o me pensionaba en esa empresa era por edad y semanas, no explicaron para donde iba la pensión, ellas dijeron que si la empresa daba utilidades eso nos ayudaba, no indicaron sobre aportes voluntarios a pensión, yo fui a Porvenir y me dijeron que si quería mejorar mi pensión podía abonar, que podía hacerlo con los ahorros y utilidades, en caso de fallecimiento me dijeron que el capital pasaría a mis hijos y señora, ellos dijeron que como ya había firmado el formato iba a pedir el dinero cotizado, hago cotización a pensión, no he solicitado la pensión a Porvenir, Porvenir envía los extractos, no la entiendo toda hay datos que no se entienden, Porvenir no me explicó si podía regresarme ni retracto, me quiero regresar porque he hablado con compañeros de trabajo y sabemos que Porvenir no cumple, yo quiero tener una pensión que sea decente, es 1 smmlv y me da tristeza esa situación”.

tendrían mayor estabilidad dada la liquidación en su momento del ISS, sumado a los rendimientos que se generaría, pero de manera alguna le indicaron sobre las modalidades pensionales en el RAIS, requisitos para pensionarse anticipadamente, entre otros aspectos, situación que en manera alguna da a entender que el actor conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado.

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (**solicitud efectuada el 07 de junio de 1996, efectiva el 1º de agosto de 1996**), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

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

administración y comisiones, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse, ésta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior PORVENIR S.A. también deberá retornar 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, por el tiempo en que el demandante estuvo 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.**”*

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

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

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

“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)*

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 propuesta por COLPENSIONES⁹ (Página 23 a 24, archivo 19 expediente digital), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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 numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR 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.

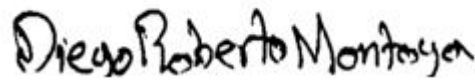
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

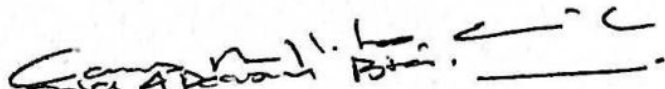
⁹ Se tuvo por contestada la reforma a la demanda en auto del 20 de octubre de 2021, archivo 19 expediente digital.

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