

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MERCEDES ROMERO
BRAVO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 10 2021 00594 01).

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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 1º de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1º de febrero del 2024 (*Audio Archivo 18 expediente digital, récord: 1:08:01*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN y en consecuencia se absuelve a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES- de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas por la señora MERCEDES ROMERO BRAVO, de conformidad a la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: SE CONDENA en costas a la parte demandante, tásense, inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$500.000.

TERCERO: en caso de no ser apelada la sentencia, súrtase el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad al art 69 del C.P.L. Y SS”.

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación¹, solicitando la revocatoria de la sentencia, soportando tal anhelo en que

¹ **Recurso de Apelación Parte Demandante, récord 1:08:48, archivo 18:** “Señora juez, muchas gracias por darme la palabra. De manera respetuosa y apartándome de la sesión adoptada por su despacho, me permito interponer recurso de apelación respecto a la decisión tomada para que el Tribunal se sirva a dictar sentencia en segunda instancia. Señora juez solicitó al Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá

la señora Mercedes Romero manifestó que convivió por más de 5 años de manera interrumpida con el señor Pedro Avellaneda al igual que la señora Concepción Rodríguez, madre del señor Pedro Avellaneda, quién expuso que el *de cujus* sostenía a la actora y convivían los dos junto con su hija María Fernanda.

Agregó, el testigo Arnulfo Arias afirmó que conoció a la pareja, que efectivamente Pedro Avellaneda era la persona que vivía con la demandante, conociéndolos más o menos desde el 2009, siendo una convivencia superior a 5 años, concordando ello con la declaración de la señora Paola Pérez y existiendo concordancia en cuanto al tiempo de convivencia y la fecha del fallecimiento del señor Pedro Avellaneda.

Estimó, los testimonios manifestaron de manera constante y unísona que al momento del fallecimiento del señor Pedro Avellaneda había convivido por más de 5 años con la señora Mercedes Romero Bravo, si bien, la actora confesó ante el despacho que hubo una separación, también se evidenció que convivió durante los últimos 10 años antes del fallecimiento del señor Pedro Avellaneda.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MERCEDES ROMERO BRAVO, las pretensiones que relacionó en la demanda (Archivo 01 expediente digital,

Sala laboral se sirva revocar la sentencia aquí emitida y en consecuencia se remita y se conceda la pensión aquí reclamada bajo los siguientes presupuestos probatorios que me permito argumentar.

La señora Mercedes manifestó que convivió por más de 5 años de manera interrumpida con el señor Pedro, igual la señora Concepción, madre del señor Pedro, manifestó que Pedro mantenía, sostenía y convivía con su señora esposa Mercedes Romero Bravo y su hija María Fernanda. De igual manera manifestaron los testimonios del señor Arnulfo que los conocía, que efectivamente Pedro era la persona que vivía con ellas, que los conocía a partir, más o menos del 2009, una convivencia superior a más de 5 años señora juez. En ese orden de ideas se evidencia, lo mismo manifestó la señora Paola, hay una concordancia en cuanto al tiempo de la convivencia y justamente a la fecha del fallecimiento del señor Pedro.

Los testimonios manifestaron de manera constante y unísona que todos eran, que el momento del fallecimiento él era el que convivía por más de 5 años con la señora Mercedes Romero Bravo, igual ella, en confesión, manifestó ante su despacho dicha situación, que sí, que hubo un momento, una separación, como bien lo argumento su despacho en la consideración, también se evidenció que ella misma confesó que convivió durante los últimos 10 años antes del fallecimiento del señor Pedro. En ese orden de ideas, señora juez y de manera respetuosa, interpongo al recurso de apelación para que Honorable Tribunal del Distrito Judicial Sala Laboral haga su correspondiente sentencia. Muchas gracias, señora juez, y que tenga un excelente día."

páginas 1 y 2), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados en las páginas 2 y 3 del mismo archivo, solicitando:

Declaraciones

1.-Que se declare que la señora Mercedes Romero Bravo tiene derecho a percibir la sustitución pensional del causante Pedro Avellaneda Rodríguez (Q.E.P.D), según lo dispuesto en el literal A del artículo 46 de la ley 100 de 1993, modificada por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, como también la sentencia SL1727-2020, radicación n.º 53547, acta 009 del diecisiete (17) de marzo dos mil veinte (2020).

Condenas

2.-Que se condene al Administradora Colombiana de Pensiones a reconocer, liquidar y pagar a Mercedes Romero Bravo, la sustitución pensional solicitada en forma vitalicia.

3.- Que se condene al Administradora Colombiana de Pensiones a reconocer, liquidar y pagar a Mercedes Romero Bravo las mesadas pensionales causadas y dejadas de percibir desde la fecha de fallecimiento del causante, esto es, desde el 17 de Abril de 2021, y hasta que las mismas sean reconocidas en nómina de pensionados.

4.- Que se condene al Administradora Colombiana de Pensiones a reconocer, liquidar y pagar a Mercedes Romero Bravo, las mesadas adicionales (primas de mitad de año y navidad) causadas y dejadas de percibir desde la fecha de fallecimiento del causante, esto es, desde el 17 de Abril de 2021 y hasta que la pensión sea reconocida en nómina de pensionados.

5.- Que se condene al Administradora Colombiana de Pensiones a reconocer, liquidar y pagar a Mercedes Romero Bravo los reajustes anuales sobre la pensión reconocida

correspondiente a los años 2021 y los que se causen hasta la fecha de inclusión en nómina de pensionados.

6.- Que se condene al Administradora Colombiana de Pensiones a reconocer, liquidar y pagar a Mercedes Romero Bravo los intereses moratorios conforme lo ordena el artículo 141 de la ley 100 de 1993 respecto de todas y cada una de las mesadas causadas y no canceladas desde la fecha de causación de cada mesada y hasta que las mismas sean canceladas en nómina de pensionados.

7.- En caso de oposición de la demandada se le condene al pago de los gastos procesales y agencias en derecho.

8.- las demás declaraciones y condenas extra y ultra petita.

Obteniendo sentencia parcialmente desfavorable a sus aspiraciones por cuanto se declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación y en consecuencia se absolvió a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES- de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas por la señora MERCEDES ROMERO BRAVO y se impartió condena en costas. Lo anterior tras considerar la *a quo*, la demandante no acreditó la convivencia con el afiliado al momento en los 5 años anteriores a su deceso, aclarando, que acoge la postura de los últimos 5 años atendiendo el desfinanciamiento del sistema.

Así las cosas, atendiendo los argumentos del recurso de apelación interpuesto por el extremo activo el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar si procede o no el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la accionante por el deceso del afiliado PEDRO AVELLANEDA RODRÍGUEZ (q.e.p.d.).

Previo a dilucidar el debate planteado, es menester precisar, no es objeto del litigio:

- 1) Que el señor PEDRO AVELLANEDA RODRÍGUEZ (q.e.p.d.), falleció el **17 de abril de 2021**, conforme se señala en el registro civil de defunción (pág. 02 del archivo 16 expediente digital).
- 2) Al parecer el causante y la demandante procrearon una hija de nombre María Fernanda Avellaneda Romero, quien nació el 29 de octubre de 2001, sin embargo, no se acreditó dicha situación, así como no fue objeto de debate en esta litis.
- 3) COLPENSIONES a través de la Resolución SUB No.159788 del 08 de julio de 2021, confirmada mediante Resolución SUB No. 216196 del 06 de septiembre de 2021 - páginas 52 a 75, archivo 159, negó la pensión de sobrevivientes a la accionante.

Así las cosas y para resolver el presente asunto, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante (17 de abril de 2021) 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 1993², era de 5 años, independientemente de que el causante de la prestación fuera un afiliado o pensionado, **tal criterio fue revaluado** por esa Corporación, señalando que la lectura de la precitada disposición (literal a) del art.13 de la L. 100 de 1993 advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado, enfatizando, *“una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador”*, **bastando la demostración de la calidad invocada -cónyuge o compañero (a) permanente- del afiliado fallecido**, postura además consignada, entre otras por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL- 2820 del 16 de junio del 2021, radicación 73255, en los siguientes términos:

“En torno a dicha exigencia, esta Sala de la Corte de manera reiterada había sostenido efectivamente la tesis expuesta por el Tribunal, esto es que, sin importar de que se tratara de la muerte de un afiliado o de un pensionado, para que la compañera(o) permanente fuera beneficiaria(o) de la pensión de sobrevivientes, era necesario que acreditara 5 años de convivencia con su pareja con anterioridad a la fecha del deceso (...).

No obstante, lo anterior, dicha posición fue reevaluada para señalar que de la redacción del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no era posible inferir que en tratándose de la muerte de un afiliado, el legislador hubiese querido exigir un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, **de manera que ese interregno temporal solamente resultaba necesario acreditarse en aquellos casos en que el deceso ocurría en cabeza de un pensionado**. Así por ejemplo, en la sentencia CSJ SL1905-2021, en torno a la citada norma se sostuvo:

[...] En síntesis, pueden extraerse dos reglas [...] que fijan el alcance y la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003: i) La pensión de sobrevivientes en materia de afiliados al sistema de seguridad social, no exige un tiempo mínimo de convivencia para acreditarse como beneficiarios la cónyuge o la compañera permanente y, ii) No existe un trato diferenciado para la aplicación de la regla anterior, es decir, no importa la forma en la que se constituya el 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

² **“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Artículo modificado por el artículo [12](#) de la Ley 797 de 2003. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

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

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

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte²; (...)

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”. (Negritas y subrayas fuera de texto)

Igualmente, 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.*

Y 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 MERCEDES ROMERO BRAVO nació el 29 de noviembre de 1980 (*conforme se extrae de la copia de su cédula de ciudadanía – archivo 01 páginas 42 y 43*), por lo que a la fecha de

fallecimiento del causante (17/04/2021) contaba con 40 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 obran las siguientes documentales:

- Declaración extra proceso rendida por AMANDA MONTOYA RESTREPO, y ARNULFO ARIAS RAMIREZ, el 13 de mayo de 2021 ante la Notaria 73 del Circulo de Bogotá en donde señalan (Archivo 15 expediente digital pág.30):

NOTARIA 73 DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ D.C.
DRA. VICTORIA BERNAL TRUJILLO

ACTA DE DECLARACIÓN JURAMENTADA N° 1826

El 13 de MAYO de 2021, yo AMANDA MONTOYA RESTREPO, y ARNULFO ARIAS RAMIREZ, mayor de edad, identificado(a) con la CC 34.594.367 DE SANTANDER DE QUILICHAO, y CC 79.120.407 DE BOGOTÁ de estado civil Solteros sin unión marital de hecho. Comparezco (cegos) ante el(la) Notario(a) Setenta y Tres (73) (E), del círculo de Bogotá Doctor(a) HECTOR FABIO CORTES DIAZ, con el propósito de suscribir la presente acta extraprocesal de conformidad con el artículo 1 del Decreto 1557 del 14 de Julio de 1989 dejando en constancia lo siguiente: Que estoy en mi entero y cabal juicio para hacer estas manifestaciones, de acuerdo con el Código General del Proceso.

PRIMERO: Que todas las declaraciones aquí rendidas las hago (cegos) bajo la gravedad de juramento y no tengo (nemos) ningún impedimento para rendirlas ni para suscribir esta acta y a sabiendas de las implicaciones legales que acarrea jurar en falso.

SEGUNDO: Que estoy(amos) física y mentalmente capacitado (a,s) para rendir esta declaración la cual es cierta.

TERCERO: Manifiesto(amos) bajo la gravedad de juramento y a sabiendas de las sanciones penales que acarrea el perjurio que conozco de vista, trato y comunicación desde hace más de doce (12) años a el(la) señor(a) **MERCEDES ROMERO BRAVO**, identificado(a) con la cédula de ciudadanía No.52.516.943 DE BOGOTÁ y por ese conocimiento personal y directo sabemos que convivía en unión marital de hecho el día primero (01) de enero del años dos mil quince (2015), nos consta que convivió de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa hasta el día 17 de abril de 2021 con el(la) señor(a) PEDRO AVELLANEDA RODRIGUEZ (q.e.p.d.), quien en vida se identifico con la cédula de ciudadanía No.79962198, el(la) cual falleció el día 17 de abril de 2021; de cuya unión procrearon una (1) hijo(a,s) de nombre(s) MARIA FERNANDA AVELLANEDA ROMERO, de 19 años de edad, identificada con cédula de ciudadanía 1193101052, que desconocemos la existencia de más hijos legítimos, extramatrimoniales, o adoptivos, reconocidos o por reconocer, no hay ningún hijo con discapacidad ni enfermedad; que por este conocimiento se que el(la) señor(a) **MERCEDES ROMERO BRAVO**, tenía una dependencia económicamente compartida con su compañero y convivieron juntos hasta la fecha de su fallecimiento; por tal razón no conozco persona alguna con igual o mejor derecho a reclamar.

Con destino a **PARA LOS FINES LEGALES PERTINENTES. COLPENSIONES.**

TARIFA: 13.800 IVA 2.622 TOTAL: 16422

Para constancia de lo anterior firmo en la ciudad de Bogotá, D.C el día 13 de MAYO de 2021.

EL(LA, LOS) DECLARANTE(S),

- Declaración extra proceso rendida por la demandante el 13 de mayo de 2021 ante la Notaria 73 del Círculo de Bogotá en donde señalan (Archivo 15 expediente digital pág. 29):

NOTARIA 73 DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ D.C.
DRA. VICTORIA BERNAL TRUJILLO

WLS

ACTA DE DECLARACIÓN JURAMENTADA N° 1825

El 13 de MAYO de 2021, yo MERCEDES ROMERO BRAVO, mayor de edad, identificado(a) con la CC 52.516.943 DE BOGOTÁ, de estado civil Soltera y profesión u ocupación actual independiente. Comparezco(emos) ante el(la) Notario(a) Setenta y Tres (73)(E), del círculo de Bogotá Doctor(a) HECTOR FABIO CORTES DIAZ, con el propósito de suscribir la presente acta extraprocesal de conformidad con el artículo 1 del Decreto 1557 del 14 de Julio de 1989 dejando en constancia lo siguiente: Que estoy en mi entero y cabal juicio para hacer estas manifestaciones, de acuerdo con el Código General del Proceso.

PRIMERO: Que todas las declaraciones aquí rendidas las hago (emos) bajo la gravedad de juramento y no tengo (nemos) ningún impedimento para rendirlas ni para suscribir esta acta y a sabiendas de las implicaciones legales que acarrea jurar en falso.

SEGUNDO: Que estoy(amos) física y mentalmente capacitado (a,s) para rendir esta declaración la cual es cierta.

TERCERO: Manifiesto(amos) bajo la gravedad de juramento y a sabiendas de las sanciones penales que acarrea el perjurio que convivi en unión marital de hecho, de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa desde 01 de enero de 2015 hasta el día 17 abril de 2021, con el(la) señor(a) PEDRO AVELLANEDA RODRIGUEZ (q.e.p.d.), quien en vida se identifico con la cédula de ciudadanía No.79962198 , el(la) cual falleció el día 17 de abril de 2021; de cuya unión procreamos una hijo(a,s) de nombre(s) MARIA FERNANDA AVELLANEDA ROMERO de 19 años de edad, identificada con cédula de ciudadanía 1193101052, que mi compañero no procreo más hijos legítimos, extramatrimoniales, ni adoptivos, reconocidos ni por reconocer, no hay ningún hijo con discapacidad ni enfermedad. De igual manera manifiesto que nuestra dependencia económicamente con mi compañero era compartida y convivimos juntos hasta la fecha de su fallecimiento.

Con destino a PARA LOS FINES LEGALES PERTINENTES. COLPENSIONES

TARIFA: 13.800 IVA 2.622 TOTAL: 16422

Para constancia de lo anterior firmo en la ciudad de Bogotá, D.C el día 13 de MAYO de 2021.

EL(LA, LOS) DECLARANTE(S),


MERCEDES ROMERO BRAVO
CC 52.516.943 DE BOGOTÁ
DIRECCIÓN CL 6 A 94 A 26 INT 1 APT 202
TELÉFONO 3115580492



- Declaración extra proceso rendida por la señora CONCEPCIÓN RODRIGUEZ PACHÓN, el 22 de enero de 2021 ante la Notaria Única del Círculo de La Mesa en donde señalan (Archivo 15 expediente digital pág.32):

REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA

NOTARIA ÚNICA DEL CÍRCULO DE LA MESA
DR. ALBERTO HERNANDO BASTO PEÑUELA
NOMBRADO POR CONCURSO DE MÉRITOS



DECLARACIÓN No. 788-2021
CON FUNDAMENTO EN LO PRECEPTUADO EN EL DECRETO 1557 DEL 14 JULIO DE 1989.

En el Municipio de La Mesa, Departamento de Cundinamarca, República de Colombia a los 19 de Julio de 2021, ANTE LA NOTARIA ÚNICA, DEL CÍRCULO DE LA MESA CUND., DE LA CUAL ES ALBERTO HERNANDO BASTO PEÑUELA, NOTARIO UNICO DEL CÍRCULO DE LA MESA CUND., NOMBRADO POR CONCURSO DE MERITOS.

Compareció: CONCEPCION RODRIGUEZ PACHON, mayor de edad, vecina y residente en LA MESA, de estado civil Soltero(a) sin Unión Marital de Hecho, identificado (a) con C.C. 41.614.307, de ocupación PENSIONADA. Manifestó, BAJO LA GRAVEDAD DEL JURAMENTO. SEGÚN EL C.P ART. 442.

PRIMERO: Que sus datos personales e identificación son como quedaron anotados anteriormente.

SEGUNDO: Que es hábil para declarar y no tiene impedimento alguno para ello.

TERCERA: Manifiesta la declarante: que conoce de trato, vista y comunicación, en condición de suegra, desde hace veinte tres (23) años a la señora MERCEDES ROMERO BRAVO, mayor de edad, vecino(a) y residente en Bogotá D.C. de estado civil Viuda(a) identificado(a) con cedula de ciudadanía número 52.516.943 de ocupación comerciante que sabe y le consta, que la señora MERCEDES ROMERO BRAVO convivió como familia permanente desde el primero de enero del año dos mil quince (2015) de manera ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa con el señor PEDRO AVELLANEDA RODRIGUEZ (Q.E.P.D) quien en vida se identificó con cedula de ciudadanía No. 79.962.198, hasta el día del fallecimiento en Soacha Cundinamarca, a los diecisiete (17) días del mes de abril del año dos mil veintiuno (2021), de su unión procrearon un hijo que responde al nombre de MARIA FERNANDA AVELLANEDA ROMERO identificada con C.C No. 1.193.101.052, que residían en la ciudad de Bogotá D.C en la calle 6ª a No. 94 a - 26 interior 1 apartamento 202, ciudad Tintal 2 etapa 1, que la señora MERCEDES ROMERO BRAVO es la única con derecho a reclamar cualquier pertenencia que le corresponda o pueda corresponder a su compañero el señor PEDRO AVELLANEDA RODRIGUEZ (Q.E.P.D).

PARÁGRAFO: Que hace esta Declaración para los fines legales pertinentes ante las entidades correspondientes.

LEIDO ESTE DOCUMENTO POR EL DECLARANTE Y VERIFICADO DE CIUDADANÍA, DECLARA QUE TODA INFORMACIÓN ES CORRECTA Y CUALQUIER INEXACTITUD.

Se suscribe la presente acta por el declarante y la encargada de la Notaria.

TARIFA: \$13.800 IVA \$2.622 Total: 16.422 Resolución 00536 del 22 de enero de 2021.

EL DECLARANTE,

Frente a las declaraciones extra juicio desde ya se debe advertir la Sala tales manifestaciones no pueden tenerse en cuenta, en primer lugar porque frente a la de la demandante sabido es que nadie puede fabricar su propia prueba y respecto de la rendida por AMANDA MONTOYA RESTREPO y ARNULFO ARIAS RAMIREZ, nada señalan sobre la convivencia de la pareja, además sus declaraciones no dan la razón de la ciencia de su dicho, pues ni tan siquiera narran las circunstancias de tiempo, modo y lugar del conocimiento que tiene sobre la relación de la señora MERCEDES ROMERO BRAVO y el causante PEDRO AVELLANEDA RODRÍGUEZ (q.e.p.d.), y por ende nada refieren sobre el punto objeto de estudio en esta instancia, esto es, la convivencia de la actora con el de cujus para el momento de su deceso -17/04/2021-, siendo precarias tales manifestaciones para el punto objeto aquí de estudio.

Esto, aunado al testimonio rendido por el señor **ARNULFO ARIAS RAMÍREZ** (récord 1:00:53, archivo 17) ya que manifestó: *“Vivo en Tintal, no tengo vínculo con Mercedes Romero, ni con Colpensiones, declaro por una reclamación que está haciendo la señora Mercedes ante Colpensiones por pensión, conocí a Pedro hace 15 o 16 años, desde el 2009 para acá, Pedro falleció en abril de 2021 por Covid, él falleció en la casa de la mami o madre en Soacha, él convivía con Mercedes Romero, eso fue desde el 2019 cuando llegamos a vivir aquí en el Conjunto donde vivieron ellos y vivo yo, yo vivo en el Tintal, ellos tuvieron a María Fernanda, ella tiene como 21 años, él era Escolta, no sé dónde trabajaba, yo los visitaba cada 8 o 15 días, somos vecinos, ellos no se separaron, siempre estaban juntos, por Covid Pedro no tuvo funeral, Mercedes tenía su oficina en su casa y tenía un negocio de venta de productos cosméticos, nunca se separaron, siempre los veía juntos, el responsable del hogar era Pedro, lo sé porque íbamos a mericar con mi señora y pagar los servicios, por eso sé que sostenía el hogar, ellos viven en la Torre 1, apto 202, consta de 2 alcobas, baño y cocina, ella era dedicada al hogar al igual que Pedro, no tenía conocimiento que recibiera otro ingreso, Pedro trabajaba como independiente, llegamos al Conjunto al mismo tiempo, somos vecinos de torres, no sé en qué año él comenzó a trabajar como Escolta, el tiempo no lo sé, él estaba en Soacha porque llegó a visitarla y no quería llegar donde su señora e hija y llegó donde su madre, él llegaba de viaje y llegaba donde la mamá, él viajaba por el trabajo de Escolta con sus jefes”.*

Igualmente, compareció la señora **CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ PACHÓN** (récord 00:33:37. archivo 17), quien afirmó: *“Nací en Bogotá, soy divorciada hace 4 años, Mercedes es mi nuera porque es la esposa de mi hijo Pedro Avellaneda, trabajo y*

soy pensionada de Colpensiones, soy la mamá de Pedro Avellaneda, yo conocí a Mercedes hace unos 30 años porque trabajó con mi hijo, ellos ahí se hicieron pareja, yo trabajaba en hoteles y ella estaba ahí, era Edificio Darly, ellos se conocieron y ella tenía como 19 años, eso fue hace como 25 o 30 años, eso fue como en el 97 o 98, ellos ella quedó en embarazo y se fueron a vivir los dos, eso fue como a los 22 o 23 años, porque la niña ya tiene 23 años, ellos no se separaron, siempre vivieron los dos, no sé si se separaron, tenían problemas de pareja, primero estuvieron en Fátima, luego un barrio en el Tintal porque tiene el apartamento, yo vivo en Venecia - Cundinamarca, para la fecha en que murió mi hijo yo vivía en Bogotá, unas vacaciones me fui para la Mesa, en el 2021 no recuerdo dar dado entrevista en Colpensiones, mi hijo murió en mi apartamento, él llegó allá porque le dio Covid, no llegó donde ellas porque como tenía Covid y estaba solo no quería afectarlas a ellas, él le pagaba todo a ella y a la niña, él era guarda espaldas, trabajaba en Villa Yury, ella estando con Pedro no trabajó, ellos vivían en el Tintal al lado de la Cali, vivían los 3. Mercedes. María Fernanda y Pedro, que yo sepa ellos no se separaron, los gastos del apartamento los asumía él, él pagaba todo, me consta porque yo iba donde ellos a visitarlos, los veía hace mercado, el apartamento de 3 alcobas, sala comedor y cocina, él no lo tenía arrendado, ella no tenía negocios ni nada, Pedro no estuvo en ninguna relación, él cuidaba mucho a su hija y su esposa, vivían los 3, las exequias de mi hijo no tuvo, lo llevaron a Girardot para la cremación por el Covid, no tuvo velorio, nos entregaron las cenizas y le hicimos una misa, ahí estuvimos todos, no recuerdo el año en que se fueron a vivir juntos”.

Finalmente, declaró la señora **YULI PAOLA PÉREZ ULLOA** (récord 1:21:16, archivo 17), quién relató: “Vivo en unión libre en ciudad Tintal en el apto 304, declaró por la pensión del señor Pedro, conocí a los dos en el 2012 cuando llegué al Conjunto, eso fue hace 10 años, ellos eran esposos, tuvieron una niña María Fernanda Avellaneda, él murió en abril de 2021 por Covid, estaba en la casa de acá del conjunto, él era Escolta, yo vivo en el tercer piso y Mercedes e el segundo, nos reuníamos en fechas especiales como cumpleaños, no asistí al funeral de Pedro, Mercedes no tenía negocio que yo sepa, no supe de separaciones, ellos vivían los 3 en la casa, en el 2021 no sé cuál era la edad de la hija María Fernanda, se lleva 3 años con mi hija, más o menos tenía 14 o 13, no sé lleva mucho con mi hija menor, don Pedro era el que trabajaba, eso lo sé por las conversaciones que teníamos con Mercedes, no les conocí otra pareja, no tenían arrendado el apartamento vivían ellos, tiene 3 habitaciones, el baño, comedor , cocina y sala, yo veía a Pedro esporádicamente los fines de semana o nos

encontrábamos saliendo, en almuerzos y reuniones, no recuerdo si dejó de vivir, solo cuando él se enfermó, él viajaba por el trabajo de manera frecuente”.

Por otro lado obra el interrogatorio de la accionante, en donde manifestó (récord: 00:07:29, archivo 17): *“No me casé, soy soltera, trabajo en oficios varios en Estados Unidos, conocí al señor Rodríguez en mi sitio de trabajo en una compañía de hoteles hace muchos años, en 1998 yo acababa de cumplir 18 años y lo conocí, iniciamos convivencia bajo el mismo techo apenas nació mi hija en el 2001, nos fuimos al Tunal en un sitio que no recuerdo, eso es Ciudad Linda en unos apartamentos, luego con mi suegra, la casa era en arriendo, en Ciudad Linda vivimos 2 años, tuvimos una hija María Fernanda Avellaneda Romero, como todas las parejas tuvimos inconvenientes y si estuvimos separados por un tiempo corto, más o menos desde que nos entregaron el apartamento todo el tiempo, nos separamos en el año 2005 más o menos fueron 2 años, lo recuerdo por la edad de mi hija, después de este tiempo volvimos a partir del 2007, él tenía Covid por eso murió, mi hija dependía de él, él era escolta conductor, falleció el 17 de abril de 2021, vivimos en Suba con mi suegra un tiempo, él murió en Soacha en el apartamento de mi suegra, él salió a vacaciones y fue a Medellín y cuando volvió estaba mal, se fue donde mi suegra porque estaba solo el apartamento y tenía Covid, se complicó el sábado en la tarde y a las 10 p.m. ya había muerto, yo llegue acá el 1 de marzo de hace 2 años, el señor Avellaneda es mi cuñado, sé que mi suegra si tuvo una entrevista en Colpensiones, cuando uno tiene una relación de 17 años vienen muchas situaciones difíciles, la razón de nosotros es nuestra hija y por eso estuvimos siempre en función de ella, nos fuimos donde mi suegra porque no teníamos dinero, la situación estaba difícil, continuos vivimos unos 10 o 12 años, la casa la entregaron en el 2010 en el Tintal”.*

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 que acredite: ***“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 MERCEDES ROMERO BRAVO con el señor PEDRO AVELLANEDA RODRÍGUEZ (q.e.p.d.), pues como ya se dijo no puedan tenerse en cuenta las manifestaciones de la parte actora y las declaraciones extra juicio allegadas resultan precarias para acreditar la convivencia en los términos expuestos, precisándose si bien, para el caso de

autos donde el fallecido es un afiliado no se exige un mínimo de convivencia, contrario a los 5 años exigidos por la a quo, 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 PEDRO AVELLANEDA RODRÍGUEZ, no pudiendo derivarse dicha circunstancia únicamente por virtud de la procreación de una hija, de la cual tampoco se allegó el registro civil de nacimiento.

Puntualmente, se destaca frente a las declaraciones recepcionadas en primer grado, las mismas resultan contradictorias, ya que, la señora CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ PACHÓN pese a ser madre del *de cujus* no conoció la fecha en que comenzó una posible convivencia entre la demandante y el fallecido así como sus respuestas se dirigieron a informar que la pareja siempre convivió y que tuvieron una hija, nótese, esta deponente se refirió siempre de manera general sin dar a conocer situaciones específicas de la pareja o brindar detalles que permitieran corroborar que a la fecha del deceso del afiliado, éste y la señora Mercedes Romero tenían conformado un núcleo familiar con vocación de permanencia y nada se dijo al respecto. Resáltese, al ser la madre del afiliado pudo conocer detalles específicos de convivencia y nada se dijo al respecto pues solo se respondía “ellos vivían los 3”.

Igual suerte corrieron las declaraciones de los señores YULI PAOLA PÉREZ ULLOA y ARNULFO ARIAS RAMÍREZ, ya que estos deponentes al ser vecinos de la actora y vivir en el mismo conjunto de esta ciudad, se contradijeron entre sí, puntualmente, la primera exclamó que la pareja llegó en el 2012 al conjunto y en su lugar, el segundo dijo que en el 2019 conoció a la pareja cuando llegaron al conjunto, es decir, no es clara la fecha en que la pareja se mudó aparentemente al apartamento ubicado en el barrio Tinta, el cual tampoco se demostró que hubiesen arrendado o comprado por ejemplo. Aunado a ello, la propia demandante al absolver interrogatorio adujo que “la casa la entregaron en el 2010 en el Tintal”, no encontrado similitud o una ventana de tiempo coherente entre estos dichos.

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 señora MERCEDES ROMERO BRAVO pudo haber acompañado al afiliado fallecido por algunos años no se probó una verdadera comunidad de vida para el momento de su muerte -17 de abril de 2021-.

De esta manera, en el presente asunto, no se encuentra demostrado el supuesto de hecho sobre el cual se fundan las pretensiones de la señora MERCEDES ROMERO BRAVO, destacándose, en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tenía interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones era tal parte actora, la cual quedó expuesta a lo que Canelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*".

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, habiéndose arribado a las mismas conclusiones a las vertidas por la Juez a quo, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

ACLARA VOTO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ELIZABETH VEGA
CONTRA PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. y la vinculada
como litisconsorte necesaria LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 11 2020 00131 02).**

Bogotá D.C. veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Ahora bien, 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 COLFONDOS y SKANDIA, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez 11 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 31 de enero de 2024 (*Exp. Digital: audio archivo 34, récord: 1:31:54*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado el día 21 de julio de 1997 por la señora ELIZABETH VEGA, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en este caso por la AFP COLFONDOS S.A. Así como los posteriores traslados horizontales que realizó la demandante en el año 2008 hacía SKANDIA, en el año 2009 hacía PORVENIR S.A., en el año 2010, igualmente hacía SKANDIA y bueno por sustracción de materia, aunque se cumplió con el deber de información pues también al desaparecer el primer traslado original por sustracción de materia debe desaparecer el traslado horizontal del año 2012 hacía PORVENIR, ello de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a las demandadas COLFONDOS S.A, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por la demandante durante su permanencia en dichas administradoras del RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias con sus respectivos rendimientos financieros, para el caso de PORVENIR que conserva la cuenta, incluyendo a demás para todos dicha devolución los porcentajes que en su momento fueron

descontados de la cotización y que fueron destinados a gastos de administración y a el fondo de garantía de pensión mínima en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante ELIZABETH VEGA al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad. Además, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computarlos en el RAIS como semanas validas del régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: Las excepciones propuestas se declaran imprósperas.

QUINTO: CONDENAR en costas a las sociedades COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A incluyendo como agencias en derecho en favor de la demandante la suma de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes suma que deberá ser entonces cancelada por estas administradoras a prorrata por partes iguales.

SEXTO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Inconforme con la decisión, la enjuiciada COLFONDOS la apeló señalando conforme a las pruebas practicadas en este proceso, se cumplió con el deber de la información conforme a los postulados jurisprudenciales que rigen para la materia, considerando que el deber de información se consagra, cada vez con un mayor nivel de exigencia, pero específicamente se instituyeron 3 etapas para este deber de la información, la primera que fue del año 1993 hasta el 2009 que rige para el caso que nos ocupa y en este sentido pues una vez se ha identificado esta etapa por la fecha de afiliación de la accionante se determina, que las pruebas que deben allegarse para sostener el nivel de la información es la suscripción del formulario de afiliación, que era la manera que tenían los fondos privados para sostener que se entregó una información eficiente y eficaz para que la persona tomara una decisión debidamente informada o se cumplirá el consentimiento informado, solicitamos se lo que tiene que ver con el cumplimiento de su representada en el deber de la información puesto que la demandante suscribió el formulario de afiliación.

Por otro lado, también mostro reparo respecto de la orden de devolver las sumas que descontó o dedujo de la afiliación de los porcentajes que la demandante consignó como aportes a seguridad social en pensiones, esto es el porcentaje que se descontó para el fondo de garantía de pensión mínima, el pago del seguro previsional y los gastos de administración estos últimos que fueron utilizados efectivamente para las coberturas del sistema general de seguridad social, como

quiera que se cubrió y se le entregó prerrogativas de protección a las personas que no podían hacer una pensión, solicitando se absuelva de todas las pretensiones de la demanda. (Exp. Digital: audio archivo 34, récord: 1:35:59¹)

Por su parte SKANDIA solicita se revoque la condena impuesta respecto al traslado de gastos de administración, así como las primas de seguros previsionales pues durante el tiempo que la demandante estuvo vinculada a su representada dichos conceptos y de los cuales se descontaron de los aportes efectuados por la demandante mes a mes, se encuentran estipulados en el artículo 20 de la ley 100 de 1993. luego esto hace que dichos descuentos sean legalmente obligatorios, asimismo, señala debe tenerse en cuenta que los conceptos cumplieron las finalidades establecidas y eso es, en cuanto a los gastos de administración y el reconocimiento de rendimientos, no solo los rendimientos mínimos que las administradoras están obligadas a acatar, sino unos rendimientos superiores a estos, y, respecto de los seguros previsionales, aduce se cubrieron las contingencias, pues la demandante sí estuvo amparada durante el tiempo de la afiliación respecto de dichas prestaciones, conforme a las

¹ **COLFONDOS:** Gracias señor juez, en este estado de la diligencia me permito interponer recursos de apelación para que sea resuelto por el honorable tribunal superior de distrito judicial de Bogotá conforme a los siguientes argumentos: el primero tiene que ver con el deber de información, pues mi representada considera que conforme a las pruebas practicadas en este proceso, se cumplió con el deber de la información conforme a los postulados jurisprudenciales que rigen para la materia, específicamente la sentencia SL 1452 del 2019, que determina un conjunto de sus reglas para definir las 3 etapas normativas que rigen el deber de la información y la asesoría de los fondos privados. consideramos que el deber de información se consagra, pues cada vez con un mayor nivel de exigencia, pero específicamente se instituyeron 3 etapas para este deber de la información, la primera que fue del año 1993 hasta el 2009 que nos rige para el caso que nos ocupa y en este sentido pues una vez se ha identificado esta etapa por la fecha de afiliación de la accionante se determina, pues, que las pruebas que deben allegarse para sostener el nivel de la información, específicamente se halla el deber de la información cumplido con la suscripción del formulario de afiliación, que era pues, la manera que tenían los fondos privados para sostener que se entregó una información eficiente y eficaz para que la persona tomara una decisión debidamente informada o se cumplirá el consentimiento informado conforme a las normas que rigen los traslados de un régimen a otro, entonces para este caso, pues consideramos que la sentencia yerra muy respetuosamente el despacho al considerar que no se halló probado esta prerrogativa de la información, entonces le solicitamos que pues se verifique o que se digamos que se revise lo que tiene que ver con el cumplimiento de mi representada en deber de la información puesto que la demandante suscribió el formulario de afiliación. así lo dijo pues en sus argumentos de las respuestas del interrogatorio de parte ya que esta absolvió en esta audiencia.

también el segundo punto que tengo de reparo contra la sentencia es que el despacho ordenó que mi representada devolviera las sumas que descontó o dedujo de la afiliación de los porcentajes que la demandante consignó como aportes a seguridad social en pensiones, lo que tiene que ver con la el porcentaje que se descontó para el fondo de garantía de pensión mínima y el pago del seguro previsional y los gastos de administración la primera y la última, que son los gastos de administración y el fondo de garantía de pensión mínimo, fue utilizado efectivamente para las coberturas del sistema general de seguridad social, como quiera que se cubrió se le entregó prerrogativas de protección a las personas que no podían hacer una pensión con esto pues se financiaron dichas pensiones y esto pues fue girado al ministerio específicamente que administra este tipo de pensiones y las otorga y entonces también lo que tiene que ver con los primas de seguro previsional para el momento en el que la demandante estuvo, pues afiliada y representa estos porcentajes también se utilizaron para otorgarle coberturas de invalidez sobrevivencia y muerte, que gracias a dios esta no se utilizó, pero sí fueron puestas a disposición de un tercero y mi representada no las tiene en su haber, entonces en esos dos puntos pues solicito que el despacho, pues, conceda el recurso de apelación y sea la alzada la que lo resuelva. y en estos efectos, pues absuelva a mi representada de todas y cada una de las prestaciones de esta demanda. muchas gracias.

pólizas contratadas por su representada con diferentes aseguradoras. (Exp. Digital: audio archivo 34, récord: 1:40:14²)

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Páginas 6 y 7, del archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 7 y 10 ibídem), aspirando se declare la nulidad de la afiliación efectuada a COLFONDOS, SKANDIA y PORVENIR y en consecuencia se ordene el ingreso automático al régimen de prima media con prestación definida, se ordene a las AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, indexación, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos, frutos e intereses causados hasta la fecha en la cual realice el traslado, condenas *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado el 21 de julio de 1997 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., se

² **SKANDIA:** Gracias su señorías, creo que ya me escuchan estando en la oportunidad procesal correspondiente, me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra la sentencia acá notificada, para que sea la sala laboral del tribunal superior de Bogotá quien estudie y revoque la condena impuesta a mí representada, respecto al traslado de gastos de administración, así como las primas de seguros previsionales sea lo primero indicar honorables magistrados que durante el tiempo que la demandante estuvo vinculada a mi representada dichos conceptos antes esbozados y de los cuales se descontaron de los aportes efectuados de la demandante mes a mes, pues se encuentran estipulados en el artículo 20 de la ley 100 de 1993. luego esto hace que dichos descuentos sean legalmente obligatorios o que hayan sido de fuerza realizarlos por parte de mi representada, asimismo, pues debe tenerse en cuenta que los conceptos pues cumplieron las finalidades establecidas y eso es, en cuanto a los gastos de administración, el reconocimiento de rendimientos, no solo los rendimientos mínimos que las administradoras están obligadas a acatar, sino unos rendimientos superiores a estos, asimismo, respecto de los seguros previsionales, pues se cubrieron las contingencias, que si bien no se ejecutaron o no se materializaron, lo cierto es que la demandante sí estuvo amparada durante el tiempo de la afiliación respecto de dichas prestaciones, conforme a las pólizas contratadas por mí representada con diferentes aseguradoras, así mismo, pues es importante destacar qué respecto de esas conceptos o sumas, pues se trasladarán unos rendimientos propios de este régimen de ahorro individual que, si bien Skandia no cuenta a la fecha con dicha dichos conceptos o la cuenta de ahorro individual de la demandante a la fecha, sino otra administradora. lo cierto es que todas las administradoras han sido las encargadas de reconocer o de generar dichos conceptos de rendimientos y que ahora aludir que dichos conceptos están a cargo del fondo común de Colpensiones, cuando pues los efectos de la ineficacia es dejar a las partes, como si ese traslado, nunca hubiera surtido, pues ese efecto hace que el fondo común de Colpensiones obtenga un enriquecimiento ilícito como quiera que no administró los aportes de la demandante para obtener dichos rendimientos y asimismo, teniendo en cuenta que en dicho régimen nunca se hubieran ocasionado dichos conceptos bajo esos términos dejó sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias su señoría.

condenó a la demandada AFP COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones realizadas por la demandante durante su permanencia en dicha administradora del RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias, con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima, asimismo, ordenó a COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y además, a recibir entonces la devolución de los dineros ordenados y a computar los tiempos cotizados por la demandante en la historia laboral de COLPENSIONES, y condenó en COSTAS a COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.. **Lo anterior tras considerar**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante donde se registra como fecha de nacimiento el 27 de junio de 1963 (*Archivo 01 expediente digital pág. 19*), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, sin efectuar petición alguna de traslado ante las

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”.

entidades demandadas, sumado a que no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado **277,85⁴** semanas (*Historia Laboral expedida por Colpensiones* pág. 62, *archivo 07 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **21 de julio de 1997** con fecha de efectividad a partir del **1º de septiembre de 1997** (*Páginas 19 y 20 Archivo 7 del expediente digital*) por afiliación que hiciera a COLFONDOS, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

4



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES

PERIODO DE INFORME: Enero 1967 junio/2023

ACTUALIZADO A: 07 junio 2023

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento: Cédula de Ciudadanía

Número de Documento: 51785296

Nombre: ELIZABETH VEGA

Dirección: CRA.14# 94-36

Estado Afiliación: Traslado

Fecha de Nacimiento: 27/06/1963

Fecha Afiliación: 26/07/1988

Correo Electrónico:

Ubicación:

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
1008216224	ASERVIN LTDA	26/07/1988	21/11/1989	\$47.370	69,14	0,00	0,00	69,14
1003100431	3 M DE COLOMBIA S A	15/03/1990	30/09/1991	\$150.270	80,71	0,00	0,00	80,71
1003100431	3M COLOMBIA S.A.	01/10/1991	31/12/1994	\$819.505	169,71	0,00	0,00	169,71

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

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

«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, como lo argumenta Colpensiones, 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 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos

pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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.

operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para año 1997, el asesor de Colfondos hizo una reunión en la empresa donde laboraba y le dijo que el ISS se iba acabar y por ende debían cambiar a un fondo privado, con la promesa que les iban a dar un bono, a lo cual el accedió. La actora indica que para ese momento si bien había un} asesor de la AFP 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 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 a la demandante para efectuar el traslado de régimen.

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 45, Archivo 33 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

⁷ Audiencia 31 de enero del 2024, récord 9:10

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

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

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

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

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

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre

competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

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

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1997, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP 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 **(21 de julio de 1997, efectivo el 1° de septiembre de 1997)**, el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (Ver SIAFF pág. 54 Archivo 18) en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación, ibídem.

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

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

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales

previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A. (como actual administradora a la que se encuentra afiliada la demandante Archivo 08 pág. 43), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con

prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto. Igualmente se confirma la orden impuesta a las AFP PORVENIR, COLFONDOS y SKANDIA de devolver a COLPENSIONES, los gastos de administración, y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

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**».*

Debe precisarse esta Sala de Decisión adicionará el ordinal **segundo** del fallo de primer grado, en cuanto a que **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** además de lo ordenado por el Juez *a quo* deberán devolver las comisiones y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁸, con cargo a sus propias utilidades⁹, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, además de **retornar todos los conceptos debidamente indexados** como quiera que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

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

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

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

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

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

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

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia.»

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

Asimismo, se adicionará la decisión de primer grado en aras de disponer que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Precisando a la recurrente COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A, frente a la orden aquí impuesta de la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y demás emolumentos, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial, es decir, es como si los mismos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente

la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de pensión de garantía mínima. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

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

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

Por otro lado, valga precisar en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de

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

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 COLPENSIONES¹⁰, a favor de quien se surte la consulta (página 29 a 31, *Archivo 13 expediente digital*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

¹⁰ Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 6 de julio de 2023 (*Archivo 13 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

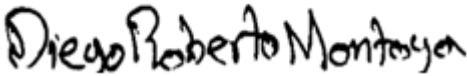
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** además de lo ordenado por el Juez *a quo* devolver las comisiones y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, con cargo a sus propias utilidades por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, además de **retornar todos los conceptos debidamente indexados**, conforme a lo considerado.

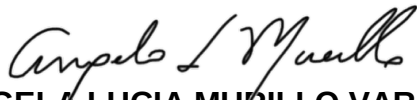
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR YOLANDA VÁSQUEZ
ACOSTA CONTRA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y COLFONDOS
S.A. PENSIONES y CESANTIAS (RAD. 11 2020 00349 02).**

Bogotá D.C. veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, respecto de la sentencia proferida por el Juez 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 22 de noviembre del 2023 (audiencia virtual, archivo 27, récord: 1:00:35), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la demandante YOLANDA VASQUEZ ACOSTA, no acredita los requisitos exigidos en el artículo 47 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la ley 797 del 2003 para ser beneficiaria de la sustitución pensional derivada del fallecimiento de su esposo el señor GUSTAVO PEREZ HOLGUIN, acaecido el día 19 de Julio del año 2017.

SEGUNDO: COMO CONSECUENCIA de lo anterior se absuelve a la AFP COLFONDOS SA y a la sociedad MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de todas las pretensiones impetradas en su contra por la señora YOLANDA VASQUEZ ACOSTA, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: LAS COSTAS en esta instancia estarán a cargo de la parte demandante fijándose como agencias en derecho en favor de las demandadas la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO (sic): EN CASO de no ser apelada la presente decisión y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del código procesal del trabajo y de la seguridad social se ordenará el envío de estas diligencias ante la Sala Laboral

del honorable Tribunal Superior de Bogotá para que surta allí el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la demandante”.

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandante recurrió la decisión señalando se deben valorar nuevamente todas las pruebas aportadas al proceso, en el entendido del auxilio prestado por la actora al de cujus pues dadas las condiciones de salud de este, la accionante no podía demostrar lazos de afecto, pues el fallecido tenía un grado de irritabilidad y agresión que no se lo permitía, tan es así que se fue a vivir con su hijo, refiriendo frente al auxilio mutuo la actora debía trabajar no solamente para sostenerse a si misma sino para sus hijos y lo que le hacía falta al padre de ellos, precisando el causante fue llevado a un hogar geriátrico porque la demandante ya no pudo cuidarlo mas dado su grado de agresividad y por ende tenía que protegerse.

Expresa si bien es cierto el pensionado, estuvo en el hogar geriátrico en los años anteriores a su enfermedad, quien le asistía y quien estaba cuidando al señor Holguín era la actora, ya que su hijo se ausentaba del hogar y quien tenía que ver por él era ella, asegura los testimonios determinan que efectivamente siempre vieron a la señora demandante pendiente del señor Holguín, por ende también está probada la convivencia que se tuvo antes del matrimonio, demostrando así el tiempo de convivencia que ellos mantenían y que desafortunadamente por temas de salud ante la sociedad no se podía demostrar el vínculo de una pareja normal, solicitando revocar la sentencia de primer grado y acceder a lo solicitado (*audiencia virtual, archivo 27, récord: 1:02:44¹*)

¹ Su señoría si señor interpongo el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia en el entendido y con fundamento en la valoración de las pruebas recopiladas tanto físicas como testimoniales para ser valoradas en su conjunto también por las pruebas aportadas por la misma demandada en su conjunto para ser valoradas en el entendido y frente específicamente a groso modo del auxilio presentado por parte de mi poderdante la señora Yolanda Vázquez, téngase en cuenta su señoría que por las condiciones de salud del causante mi poderdante pues no podía demostrar, digamos lazos de afecto, porque pues el grado de digámoslo así, como lo dice su hijo de irritabilidad y de agresión, no lo permitía y frente al auxilio mutuo, y fue más por parte de mi poderdante al punto de que ella debía trabajar no solamente para sostenerse, sino para en conjunto con sus hijos, ayudar para el sustento de lo que le hacía falta a su padre es de reiterar que obviamente se hace referencia que se lleva un hogar geriátrico, pero fue porque mi poderdante ya no pudo cuidarlo más porque efectivamente su hijo con el que convivía y en su declaración lo manifestó que su padre se subió a vivir con él justamente por su comportamiento de agresividad más seria para proteger a su señora madre al punto que él mismo manifestó, no que él, como hombre, podía manejar mejor a su padre, eventualmente en esos dos o año y medio o dos últimos años en donde estuvo en el hogar geriátrico obsérvese su señoría que si bien es cierto esos años estuvo en el hogar geriátrico en los años anteriores a su enfermedad, quien le asistía y quien estaba cuidando al señor Holguín era mi poderdante ya que su hijo se ausentaba del hogar y quien tenía que ver por él, quien tenía que cuidarlo era mi poderdante, la señora Yolanda, entonces téngase, en cuenta que inclusive los mismos testimonios, de los testimonios determinan que efectivamente siempre vieron a la señora pendiente del señor Holguín, entonces sí es evidente que en principio también la convivencia que se realizó antes de haberse casado con el señor Holguín, demuestra el tiempo de convivencia que ellos mantenían y que desafortunadamente por temas de salud pues no, digamos que no ante la sociedad no se podría demostrar digamos el vínculo que cualquiera puede evidenciar sobre una pareja normal para este caso estamos hablando

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 YOLANDA VÁSQUEZ ACOSTA las pretensiones relacionadas en la demanda (págs. 53 y 54, archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 49 a 53 del mismo archivo, aspirando:

“PRIMERO: Se declare que la señora YOLANDA VÁSQUEZ ACOSTA, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 51.637.322 de Bogotá, en calidad de cónyuge supérstite del señor GUSTAVO PEREZ HOLGUÍN (q.e.p.d), quien en vida se identificaba con cédula de ciudadanía No. 15.367.168 de Apartado, es beneficiaria de la PENSION DE SOBREVIVIENTE, a partir de la fecha del fallecimiento del señor GUSTAVO PEREZ HOLGUÍN (q.e.p.d), es decir a partir del 19 de julio de 2017.

SEGUNDO: Que, como consecuencia de declarar el derecho, se condene a las demandadas MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS a pagar a la señora YOLANDA VÁSQUEZ ACOSTA' identificada con Cédula de Ciudadanía No. 51.637.322 expedida en Bogotá, PENSION DE SOBREVIVIENTE VITALICIA, a partir del 19 de julio de 2017, fecha del fallecimiento de su cónyuge, señor GUSTAVO PEREZ HOLGUÍN (q.e.p.d), quien en vida se identificaba con cédula de ciudadanía No. 15.367.168 expedida en Apartado.

TERCERO: Se condene a las demandadas MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS a la indexación y pago de intereses moratorios de las sumas adeudadas a mi poderdante.

CUARTO: Se condene a las demandadas el reconocimiento y pago de los derechos que resulten probados extra y ultra petita.

QUINTO: Se condene a las demandadas al pago de costas y Agencias en derecho que se causen en este proceso.”

Obtuvo sentencia desfavorable a sus pretensiones por cuanto se absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y

de una anomalía frente al estado de salud del causante entonces, téngase en cuenta que pues en el momento que suba al grado al superior jerárquico ampliaré mis fundamentos en términos generales, frente a la valoración de las pruebas en su conjunto tanto testimoniales como documentales aportadas al plenario tanto por la parte demandante como parte demandada testimoniales de igual forma y pues en ese orden de ideas, es que a groso modo, digamos que sustento el recurso de apelación repito que será ampliado una vez llegue al superior jerárquico para su eventual traslado o manifestación por parte de superior para sustentación del mismo.

Al tribunal le solicitó que se valoren las pruebas aportadas en su integridad tanto las pruebas documentales presentadas por la parte demandante y por la parte demandada las testimoniales rendidas dentro del presente proceso, el material probatorio, así como las manifestaciones sí, realmente el material probatorio aportado, tanto con la contestación de la demanda con la subsanación en su integridad, lo que se encuentra en el expediente como material probatorio.

se condenó en costas. **Lo anterior tras considerar** que no se acreditó la convivencia de los 5 años exigidos por la ley, máxime cuando de las pruebas documentales, testimoniales e interrogatorio de parte no se pudo establecer una convivencia real y efectiva, pues en sentir del juzgador los mismos presentan varias inconsistencias frente a los lazos de afecto y ayuda mutua entre la pareja, precisando no se puede desconocer las declaraciones del causante quien manifestó que no convivía con la demandante desde el año 1995, asegurando con el material probatorio recaudado no se pudo demostrar una relación de unión tendiente a forjar un hogar y brindarse ayuda mutua, por lo que concluyo que vivían de manera independiente y por ende no se materializó el fin de la pensión de sobrevivientes.

Así las cosas, el problema jurídico en esta se circunscribe en determinar, si la señora YOLANDA VÁSQUEZ ACOSTA, en calidad de cónyuge del señor GUSTAVO PÉREZ HOLGUÍN (q.e.p.d), acreditó los requisitos en la norma para ser beneficiaria de la prestación reclamada.

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

I) El señor GUSTAVO PÉREZ HOLGUÍN (q.e.p.d.), falleció el 19 de julio del 2017, conforme se señala en el registro civil de defunción visible en el archivo 01, página 7 del expediente digital.

ii) El fallecido y la demandante contrajeron nupcias por el rito católico el 24 de diciembre de 1993, conforme al registro civil de matrimonio que obra en la pág. 6 del archivo 01.

iv) Mediante comunicación BP-R-I-L-13375-12-11 del 15 de diciembre del 2011 COLFONDOS PENSIONES y CESANTIAS le reconoció al causante PENSIÓN DE INVALIDEZ bajo la modalidad de retiro programado a partir de diciembre del 2011 en cuantía de \$576.800, otorgándole un retroactivo de \$12.849.250 causado del 16 de febrero del 2010 al 30 de noviembre del 2011 (Archivo 01 págs. 14 a 16)

Establecido lo anterior, respecto de la pretensión dirigida al otorgamiento de la sustitución pensional, ha de señalarse en primer lugar que habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante, **19 de julio del 2017** (archivo 01, página 7), la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, vigentes para la data del deceso, que en sus partes pertinentes señalan que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Precisándose en este punto, aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para **cónyuge** como para compañero o compañera permanente, según el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993², era de 5 años, independientemente de que el causante de la prestación fuera un afiliado o **pensionado**, tal criterio fue revaluado por esa Corporación, señalando que la lectura de la precitada disposición (literal a) del art.13 de la L. 100 de 1993) advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida **se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado**, enfatizando, *“una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador”*, bastando la demostración de la calidad invocada –cónyuge o compañero (a) permanente- del pensionado fallecido, postura asumida entre otras, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema

² **“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Artículo modificado por el artículo [12](#) de la Ley 797 de 2003. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

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

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

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte²; (...)

de Justicia, en sentencia SL- 2820 del 16 de junio del 2021, radicación 73255, en los siguientes términos:

“En torno a dicha exigencia, esta Sala de la Corte de manera reiterada había sostenido efectivamente la tesis expuesta por el Tribunal, esto es que, sin importar de que se tratara de la muerte de un afiliado o de un pensionado, para que la compañera(o) permanente fuera beneficiaria(o) de la pensión de sobrevivientes, era necesario que acreditara 5 años de convivencia con su pareja con anterioridad a la fecha del deceso (...).

No obstante, lo anterior, dicha posición fue reevaluada para señalar que de la redacción del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no era posible inferir que en tratándose de la muerte de un afiliado, el legislador hubiese querido exigir un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, **de manera que ese interregno temporal solamente resultaba necesario acreditarse en aquellos casos en que el deceso ocurría en cabeza de un pensionado**. Así, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL1905-2021, en torno a la citada norma se sostuvo:

[...] En síntesis, pueden extraerse dos reglas [...] que fijan el alcance y la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003: i) La pensión de sobrevivientes en materia de afiliados al sistema de seguridad social, no exige un tiempo mínimo de convivencia para acreditarse como beneficiarios la cónyuge o la compañera permanente y, ii) No existe un trato diferenciado para la aplicación de la regla anterior, es decir, no importa la forma en la que se constituya el núcleo familiar, vínculos jurídicos o naturales, la protección se dirige al concepto de familia (artículo 42 de la C.P.), luego el análisis se circunscribe en estos casos a la simple acreditación de la calidad requerida y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (al respecto, se puede consultar entre otras sentencias CSJ SL3843-2020, CSJ SL5626-2020).

Los motivos que sustentaron el cambio de criterio efectuado por la Corte, estuvieron basados en: i) la redacción de la norma, pues de la misma resultaba evidente que había pretendido hacer una diferenciación, al guardar silencio frente al tiempo de convivencia que debía exigírsele al compañera(o) del afiliado, lo que resulta apenas obvio por tratarse de situaciones fácticas disímiles, que por tanto merecían un tratamiento propio; ii) las consideraciones vertidas en la sentencia CC C-1094-2003, en la que entre otras se declaró la exequibilidad de la expresión «no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte», contenida en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en la que sobre el particular se dejó sentado que «el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados » y; iii) la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, en la que se dejó también claridad que el requisito de convivencia que se pretendía exigir para ser beneficiario de la prestación de sobrevivencia estaba dirigido en casos donde la muerte se diera respecto del pensionado.

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

Es así entonces, que de acuerdo al nuevo criterio doctrinal, para efectos de determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, acorde con lo dispuesto en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, sin que sea dable exigir que se acredite un determinado periodo de convivencia para obtener la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes cuando se trata de fallecimiento de un afiliado, siendo necesario únicamente que se acredite la existencia de ese vínculo

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

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

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

Sin embargo, a través de la sentencia CSJ SL1730-2020, esta Sala rectificó su línea de interpretación acerca del requisito de convivencia para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente, distinguiendo si a la muerte del causante era afiliado o pensionado (...).

Criterio este que luego, mediante sentencia CSJ SL5270-2021 fue reafirmado, separándose de lo dispuesto en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional CC SU-149-2020 y, manifestando que la interpretación adecuada de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, «resulta constitucional y legalmente válido, dentro del marco de las competencias de esta Sala, en su función de unificación de la jurisprudencia laboral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16 de la Ley 270 de 1996 y 235 de la CP, con sus modificaciones».

(...)

*De manera que, conforme al criterio jurisprudencial imperante de esta Sala, se tiene que quien pretenda acceder a una pensión de sobrevivientes, a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se le exigirán como requisitos para acceder a ese derecho pensional los siguientes: **cuando el causante es un pensionado una convivencia de cinco años**, mientras que tratándose de la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de un afiliado no será exigible tiempo específico de convivencia, pues simplemente bastará con demostrar la condición de compañero permanente o compañero (a) y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte y así se cumple con el presupuesto normativo en comento, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de esa contingencia.*

En consecuencia, debe entenderse que el requisito de convivencia exigido a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes -esto es, la convivencia mínima de cinco años- sólo es exigible en el caso de la prestación causada con ocasión del fallecimiento de pensionado.”

En este punto, debe precisarse la Corte Suprema de Justicia, ya ha tenido oportunidad de dilucidar el tema tratado, señalando en sentencia del 29 de noviembre de 2011 Rad. 40055 que “...la hipótesis del inciso 3° del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, solo aplica para el evento en que luego de la separación de hecho de un cónyuge con vínculo matrimonial vigente, el causante establezca una nueva relación de convivencia y concurra un compañero o compañera permanente, **caso en el cual los cinco (5) años que habla la norma para el cónyuge que va a recibir una cuota parte, puede ser cumplida en “cualquier tiempo”**, ello con base en que “...siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, el cónyuge separado de hecho **debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante**

cinco (5) años, en cualquier tiempo, pues de no entenderse así la norma, se restaría importancia al cimiento del derecho que, se insiste, es la comunidad de vida”, tal criterio fue reiterado en Sentencia SL 12442 proferida dentro de la radicación No. 47173 del 15 de septiembre de 2015.

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

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

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

En ese orden, en primer lugar, se tiene que, al tenor de la disposición normativa en cita aplicable al caso y teniendo en cuenta, que la señora YOLANDA VÁSQUEZ ACOSTA superaba los treinta años de edad³ -56 años-, en la fecha del fallecimiento del señor GUSTAVO PÉREZ HOLGUÍN (q.e.p.d), entra la Sala a verificar si se cumple con el requisito de la convivencia real y efectiva con el *de cujus* en los términos antes anotados, aspecto fundamental para la procedencia de las pretensiones de la interesada.

Así las cosas y en aras de acreditar la accionante la convivencia con el causante por el lapso exigido en la norma, debe acudir al acervo probatorio recaudado en autos, evidenciando como pruebas las siguientes:

³ Nació el 14 de septiembre de 1948 (Página 22 del archivo 03).

La demandante al absolver interrogatorio expuso (récord 5:27 archivo 26)

que ambos vivían en la misma casa, pero en diferentes pisos, ella en el primero y el causante en el segundo con uno de sus hijos, precisando ello fue por voluntad de su esposo dado que estaba muy enfermo, desconoce cuando fue pensionado su cónyuge dado que nunca se comentaban esas cosas, así mismo señala que sí firmó un documento en un notaria donde se hacia una separación de bienes, no obstante aseguró que siempre convivió con el fallecido incluso desde antes de su matrimonio, refiriendo que en los 2 últimos años de vida del de cujus fue internando en un hogar geriátrico sin embargo siempre lo visitó y estuvo pendiente de el hasta su muerte.

Por su parte los testigos **BLOSNEA TAPIERO TAPIERA**⁴ (amiga de la pareja), y **EDGAR FERNANDO CARRANZA**⁵ (amigo de la pareja), expresaron conocerlos hace más de 20 años porque vivían todos en el mismo barrio -el limonar- de Bogotá, fueron precisos y consistentes en expresar que pocas veces visitaron el hogar de los cónyuges, por lo menos 2 o 3 veces fueron pero sin recordar en que época, creen que convivían como esposos pues los veían juntos no obstante a ninguno de los dos les consta como se desarrollaba esa convivencia al interior del hogar y mucho menos su parte sentimental, no saben dónde dormía el causante expresando por ejemplo el testigo Edgar Fernando que ello imaginaba o suponía que dormían juntos en la habitación matrimonial, pero ello no le consta, desconocen quien asumía los gastos del hogar y como estaban distribuidos.

Por otro lado, el testigo **MAURICIO PÉREZ VÁSQUEZ**⁶ (hijo de la pareja) comento que todos vivían en la misma casa, pero él y su papá en el segundo piso y su mamá en el primero -no explicó las razones de ello- solo dijo que su papá era un poco difícil de sobrellevar, adujo que la comida la prepara él o su padre y que el arreglo de la ropa y demás cada uno se encargaba de ello, indicó que las señoras Claudia Patricia y Gloria Patricia eran también vecinas del barrio quienes acompañaban a su padre a las diligencias personales de éste, pero desconoce el tipo de relación que sostenían, tampoco sabía si el papá le daba dinero o no a su mamá, no recuerda si antes de casarse sus padres vivían juntos, precisando que

⁴ récord 49:12, archivo 26

⁵ récord 1:36:15, archivo 26

⁶ récord 2:22:48, archivo 26

separaron como en el año 2012, finalmente aduce desconocer si su mamá tenía otra pareja sentimental, porque él (testigo) solo llegaba a dormir.

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

- Declaraciones extra juicio rendidas por los señores NUBIA YANETH BUITRAGO MUÑOZ, BLOSNEIDA TAPIERO TAPIERO, YOANA ALEXANDRA PULIDO SANTACRUZ e HIPOLITO VELA FIGUEREDO, quienes en su orden señalaron (págs. 8 a 12 Archivo 01)

SEGUNDO: Que conocí de vista, trato y comunicación durante más de Quince (15) años al Señor **GUSTAVO PÉREZ HOLGUÍN (Q.E.P.D.)** quien en vida se identificó con la cédula de ciudadanía No. 15.367.168 expedida en Apartado (Antioquia), y quien falleció el 19 de Julio de 2017, por tal razón declaro que sé y me consta que en el momento de su fallecimiento estaba casado, conviviendo bajo el vínculo sagrado del matrimonio católico con la señora **YOLANDA VÁSQUEZ ACOSTA** identificada con la cédula de ciudadanía N° 51.637.322 expedida en BOGOTÁ D.C., compartiendo techo, lecho y mesa desde el 24 de Diciembre del año de 1993 hasta la fecha de su fallecimiento. Que la convivencia fue de manera permanente e ininterrumpida y de cuya relación nacieron tres (3) hijos de nombres Ferney Gustavo Pérez Vásquez, Misael Pérez Vásquez y Mauricio Pérez Vásquez. Así mismo declaro que el causante en el momento de su fallecimiento no hacía vida marital con otra persona, no tenía hijos vivos ni muertos, no tenía hijos reconocidos, ni hijos extramatrimoniales, ni adoptivos, ni tiene hijos pendientes por reconocer y por tal razón no conocemos que existan más personas con igual o mayor derecho para reclamar cualquier beneficio, del que le asiste a la señora **YOLANDA VÁSQUEZ ACOSTA** en calidad de esposa del causante.

SEGUNDO: Que conocí de vista, trato y comunicación durante más de 25 años al Señor **GUSTAVO PEREZ HOLGUIN (Q.E.P.D.)** quien en vida se identificó con la cédula de ciudadanía No. 15.367.168 expedida en Apartado - Antioquia, y quien falleció el 19 de Julio de 2017, por tal razón declaro que sé y me consta que en el momento de su fallecimiento estaba casado, conviviendo bajo el vínculo sagrado del matrimonio católico con la señora **YOLANDA VÁSQUEZ ACOSTA** identificada con la cédula de ciudadanía N° 51.637.322 expedida en Bogotá D. C., compartiendo techo, lecho y mesa desde el 24 de Diciembre del año de 1980 hasta la fecha de su fallecimiento el 17 de Julio del año 2017. Que la convivencia fue de manera permanente e ininterrumpida y de cuya unión nacieron tres hijos de nombres **FERNEY GUSTAVO, MISAEL y MAURICIO PEREZ VASQUEZ**, todos mayores de edad. Así mismo declaro que el causante en el momento de su fallecimiento no hacía vida marital con otra persona, no tenía hijos vivos ni muertos, no tenía hijos reconocidos, ni hijos extramatrimoniales, ni adoptivos, ni tiene hijos pendientes por reconocer y por tal razón no conocemos que existan más personas con igual o mayor derecho para reclamar cualquier beneficio, del que le asiste a la señora **YOLANDA VÁSQUEZ ACOSTA** en calidad de esposa del causante.

SEGUNDO: Que conocí de vista, trato y comunicación durante más de trece (13) años al Señor **GUSTAVO PEREZ HOLGUIN (Q.E.P.D.)** quien en vida se identificó con la cédula de ciudadanía No. 15.367.168 expedida en Apartado – Antioquia y quien falleció el 19 de julio de 2017, por tal razón declaro que sé y me consta que en el momento de su fallecimiento estaba casado, conviviendo bajo el vínculo sagrado del matrimonio católico con la señora **YOLANDA VÁSQUEZ ACOSTA** identificada con la cédula de ciudadanía N° 51.637.322 expedida en Bogotá D.C , compartiendo techo, lecho y mesa desde 1979 hasta la fecha de su fallecimiento. Que la convivencia fue de manera permanente e ininterrumpida y de cuya nacieron tres (3) hijos actualmente mayores de edad y en pleno uso de sus facultades físicas y mentales. Así mismo declaro que el causante en el momento de su fallecimiento no hacía vida marital con otra persona, no tenía hijos vivos ni muertos, no tenía hijos reconocidos, ni hijos extramatrimoniales, ni adoptivos, ni tiene hijos pendientes por reconocer y por tal razón no conocemos que existan más personas con igual o mayor derecho para reclamar cualquier beneficio, del que le asiste a la señora **YOLANDA VÁSQUEZ ACOSTA** en calidad de esposa del causante.

*EXP. No. 11 2020 00349 02 YOLANDA VÁSQUEZ ACOSTA CONTRA MAPFRE COLOMBIA
VIDA SEGUROS S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTIAS*

SEGUNDO: Que conocí de vista, trato y comunicación durante más de 25 años al Señor GUSTAVO PEREZ HOLGUIN (Q.E.P.D.) quien en vida se identificó con la cédula de ciudadanía No. 15.367.168 expedida en Apartadó - Antioquia, y quien falleció el 19 de junio de 2017, por tal razón declaro que sé y me consta que en el momento de su fallecimiento estaba casado, conviviendo bajo el vínculo sagrado del matrimonio católico con la señora YOLANDA VASQUEZ ACOSTA identificada con la cédula de ciudadanía N° 51.637.322 expedida en Bogotá D.C., compartiendo techo, lecho y mesa desde el año de 1.980 hasta la fecha de su fallecimiento. Que la convivencia fue de manera permanente e ininterrumpida y de cuya unión tuvieron tres hijos, de nombres FERNEY GUSTAVO, MISAEL y MAURICIO PEREZ VASQUEZ, todos mayores de edad. Así mismo declaro que el causante en el momento de su fallecimiento no hacía vida marital con otra persona, no tenía hijos vivos ni muertos, no tenía hijos reconocidos, ni hijos extramatrimoniales, ni adoptivos, ni tiene hijos pendientes por reconocer y por tal razón no conocemos que existan más personas con igual o mayor derecho para reclamar cualquier beneficio, del que le asiste a la señora YOLANDA VASQUEZ ACOSTA en calidad de esposa del causante.

- Certificación de la Asociación JESUS VIVE HOY Y SIEMPRE (Archivo 01 pág. 13)



ASOCIACIÓN JESÚS VIVE HOY Y SIEMPRE

NIT: 900172618-3

12 ABRIL 2018

CERTIFICACION

Por medio de la presente me dirijo a ustedes para dar fe que el señor Gustavo Pérez Olguín con cc 15367168 fue institucionalizado con el siguiente diagnóstico, medico diabetes mellitus, hipertensión arterial, Parkinson. en nuestro hogar por los familiares, o acudientes Yolanda Vázquez acosta con cc51637322 y los hijos Ferney Pérez Vásquez con cc 86165723 y Mauricio Pérez Vásquez cc 1024487337. Por primera vez el día 30 de marzo de 2015 con retiro voluntario el 30 de agosto de 2016, posteriormente con nueva institucionalización el día 24 de noviembre de 2016 retiro voluntario el 10 de julio de 2017, tiempo en el cual estuvieron pendientes de lo que el necesitaba como pañales, medicamentos, y todo lo necesario referente a su presentación personal, también como acompañamiento a sus citas médicas, y sus visitas frecuentes. En este periodo no recibió visitas de ninguna otra persona diferente a los familiares ya mencionados. la presente se expide a solicitud de los familiares del adulto mayor en la ciudad de Bogotá

ATENTAMENTE

Asociación Jesús Vive Hoy y Siempre
Nit. 900.172.618-3
Marta de Arevalo
Tel: 206 1365 6395
GLADYS

GLADYS STELLA AREVALO

CC.51.792.011

BOGOTA

DIRECTORA

- Documento denominado “*Reparto de Bienes*” de fecha 9 de junio de 2010 (Archivo 11 pág. 135) el cual aceptó la demandante en el interrogatorio de parte haberlo suscrito.

á DOCUMENTO E DE REPATO DE BIENES

Bogota 09-06-20010

En la ciudad de bogota D.C. Departamento de cundinamarca a la fecha presente el señor GUSTAVP PEREZ HOLGUIN, identificado con la cedula de ciudadanía b numero 15367.168 de aportado Anty la señora YOLANDA VASQUEZ: identificada con cedula de ciudadanía numero 51'637, 332 , han tomado la decision de comun acuerdo de hacer reparto de vienes materiales y mancomunamente,

Ya que el motivo que hay para g hacer esta reparticion es que no vivo con la señora yolanda desde hace quince años, los vienes mancomunados que tenemos para partir son un im inmueble que es esta ubicado en la siguiente dirección Calle 81Nº18 f-03 del Barrio el Tesorito, es una casa de dos plantas..

Nos hemos puesto de acuerdo que la primera planta se asigna al señor Gustavo Pérez Holguin y consta de lo siguiente, Dos piezas, Patio, Baño, y cocina y un Local p en total terminacion esta parte .

La segunda parte seria para la señora Yolanda Vazquez Acosta eata parte consta de cuatro piezas, baño, sala, cocina y comedor

CLAUSULA PRIMERA: El señor Gustavo Pérez Holguin, identificado con CC:15'367. 168 de Antioquia y la señora Yolanda Vasquez Acosta, identificada con CC:51'637.332 de Bogotá . Manifestamos que la union s conyugal se da por terminada desde hace 15 años atras, quedado asi libres para volver a reacer nuestras vidas.

- Acta No. 49659 DECLARACIÓN EXTRAPROCESO efectuada por el de cujus con fecha 24 de septiembre del 2010, donde se señala (Archivo 11 pág. 136)



ACTA No. 49659
DECLARACION EXTRAPROCESO

Señor
NOTARIO 37 DE BOGOTA, D.C.
Ciudad

Yo, GUSTAVO PEREZ HOLGUIN identificado(a)
con la C.C. No. 10347150 expedida en APARTADO
de estado civil CASADO de 57 años de edad, de
profesión/oficio EDGAR
con residencia en CALLE 21 SUR No. 18F-03 y domicilio en
BOGOTA, solicito al señor Notario autorice la presente declaración extra-
proceso, la cual otorgo bajo la gravedad del juramento, en los siguientes términos:

"Manifiesto que soy casado y separado de cuerpo desde hace quince (15) años de la
señora YOLANDA VÁSQUEZ ACOSTA de esta unión matrimonial tuvimos tres (3)
hijos FERNEY, MISAEL y MAURICIO PEREZ VASQUEZ, todos mayores de edad y
no dependen económicamente de mí. Además manifiesto que no hago vida marital con
nadie"

Así las cosas, de lo hasta aquí expuesto, sin que sea necesario acudir a otros medios de prueba, se advierte, una vez valoradas las declaraciones bajo las reglas de la sana crítica y la documental citada, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, se puede corroborar que en efecto no se acredita la convivencia en calidad de cónyuge con el fallecido durante 5 años en cualquier tiempo, pues los testigos **BLOSNEDA TAPIERO TAPIERA** (amiga de la pareja), y **EDGAR FERNANDO CARRANZA** como se puede ver y contrario a lo afirmado en la alzada no generan certeza acerca de la **convivencia real y efectiva exigida por ley para el reconocimiento de la prestación pensional** a favor de la señora **YOLANDA VÁSQUEZ ACOSTA**, ya que nada les consta sobre la convivencia de la actora con el causante, ninguno señaló situaciones que den lugar a entender que el fallecido y la demandante tenían un proyecto de vida como pareja, forjado en el apoyo y socorro mutuos, razones por las cuales es claro que los dichos de estos en nada aportan al esclarecimiento del objeto del litigio, pues se limitaron a expresar que siempre los veían juntos, pero no describieron circunstancias de tiempo, modo y lugar que den lugar a entender cómo se desarrolló la citada

convivencia de la pareja, ni tampoco las épocas (años, meses y días) en que los vieron juntos, sumado a ello el hijo de la pareja, también testigo, fue claro en señalar que sus padres no convivían juntos por lo menos desde el 2012 desconociendo las razones de ello y expresando que era él quien más estaba al cuidado de su papá, sin manifestar como se dio ese vínculo matrimonial desde el año 1994.

Por otra parte, en cuanto al interrogatorio absuelto por la demandante y atendiendo el recurso de apelación, debe precisar esta Sala de Decisión, no resulta oportuno valorar la declaración de la propia promotora del litigio, salvo que se trate de una confesión, pues solo pretende que se tengan por ciertas las afirmaciones que efectuó relativas a la convivencia que presuntamente desarrolló con su cónyuge, y estas, sin duda alguna, no pueden generar el referido efecto procesal que persigue. Téngase en cuenta que *«en términos de lógica y de derecho, ninguna de las partes puede elaborar su propia prueba, salvo las precisas y taxativas excepciones previstas por el legislador»* (CSJ SL1516-2018 y CSJ SL469-2019).

Respecto de las declaraciones extra juicio de NUBIA YANETH BUITRAGO MUÑOZ, BLOSNEIDA TAPIERO TAPIERO, YOANA ALEXANDRA PULIDO SANTACRUZ e HIPOLITO VELA FIGUEREDO de allí no se puede extraer la convivencia aquí exigida pues no se narran las circunstancias del por qué conocen de la convivencia de la demandante con la de cujus, desconociendo esta Corporación lo sucedido entre la pareja, siendo precarias tales manifestaciones para los efectos aquí pretendidos.

Y por otro lado como bien lo dijo el Juez de primera instancia no se pueden desconocer los dichos del causante plasmados en la declaración efectuada en el año 2010, donde en vida señaló que desde *“hace 15 años”* estaba separado de cuerpos con la señora Yolanda Vásquez Acosta (Archivo 11 pág. 136), esto es, desde el año 1995 por lo que a lo sumo se acreditarían tan solo 3 años de convivencia de la pareja, esto es, desde la data de su matrimonio 24 de diciembre de 1993 y hasta el año 1995.

Así las cosas, en esta litis, solo quedó acreditado que la señora YOLANDA VÁSQUEZ ACOSTA convivió en alguna época con el pensionado, no obstante, se insiste, no existe medio probatorio alguno que permita evidenciar actos de pareja entre el de cujus y la demandante en el tiempo previsto en la ley (5 años en cualquier época) y que es el analizado. Se destaca, las pruebas logran inferir una posible relación - unión entre la pareja o convivencia durante algún tiempo, no obstante, no existe certeza de que la actora hubiese convivido con el de cujus durante el tiempo ya señalado. Sobre este asunto, la CSJ en sentencia SL958-2023, enseñó:

“En tales condiciones, no es cualquier medio de convicción el que puede resultar idóneo para tener por probado, en casos como el presente, la existencia del apoyo, acompañamiento y vida en común para el momento del óbito, pues el deber de quien reclama esa prestación pensional, consiste en acreditar con suficiencia ese vínculo con una vocación de permanencia, aun en casos en que por circunstancias especiales, entre ellas de trabajo los cónyuges o compañeros no puedan estar permanentemente juntos, bajo el mismo techo, para así garantizar que la prestación económica a reconocer protegerá el núcleo familiar que en vida conformó con el pensionado. (...).

*El requisito de la convivencia real y efectiva como condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, **entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, apoyo espiritual y físico y camino hacia un destino común; excluye así, los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no generan las condiciones necesarias de una comunidad de vida.***

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto.”.

Reiterando la Sala en este punto, se debe demostrar la **intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y efectivo y un acompañamiento espiritual permanente**, lo cual en autos no se acreditó.

Y aunque, si bien es cierto, no es necesario que la pareja viva bajo el mismo techo cuando ello obedezca a razones atendibles, no es menos cierto que debe permanecer entre la pareja el ánimo de mantener el vínculo, la ayuda mutua y el proyecto de vida en común, situaciones estas últimas que para la Sala no están acreditadas pues, aunque el pensionado fallecido no dormía con la demandante y fue internado en un hogar Geriátrico del 30 de marzo del 2015 al 30 de agosto del

2016 y del 24 de noviembre del 2016 al 10 de julio del 2017 conforme fue certificado por dicho lugar, este término no se podría ver interrumpido por la convivencia que eventualmente venia sosteniendo la demandante con aquél, no obstante, como ya se advirtió, los medios probatorios no lucen suficientes para acreditar la convivencia que se exige en estos casos de manera continua.

Conforme a todo lo anterior, para esta Sala de decisión, en autos no hay certeza de una convivencia real y efectiva entre la demandante y el causante durante por lo menos 5 años en cualquier época, confirmándose en este punto la decisión del Juez de primer grado.

De esta manera, como ya se señaló se concluye la orfandad probatoria por parte de la promotora del litigio dirigidas acreditar los 5 años de convivencia en cualquier época con el fallecimiento, no encontrándose demostrado por tanto el supuesto de hecho sobre el cual se fundan sus pretensiones, destacando en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tenía interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones era la parte actora, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*".

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, para la Sala no se acreditó el requisito de la convivencia por parte de la señora YOLANDA VÁSQUEZ ACOSA, exigido por la normatividad aplicable y en ese orden se debe proceder a la confirmación de la sentencia.

SIN COSTAS en esta instancia.

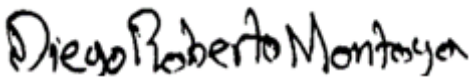
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
ACLARACIÓN DE VOTO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FANNY MORALES
MARTÍNEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 14 2022 00152 01)**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo dos mil veinticuatro (2024)

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 las apoderadas de PORVENIR y 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 14 de diciembre de 2023 (archivo 27 expediente digital récord 31:32), en la que se resolvió, frente a este expediente 2022-152 lo siguiente *-por cuanto también se dictó fallo de otro proceso pero en la misma audiencia-*:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hicieron las demandantes señoras FANNY MORALES MARTÍNEZ, proceso 152 del 2022, y VIRGINIA CARDONA POSADA proceso 156 del 2022, del Régimen de prima media administrado por el extinto seguro social al de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., señalando como consecuencia de esta declaración, que ningún efecto Jurídico surtió tal acto y por tanto siempre estuvieron afiliadas al régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., donde se encuentra actualmente vinculadas a trasladar hacia COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluido rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, mismos que deben retornarse a COLPENSIONES, debidamente Indexados.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo.

CUARTO: CONDENAR en costas de la acción a los fondos demandados en los dos procesos en oportunidad se tasarán.”

Inconforme con la decisión la apoderada de PORVENIR apeló la decisión en relación con la condena de la devolución de gastos de administración y demás conceptos, aduciendo los gastos de administración tienen una destinación legal específica establecida en la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que estas sumas tienen por mandato legal una destinación específica donde se ha cumplido plenamente su cometido en el periodo en el cual la demandante ha mantenido la vinculación en el régimen de ahorro individual con solidaridad, señalando estas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la AFP, pues fueron destinadas a cubrir todos esos gastos que ha implicado la correcta administración de esos recursos aportados a la cuenta de la demandante.

Frente a restituir las sumas por conceptos de primas de seguros previsionales expresa estas tampoco se encuentran en poder de la demandada sino en la compañía aseguradora que se contrató para la cobertura del pago de esas sumas adicionales necesarias para financiar esas prestaciones que por mandato legal así lo requerían, precisando las mismas también cumplieron su objetivo y en consecuencia ya se agotaron teniendo en cuenta esa cobertura que se brindó por parte de la respectiva compañía de seguros.

Y finalmente respecto de la condena por indexación, aduce su improcedencia teniendo en cuenta que ello equivaldría a una sanción injustificada que no guarda ninguna correspondencia en cuanto los efectos jurídicos de la ineficacia ni mucho menos con las restituciones que de ellos pueda derivarse, de manera que de confirmarse la sentencia se estaría frente a un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante en la medida que se estaría inaplicado esas normas que regulan las restituciones mutuas e ineficacias del acto jurídico, refiriendo que esas sumas que se pidieron reintegrar fueron invertidas para el mantenimiento de las cotizaciones por lo que al imponer la sanción de devolverlos indexados implicaría

que por un mismo hecho se impongan dos condenas teniendo en cuenta la orden efectuada por el despacho (archivo 27 expediente digital récord 33:21¹)

Por su parte COLPENSIONES refiere, no compartir la decisión de primera instancia pues en el trascurso del proceso no se logró demostrar el supuesto engaño sufrido por la accionante así como la falta de información al momento de la asesoría, indicando que si se llega a revisar el formulario de afiliación suscrito bajo la gravedad de juramento allí se encuentra la manifestación expresa de que lo hizo libre y por su propia voluntad, por lo que considera la afiliación de la señora Fanny morales Martínez se hizo con el lleno de los requisitos legales y en dicha oportunidad no manifestó su deseo de retractarse, razón por la cual no podría ordenarse el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida, refiriendo dentro del

¹ Muchas gracias su señoría estando en esta oportunidad Procesal me permito interponer recurso de apelación de forma conjunta tanto para el proceso de Fanny morales del año 2022 152 y Virgelina Cardona 2022 156, que procedo a sustentarlo inmediatamente.

en relación a la condena de devolver ciertos valores en este punto sobre devolver los gastos de administración las sumas sobre primas de seguros previsionales y el fondo de garantía de pensión mínima se debe decir en primer lugar que las sumas que corresponden a los gastos de administración tienen una destinación legal específica establecida en la ley 100 de 1993 esto así teniendo en cuenta estas sumas que tienen por mandato legal una destinación específica que en este caso se ha cumplido plenamente su cometido en el periodo en el cual ambas demandantes pues han mantenido es vinculación en el régimen de ahorro individual con solidaridad de tal suerte que estas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada pues fueron destinadas a cubrir todos esos gastos que ha implicado la correcta administración de esos recursos aportados a las cuentas de las demandantes principalmente esto es con el objetivo de tener inversiones o incrementos de esos recursos que se encuentran en esa cuenta de ahorro individual, frente a restituir las sumas por conceptos de primas de seguros previsionales también se deben decir que no se encuentran en poder de la demandada si no en la compañía aseguradora que se contrató para la cobertura de ese pago de esas sumas adicionales necesarias para financiar esas prestaciones que por mandato legal así lo requieren pues esta destinación de estas sumas también cumplió su objetivo y en consecuencia a que ya se agotaron teniendo en cuenta esa cobertura que se brindó por parte de la respectiva compañía de seguros donde también se hizo efectiva sin poder retrotraer en el tiempo por ser material y jurídicamente imposible, así mismo pues no es viable que la compañía de seguros donde también se hizo efectiva y no puede retrotraerse en el tiempo por ser material y jurídicamente imposible así mismo no es viable que se restituyan estas sumas que sirvieron para que esa cobertura se presentara teniendo en cuenta que no cumplirían ningún objetivo en el régimen de prima media en el cual no existe esa necesidad de contratar seguros previsionales para los fines que si están previstos en el régimen de ahorro individual con solidaridad

ahora frente a las sumas con destino al fondo de pensión mínima se debe manifestar que no hay ninguna razón de orden jurídico para ordenar la remisión a Colpensiones de esas sumas aportadas al fondo de garantía de pensión mínima pues teniendo en cuenta que esto equivaldría a una sanción injustificada que no guarda ninguna correspondencia en cuanto sus efectos jurídicos de la ineficacia ni mucho menos con las restituciones que de ellos pueda derivarse, de manera que así de confirmarse la sentencia estaríamos frente a un enriquecimiento sin causa en favor de las partes demandantes en la medida que se estarán inaplicado esas normas que regulan las restituciones mutuas y ineficacias del acto jurídico, siendo necesario indicar que estas sumas que pidieron reintegrar a mi representada fueron invertidas para el mantenimiento de las cotizaciones de las demandantes de manera que así se reitera que al imponer esta sanción de devolverlos indexados implicaría que por un mismo hecho se imponga dos condenas teniendo en cuenta ya la orden efectuada por el despacho teniendo en cuenta los rendimientos de manera que así en estos términos dejo sustentado mi recurso de apelación solicitándole muy respetuosamente al despacho se conceda el mismo en el efecto suspensivo para ambos procesos muchas gracias.

expediente no hay prueba alguna de que efectivamente la demandante se encuentre en presencia de algún vicio del consentimiento como es el error, fuerza o dolo como tampoco evidencia dentro de los formularios de afiliación nota de pretexto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de los mismos y al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre coerciones o presiones indebidas, aunado a que en las oportunidades legales la demandante nunca manifestó su deseo de retractarse a su afiliación al RAIS por ende debe asumir las consecuencias legales de tal decisión que no fue otra que regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que considera no es procedente alegar después de tanto tiempo que fue engañada solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas, reiterando la vinculación al RAIS se ajustó a la ley y goza de plena validez. (archivo 27 expediente digital récord 36:56²)

² Gracias su señoría teniendo en cuenta la sentencias condenatorias de primera instancia proferidas por el honorable juzgado catorce laboral del circuito de Bogotá me permito interponer y sustentar recurso de apelación en los procesos con radicados 2022 156 y 2022 152, en las sentencias el juzgado ordeno declarar ineficaz la afiliación al RAIS de la accionantes Virgelina Cardona Posada y Fanny Morales Martínez para en su lugar tenerlas afiliadas al régimen de prima media con prestación definida junto con el traslado de parte de la AFP demandada de todos los aportes cotizaciones, frutos rendimientos entre otros conceptos tasados en su cuenta de ahorro individual al respecto me permito manifestar que la administradora colombiana de pensiones no comparte la decisión toda vez que como se indicó tanto en las contestaciones de demanda como en los alegatos de conclusión nunca en el transcurso del proceso se logró demostrar el supuesto engaño sufrido por las accionante y sufrido por parte del fondo privado así como la falta de información al momento de la asesoría, al ser este un asunto probatorio donde Colpensiones no tiene documentos o conoció en su momento la mencionada asesoría recibida por las accionantes queda sujeto aquello que la AFP del RAIS logre demostrar respecto de su correspondiente gestión, lo anterior de acorde al estatuto del consumidor leyes y decretos que regulan la afiliación de los particulares al sistema de régimen de ahorro individual con solidaridad no obstante lo anterior si se llegan a revisar los formularios de afiliación y el traslado firmado por las demandantes suscritos bajo la gravedad de juramento en los mismos se encuentra la manifestación expresa de que lo hicieron libre y por su propia voluntad por tanto la afiliación de la señora Virgelina Cardona Posada y Fanny Morales Martínez se hizo con el lleno de los requisitos legales y en dicha oportunidad no manifestaron su deseo de retractarse, razón por la cual no podrá ordenarse el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida así mismo dentro de los expedientes no hay prueba alguna de que efectivamente a las demandantes se les hubiese incurrido en la falta del deber de información por parte de la AFP que se está en presencia de algún vicio del consentimiento como es el error fuerza o dolo así mismo no se evidencia dentro de los formularios de afiliación nota de pretexto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de los mismos al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre coerciones o presiones indebidas, vistos los hechos de las demandas es fácil concluir que no se da el vicio del consentimiento alegado por error toda vez que le mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica que es el acto del contrato celebrado entre las hoy demandantes y la AFP accionada, por no tratarse de un error evidente o un error de nulidad que afecta la validez del acto y lo condena a su anulación y rescisión judicial de lo anterior se deduce que la decisión libre y voluntaria sin presiones y en las oportunidades legales las demandantes nunca manifestaron su deseo de retractarse a su afiliación al RAIS por ende deben asumir las consecuencias legales de tal decisión que no fueron otras que regirse por las normas procedimientos y requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual con solidaridad de modo que no es procedente alegar después de tanto tiempo que fueron engañadas solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas esto significa que la vinculación de las administradoras del RAIS se ajustó a la ley y goza de plena validez es entonces de concluir entonces que las accionadas en sus pretensiones funden sus argumentos en el hecho de haber sido engañadas por los asesores del fondo privado a las cuales han estado afiliadas por lo que de conformidad con lo expuesto en el

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 (Exp. Digital: archivo 01, páginas 3 y 4), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 2 y 3, ibidem), aspirando principalmente se declare la nulidad de la afiliación efectuada a PORVENIR, en consecuencia, se ordene a dicha AFP retornar todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos al RPM, así mismo se ordene a COLPENSIONES a recibirla y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional realizado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con PORVENIR S.A., a quien condenó a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluido rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, 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 PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante al momento del traslado.**

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

artículo 15 y 16 del código civil y el 167 del código general del proceso le correspondería la carga de probar dicha información lo que brillo por su ausencia en estos presentes casos centrándonos en los hechos y pretensiones de la demandantes se tiene que estas no están llamadas a prosperar en cuanto que carecían de la reunión total de las exigencias y rigurosidades que establecía para retornar del RAIS al RPM por lo anterior solicito muy respetuosamente al honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral que revoquen las sentencias proferidas en primera instancia dentro de los radicados 2022 156 y 2022 152 y en su lugar se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las condenas.

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 18 de abril de 1967 (Página 18 archivo 03 expediente administrativo), por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 16 de noviembre del 2021 (Páginas 37 a 48, ibidem), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional; y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con **226.14** semanas cotizadas al sistema (Página 62 Archivo 10 expediente digital), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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
1584	226.29	0	0.00	1	0.14	3499	499.86	0	0.00	1	0.14
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DÍAS: 1583		SEMANAS: 226.14		DÍAS: 3498		SEMANAS: 499.71					
El número de semanas se calculó con días calendario											

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



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 abril/2023
ACTUALIZADO A: 12 abril 2023

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	Cédula de Ciudadanía	Fecha de Nacimiento:	18/04/1967
Número de Documento:	51854135	Fecha Afiliación:	25/02/1987
Nombre:	FANNY MORALES MARTINEZ	Correo Electrónico:	
Dirección:	CR 9 NRO 72 21	Ubicación:	
Estado Afiliación:	Trasladado		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

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

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1006200095	BCO CIAL ANTIOQ SUC	25/02/1987	13/07/1989	\$47.370	124,29	0,00	0,00	124,29
1006202080	FIMCA	24/11/1989	04/01/1990	\$70.260	6,00	0,00	0,00	6,00
1008216860	SUPERNUMERARIOS LTDA	07/06/1991	01/07/1991	\$79.290	3,57	0,00	0,00	3,57
1008228592	TRB EFICIENTE INMD L	24/06/1992	23/11/1992	\$111.000	21,86	0,00	0,00	21,86
1006200148	BANCO GANADERO	23/11/1992	31/12/1994	\$232.804	109,86	0,00	0,14	109,71

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 **27 de agosto de 1999 con fecha de efectividad 01 de octubre de ese año** (páginas 29 y 54, «*Archivo 10 expediente digital*»), por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, 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 error del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

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

“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».

regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario, pues manifestó que al momento del traslado en el año 1999 unos asesores llegaron a su lugar de trabajo, donde se le indicó que el ISS se iba a liquidar, que era más beneficioso trasladarse al fondo privado, que se iban a perder los recursos hasta ese momento en el Seguro Social, podía recibir unos rendimientos mejores y se que se podía pensionar antes, por la cual accedió a firmar el formulario de afiliación, sin que le explicaran de manera detallada cómo funcionaba el RAIS, ni como se pensionaría en el mismo.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, la demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, olvidando PORVENIR S.A. ponerle de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (página 29, archivo 10 expediente digital), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

⁶ Audiencia del 7 de diciembre del 2023, audio archivo 23 expediente digital, récord: 5:47

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

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

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

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

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

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

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

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

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado». De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (27 de agosto de 1999, efectivo el 01 de octubre de ese año) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones PORVENIR, 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 porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

No obstante, lo anterior atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de COLPENSIONES, se adicionará el ordinal segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR S.A. también debe devolver las **comisiones**, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia CSJ SL2877-2020 en la cual sostuvo:

«(...)

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

Igualmente se 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.

También es importante señalar en este punto a la apelante 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 como lo ordenó la Juez a quo, 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).

Precisando, respecto de la devolución de los gastos de administración, rendimientos y seguros previsionales, punto de apelación de PORVENIR, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual 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 No. 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

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

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

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan “*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con*

base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.” (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁷, a favor de quien se surte la consulta (páginas 29 y 30, *Archivo 11 expediente digital*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala, 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 **PORVENIR S.A.** devolver a **COLPENSIONES** además de lo ordenado 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 esa administradora, conforme lo considerado.

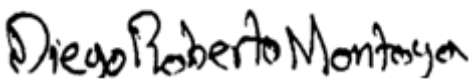
⁷ Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto 1 de agosto del 2023 (*Archivo 12 expediente digital*).

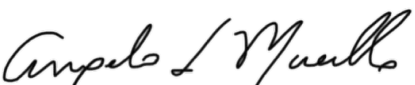
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS ALFONSO OVALLE VILLALBA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. (RAD. 15 2021 00115 01)

Bogotá D.C. veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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 COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 5 de diciembre de 2023 (*Audiencia virtual, archivo 63 expediente digital récord: 1:40:35*), en la que se resolvió:

“PRIMERO DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por el señor demandante **LUIS ALFONSO OVALLE VILLALBA** del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día 2 de febrero del año 2005, a través de la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a la **AFP COLFONDOS S.A** donde se encuentra actualmente afiliado el demandante, trasladar los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, correspondiente a los aportes, los rendimientos, los gastos de administración previstos en el literal q del artículo 13 y artículo 20 de la ley 100 de 1993, comisiones que haya descontado, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos; todo lo anterior con destino a la Administradora del régimen de prima media **COLPENSIONES S.A** a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación del señor demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR A LA AFP PROTECCION S.A donde en alguna época estuvo afiliado el señor demandante, trasladar los recursos o sumas correspondientes a los gastos de administración previstos en el literal q del artículo

*13 y artículo 20 de la ley 100 de 1993, por el periodo en que administró las cotizaciones del demandante el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y en general cualquier recurso que haya descontado del señor demandante; todo lo anterior con destino a la Administradora del régimen de prima media **COLPENSIONES S.A** a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación del señor demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, conforme se expuso en la parte motiva.*

TERCERO: ABSOLVER a las partes demandadas de la pretensión relacionada con perjuicios morales, frente a las mismas **DECLARAR** demostradas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación.

CUARTO: DECLARAR no demostradas las excepciones propuestas por las demandadas, respecto a la pretensión relacionada con la ineficacia del traslado. Si la presente providencia no fuere impugnada, dada la naturaleza jurídica de Colpensiones, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta.

QUINTO CONDENAR EN COSTAS a la AFP PROTECCION S.A para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a **(1)** un salario mínimo legal vigente para el año 2023. **SIN COSTAS** a favor ni en contra respecto a **COLFONDOS S.A** y **COLPENSIONES S.A**, conforme se expuso en la parte motiva.”.

Inconforme con la decisión COLFONFOS apeló la decisión en todo lo que le fue desfavorable con relación al numeral primero de la demanda que declara la ineficacia del traslado y así mismo la remisión de los rendimientos, intereses, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima o al fondo de solidaridad, señalando que ellos como entidad tenían la obligación de recibir al demandante en el año 2012 para su afiliación en virtud de un traslado horizontal que se permitía dentro de esta fecha, recordando que él tenía hasta el mes de Mayo de 2008 para poder retornar al régimen de prima media sin embargo él bajo su propia voluntad decidió quedarse en el régimen de ahorro individual con solidaridad y más aún en el año 2012 ratifica su escogencia al régimen de ahorro individual en este caso a Protección.

Expresa que dentro del plenario se ve que efectivamente Protección ha radicado todo su material probatorio donde demuestra que sí se dio una afiliación y que el formulario también se dio bajo la voluntad del mismo señor Ovalle.

En relación con la devolución de los rendimientos, intereses y gastos de administración y aportes al sistema del fondo de garantía mínima o fondo de solidaridad indica ello debe ser revaluado por el a quo, puesto que los efectos de la ineficacia dejan en un limbo jurídico muchos beneficios del RAIS y la ineficacia del traslado no debe ser el mecanismo oportuno para poder estudiar este tipo de

pretensiones de demanda ya que los efectos de la ineficacia es que se debe dejar en los efectos natural la afiliación inicial, sin embargo esto es imposible de efectuar en estos procesos, por lo tanto las afp no tendrían derecho ni a las cuotas de administración en virtud de que queda sin fundamento ya que nunca estuvo afiliado a un fondo privado pues el fondo privado no tendría las cuotas de administración y en ese orden de ideas la misma suerte deberían tener los rendimientos e intereses, ya que el afiliado tendría solamente derecho a los aportes que él efectuó en calidad de cotizante. (*Audiencia virtual, archivo 63 expediente digital récord: 1:30:32¹*)

¹ Muchas gracias su señoría me permito dentro del término oportuno presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su honorable despacho, sea primero indicar que el suscrito presenta recurso de apelación en todo lo que le fue desfavorable a mi representada con relación al numeral primero de la demanda que declara la ineficacia del traslado y así mismo la remisión de los rendimientos intereses gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima o al fondo de solidaridad me permito sustentarlo de la siguiente manera primero sea de indicarle al a quo que mi representado como muy bien lo determino el despacho teníamos la obligación de recibir al demandante en el año 2012 para su afiliación ya en virtud de un traslado horizontal que se permitía dentro de esta fecha recordando que él tenía hasta el mes de Mayo de 2008 para poder retornar al régimen de prima media sin embargo el bajo su propia voluntad decidió quedarse en el régimen de ahorro individual con solidaridad y más aún en el año 2012 ratifica pues su escogencia al régimen de ahorro individual en este caso a protección y mi representada Colfondos pensiones y cesantías, con esto pues queremos indicar que Colfondos realizo un estudio con base a la edad del afiliado con base a las semanas cotizadas precisamente en este año 2012 donde se procedió a verificar que en efecto no se podía retornar al régimen de prima media, por lo tanto la mayor favorabilidad que tenía el afiliado era estar afiliado a Colfondos pensiones y cesantías ya que pues para esta época en el año 2012 incluso en la afiliación actual es uno de los fondos de pensiones que mayor rendimientos e intereses ha generado en la cuenta de ahorro individual de nuestros afiliados y eso también se puede ver en la cuenta de ahorro individual del señor Ovalle, en ese orden de ideas debe expresarse que ese mismo concepto lo tendríamos en la fecha actual mediante el tema de doble accesoria que efectivamente para la fecha de afiliación el señor demandante tenía setecientas semanas aproximadamente y una edad avanzada 56 años de edad por lo tanto ya estaría próximo muy cerca de llegar a la edad de pensión por que en ese orden de ideas lo más probable era que el afiliado bajo su expectativa laboral pues quizás no pudiese alcanzar las 1.300 semanas que incluso a la fecha actual no ha alcanzado en ese orden de ideas lo más pertinente era que estuviera afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, dentro del plenario vemos que efectivamente protección ha radicado todo su material probatorio donde demuestra que si se dio una afiliación que demuestran que el formulario también se dio una afiliación bajo la voluntad del mismo señor Ovalle el señor Ovalle pues manifiesta acerca de varias circunstancias con respecto de la afiliación que fue su empleador sin embargo muy respetuosamente solicito al aquo examinar ese interrogatorio de parte ya que el manifiesta si haber recibido información diferente a la fecha de hoy con todo respecto considera el suscrito que omite informar acerca de la verdadera información que se le suministro, señores magistrados también me permito presentar apelación en la devolución de los rendimientos, intereses y gastos de administración y aportes al sistema del fondo de garantía mínima o fondo de solidaridad en ese orden de ideas me permito sustentar que la declaratoria de la ineficacia debe ser revaluada por el aquo puesto los efectos de la ineficacia dejan en un limbo jurídico muchos beneficios que deja el RAIS la ineficacia del traslado no debe ser el mecanismo oportuno para poder estudiar este tipo de pretensiones de demanda ya que los efectos de la ineficacia es que se debe dejar en los efectos natural la afiliación inicial sin embargo esto es imposible poder efectuarse en estos procesos en efecto la ineficacia del traslado como el juez lo determina se indica que pues se regresa a un estado natural la afiliación por lo tanto las afp no tendríamos derecho ni a las cuotas de administración en virtud de que queda sin fundamento ya que nunca estuvo afiliado a un fondo privado pues el fondo privado no tendría las cuotas de administración en ese orden de ideas la misma suerte deberían tener los rendimientos e intereses los rendimientos y intereses señores magistrados son emolumentos nacen única y exclusivamente de la naturaleza del régimen de ahorro individual con solidaridad quiere decir que sin la existencia del RAIS no pueden existir rendimiento e intereses en favor de afiliados se generan en virtud a la administración de los recursos de la afp, en ese orden de ideas si se declara una ineficacia deja sin fundamento jurídico y legal los intereses y rendimientos y por lo tanto en el caso de que el aquo considere confirmar la decisión del despacho muy respetuosamente le solicito servir entrar a analizar estos fundamentos ya que el afiliado tendría solamente derecho a los aportes que el efectuó en calidad de cotizante porque en efecto esos son los que tendría derecho de los dineros que debía tener Col pensiones solamente los aportes que realizo en este caso el señor Alfonso Ovalle sin embargo los intereses y rendimientos no tendría derecho porque la misma suerte

COLPENSIONES por su parte manifiesta que la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia ha sostenido que la ineficacia de traslado no puede predicarse respecto de todos los casos de manera automática o de consulta si no que depende de las falencia de la información o inexistencia del consentimiento informado hubieran recibido un perjuicio claro cierto y específicamente determinable para el afiliado en el momento que se produjo el traslado, dado que los afiliados no deberían estar autorizados para demandar la ineficacia de traslado simplemente porque pasado el tiempo su plan de pensión no resulto con sus aspiraciones, señalando que en el caso en concreto se determinó que el traslado de régimen que se presentó en el año de 1995 surgió en respecto de los derechos fundamentales de la autonomía de la voluntad y la libre escogencia de régimen, pue el instituto de seguros sociales nunca le sugirió o requirió realizar dicho cambio, por lo que los funcionarios de protección no coaccionaron al señor Luis Alfonso para que se cambiara de régimen, fue este que de manera libre y voluntaria decidió firmar el formulario de afiliación, fue claro el suministro de la información que el señor Luis Alfonso, no requirió mayor información y mucho menos esta le fue negada con el cambio de entidad que hizo el señor Luis Alfonso en el año 1995 a protección, por lo que se ratifica la afiliación y continuación en el régimen de ahorro individual y ha de entenderse que no hubo falencia en la información ni mucho menos la falta de un consentimiento informado ni de haberse presentado algún tipo de deficiencia en el traslado, situación que no fue probada dentro del proceso la misma ya se encuentra saneada dado que con los aportes al sistema realizados por más de 20 años ha de entenderse la voluntad nítida del señor Luis Alfonso su cotización y continuación con el régimen de ahorro individual.

Aduce no es posible exigírseles la exhibición de pruebas inexistentes para la época de los hechos dado que la normatividad para el año de 1995 imponía el deber a los fondos de pensiones de brindar una información clara, precisa detallada y veraz el deber consistía precisamente en eso administrar información y no dejar constancia del suministro de esa información, dado que la misma se brinda de manera verbal y con la firma del formulario se entendía el consentimiento informado otorgado por el afiliado porque exigírsele documento adicional al formulario de afiliación allegado es una carga desproporcionada por las demandadas, por lo anterior solicita al fallador de segunda instancia revocar

de la cuota de administración tienen la misma suerte de estos en ese orden de ideas muy respetuosamente solicito a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá sala laboral revisar este tema incluso revocar la sentencia proferida por el despacho muchísimas gracias su señoría

la sentencia de primera instancia y en consecuencia negar las pretensiones de la demanda y absolver a Colpensiones, así como no imponer costas a cargo de Colpensiones dado la buena fe con la que siempre ha actuado esta entidad, en que la misma es solo un tercero invitado al pleito ya que nada tuvo que ver Colpensiones con el traslado de régimen realizado

Señala que en caso de que se llegare a confirmar la decisión se mantenga la condena impuesta a la afp en el entendido que esta deberá reintegrar la totalidad de la cotización que recibió, esto es los recursos de la cuenta individual las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima rendimientos bonos pensionales cuotas de seguros previsionales cuotas de administración y cuotas en la merma de la cuenta individual, así mismo solicita se condicione al previo cumplimiento de las obligaciones que se imponga a la afp toda vez que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto la afp reintegre los recursos a mi representada y actualice la información del demandante en la respectiva base de datos. *(Audiencia virtual, archivo 63 expediente digital récord: 1:37:01²)*

² Gracias su señoría estando dentro del término otorgado para ello me permito interponer y sustentar el recurso de apelación en los siguientes términos en la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia ha sostenido que la ineficacia de traslado no puede predicarse respecto de todos los casos de manera automática o de consulta si no que depende de la falencia de la información o inexistencia del consentimiento informado hubieran recibido un perjuicio claro cierto y específicamente determinable para el afiliado en el momento que se produjo el traslado dado que los afiliados no deberían estar autorizados para demandar la ineficacia de traslado simplemente porque pasado el tiempo su plan de pensión no resulto con sus aspiraciones, analizadas las circunstancias en este caso en concreto se determinó que el traslado de régimen que se presentó en el año de 1995 surgió en respecto de los derechos fundamentales en la autonomía de la voluntad y la libre escogencia de régimen toda vez que de lo plasmado en la demanda y en las respuestas dadas por el señor Luis Alfonso en el interrogatorio de parte es posible llegar a las siguientes conclusiones el instituto de seguros sociales nunca le sugirió requirió realizar dicho cambio si bien los funcionarios de protección no coaccionaron al señor Luis Alfonso para que se cambiara de régimen fue este que de manera libre y voluntaria decidió firmar el formulario de afiliación fue claro el suministro de la información que el señor Luis Alfonso no requirió mayor información y mucho menos esta le fue negada con el cambio de entidad que hizo el señor Luis Alfonso en el año 1995 a protección se ratifica la afiliación y continuación en el régimen de ahorro individual porque lo que de todo lo anterior ha de entenderse que no hubo falencia en la información ni mucho menos la falta de un consentimiento informado si no que lo que aquí se presenta es una inconformidad del demandante porque su plan de pensión no resulto acorde con sus aspiraciones además de haberse presentado algún tipo de deficiencia en el traslado situación que no fue probada dentro del proceso la misma ya se encuentra saneada dada que con los aportes al sistema realizado por más de 20 años ha de entenderse la voluntad nítida del señor Luis Alfonso su cotización y continuación con el régimen de ahorro individual

Para finalizar respecto de la carga de la prueba si bien este extremo procesal comparte lo manifestado por su señoría respecto que la carga fue trasladada a las demandadas no es posible exigirles la exhibición de pruebas inexistentes para la época de los hechos dado que la normatividad para el año de 1995 imponía el deber a los fondos de pensiones de brindar una información clara, precisa detallada y veraz el deber consistía precisamente en eso administrar información y no dejar constancia del suministro de esa información dado que la misma se brinda de manera verbal y con la firma del formulario se entendía el consentimiento informado otorgado por el afiliado porque exigirle documento adicional al formulario de afiliación allegado es una carga desproporcionada por las demandadas por lo anterior respetuosamente se solicita al fallador de segunda instancia revocar la sentencia de primera instancia y en consecuencia negar las pretensiones de la demanda y absolver a Colpensiones así como no imponer costas a cargo de Colpensiones

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (**Páginas 2 y 3, archivo 1 Expediente Digitalizado**), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (**Páginas 3 a 4, ibidem**), aspirando se declare la nulidad e ineficacia del traslado de régimen efectuado a Protección S.A., en consecuencia se condene a dicha AFP y a COLFONDOS a trasladar los aportes a pensión, junto con todos los rendimientos financieros, igualmente se ordene a Colpensiones a recibir todos los aportes desde la fecha en que se llevó a cabo el traslado de régimen actualizando su historia laboral, se condene al pago de perjuicios morales y materiales estimados en 100 smlmv, condenas *ultra y extra petita* y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuado por el demandantes del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día **2 de febrero del 2005** a través de la AFP PROTECCIÓN y como consecuencia de lo anterior se ordenó a dicha AFP y a COLFONDOS a trasladar los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, correspondiente a los **rendimientos, gastos de administración** previstos en el literal q) del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, las **comisiones** que le haya descontado, el **porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima** con destino a la administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES, asimismo, ordenó que Colpensiones reciba dichos recursos, reactive la afiliación del demandante y acredite las semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual. Igualmente, condenó en costas a PROTECCIÓN y absolvió a Colpensiones y a Colfondos, también absolvió de los perjuicios reclamados por el actor. **Lo anterior tras**

dado la buena fe con la que siempre ha actuado esta entidad en que la misma es solo un tercero invitado al pleito ya que nada tuvo que ver Colpensiones con el traslado de régimen realizado

Sin embargo en caso de que se llegare a confirmar la decisión por el honorable tribunal ruego que se mantenga la condena impuesta a la afp en el entendido que esta deberá reintegrar la totalidad de la cotización que recibió esto es los recursos de la cuenta individual las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión minina rendimientos bonos pensionales cuotas de seguros previsionales cuotas de administración y cuotas en la merma de la cuenta individual así mismo les solicito a los honorables magistrados se condicione al previo cumplimiento de las obligaciones que se imponga a la afp toda vez que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto la afp reintegre los recursos a mi representada y actualice la información del demandante en la respectiva base de datos muchas gracias su señoría.

considerar, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado, señalando no obrar prueba de los perjuicios reclamados.

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 demandante el 28 de junio de 1956 (*Conforme se registra en la cedula de ciudadanía Páginas 73 y 74, Archivo 01 Expediente Digitalizado*), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y COLFONDOS el 2 de diciembre del 2020 (*páginas 99 y 103 del archivo 03 del expediente digital*), esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con **275,71** semanas cotizadas al sistema (*Historia Laboral aportada por Colpensiones y por Colfondos en respuesta a un derecho de petición Archivo 5 expediente digital página 97 y Archivo 20 pág.*

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)⁴, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como bien lo señala Colpensiones en su apelación.

4

ORIGEN DE DATOS	DOCUMENTO	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	PRIMER NOMBRE	SEGUNDO NOMBRE
Registraduría/Das	C 19319658	OVALLE	VILLALBA	LUIS	ALFONSO
Afiliados	C 19319658	OVALLE	VILLALBA	LUIS	ALFONSO

RESUMEN HISTORIA LABORAL								
Nit/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta	No. Días	Salario	Error/ observación
P 1006117943 - 11	CENTRO DODGE LTDA	LABORAL	TRADICIONAL	11/03/1980	30/09/1980	204	\$4,410	
P 1006117943 - 11	CENTRO DODGE LTDA	LABORAL	TRADICIONAL	01/10/1980	10/03/1981	161	\$5,790	
N 800141397	POLICIA NACIONAL - DIRECCION ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA	LABORAL	CETIL	01/11/1986	11/02/1991	1564	\$0	
N 800141397	POLICIA NACIONAL - DIRECCION ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA	LABORAL	CETIL	12/02/1991	12/02/1991	1	\$57,600	
P 1989814465 - 11	OVALLE VILLALBA LUIS A	LABORAL	TRADICIONAL	16/09/1994	31/12/1994	107	\$98,700	
C 19319658	OVALLE LUIS A	LABORAL	AUTOLIQUIDACION	30/01/1995	31/01/1995	2	\$118,933	
C 19319658	OVALLE VILLALBA LUIS A	LABORAL	AUTOLIQUIDACION	01/04/1995	30/11/1995	244	\$118,933	
C 19319658	OVALLE VILLALBA LUIS A	LABORAL	AUTOLIQUIDACION	01/12/1995	05/12/1995	5	\$119,000	
N 830003729	SAESA	LABORAL	AUTOLIQUIDACION	03/06/1998	30/06/1998	28	\$327,000	
N 830003729	SAESA	LABORAL	AUTOLIQUIDACION	01/07/1998	31/08/1998	62	\$350,000	
N 830003729	SAESA	LABORAL	AUTOLIQUIDACION	01/09/1998	15/09/1998	15	\$195,000	
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
1930	275.71	0	0.00	0	0.00	2393	341.86	0	0.00	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DÍAS:		1930	SEMANAS:		275.71	DÍAS:		2393	SEMANAS:		341.86
El número de semanas se calculó con días calendario											

Advirtiéndose en este punto, el demandante reportó afiliación al Instituto de Seguros Sociales desde el 11 de marzo de 1980 efectuando aportes hasta el 30 de septiembre de 1998, entidad a la que se encontraba afiliado al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, por lo que al tenor de lo previsto en el inciso final del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se entiende que continuó su afiliación a dicho instituto administrador del régimen de prima media, pues según esa misma disposición, para que ello sea así, no se requiere de comunicación a la entidad pensional o del diligenciamiento de formulario alguno en el que conste su inscripción a la misma.

De otra parte, en el mes de febrero del 2005 el actor se afilió a PROTECCIÓN administradora de fondo de pensiones que pertenece al régimen de ahorro individual con solidaridad, acto jurídico con el cual ha de entenderse, indudablemente, que existió un traslado de régimen pensional, en tanto dejó de pertenecer al régimen de prima media que administraba el ISS para vincularse al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Precisando por esta Sala de Decisión, no tiene relevancia el hecho de que el actor hubiese dejado de efectuar cotizaciones de octubre de 1998 a enero del 2005, dicho de otro modo, que se encontrara inactivo, por cuanto no puede perderse de vista que la afiliación al sistema general de pensiones se realiza por una sola vez y no se pierde por el hecho de dejar de cotizar, iterándose en este particular el actor venía con una afiliación previa al ISS, y tal como se ilustró en precedencia, no



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 diciembre/2021
ACTUALIZADO A: 06 diciembre 2021

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	Cédula de Ciudadanía	Fecha de Nacimiento:	28/06/1956
Número de Documento:	19319658	Fecha Afiliación:	23/09/1995
Nombre:	LUIS ALFONSO OVALLE VILLALBA	Correo Electrónico:	
Dirección:	CR 110C BIS 72 28	Ubicación:	
Estado Afiliación:	Trasladado		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

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

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1006117943	CENTRO DODGE LTDA	11/03/1980	10/03/1981	\$5.790	52,14	0,00	0,00	52,14
1989814485	OVALLE VILLALBA LUIS	16/09/1994	31/12/1994	\$98.700	15,29	0,00	0,00	15,29
19319658	OVALLE VILLALBA LUIS	01/01/1995	31/01/1995	\$118.933	0,14	0,00	0,00	0,14
19319658	OVALLE VILLALBA LUIS	01/04/1995	30/11/1995	\$118.933	34,29	0,00	0,00	34,29
19319658	OVALLE VILLALBA LUIS	01/12/1995	31/12/1995	\$119.000	0,71	0,00	0,00	0,71
830003729	SAESA	01/06/1998	30/06/1998	\$327.000	4,00	0,00	0,00	4,00
830003729	SAESA	01/07/1998	31/08/1998	\$350.000	8,57	0,00	0,00	8,57
830003729	SAESA	01/09/1998	30/09/1998	\$195.000	2,14	0,00	0,00	2,14
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:								117,29

existía una restricción en el tiempo para trasladarse de régimen pensional (art. 11 del D. 692 de 1994)⁵.

Aclarado lo anterior, se tiene entonces es con fundamento en la ausencia del suministro de información que 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 **1° de febrero del 2005 con fecha de efectividad 2 de febrero del 2005** (*Páginas 30 y 38 archivo 47 del expediente digital*) por afiliación que hiciera a la AFP PROTECCIÓN, conforme al formulario de afiliación a esa AFP y el registro SIAFF expedido por ASOFONDOS.

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

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

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

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

⁵ “(...)

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

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.

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).

⁶ 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 demandante al fondo accionado PROTECCIÓN.

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante (Audio Archivo 63, récord: 7:47) no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar al lugar donde trabajaba, llegó una asesora de PROTECCIÓN quien le informó que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría, siendo dicha AFP quien tenía mayor liquidez, llenándole un formulario el cual firmó, pero de manera alguna le indicó sobre las modalidades pensionales en el RAIS, requisitos para pensionarse anticipadamente, entre otros aspectos, situación que en manera alguna da a entender que el actor conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado.

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que 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, 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 PROTECCIÓN proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características.

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

potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

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

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

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

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

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

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

...

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

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por

tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

Como se ve, ya para el año **2005**, cuando se produjo el traslado del aquí demandante a la AFP PROTECCIÓN estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (1º de febrero del 2005 efectivo el 2 de febrero de ese año), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo

señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional 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 -20 años-, a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar a la impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar al demandante al momento de su traslado no fue acreditada por esa AFP razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.

Valga aclarar igualmente a COLPENSIONES para resolver los argumentos de apelación, 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.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de la AFP COLFONDOS (Archivo 17 pág. 102), como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el demandante, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado.

Sin embargo, debe precisarse, ésta Sala de Decisión adicionará el numeral primero y segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. también **deberán retornar las**

primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁸, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁹, haciéndose extensible a los conceptos que ordenó el a quo (rendimientos, gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima), por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

“(…)

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

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.

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 afiliado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008,

rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,** junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor.” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

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

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

[...]

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

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

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de

cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

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

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

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 afiliado.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES¹⁰ (Página 8, archivo 19 del expediente digital), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar

¹⁰ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 6 de julio de 2023, archivo 54 del expediente digital.

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 del punto de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará conforme a lo expuesto y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

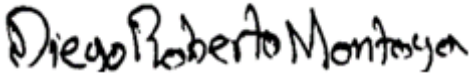
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **PRIMERO y SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a **COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.** retornar a COLPENSIONES **las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, debidamente **indexadas** con cargo a sus propias utilidades, haciéndose extensible a los rendimientos, gastos de administración, comisiones y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, conforme lo considerado.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDON LONDOÑO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NANCY GUZMÁN
SÁNCHEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 15 2023 00157 01).**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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 COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 31 de enero del 2024 (*Audio Archivo 11 expediente digital, récord: 1:21:37*), en la que se resolvió:

“PRIMERO. Condenar a la Administradora de pensiones Colpensiones al reconocimiento y pago a favor de la señora demandante Nancy Guzmán Sánchez de la pensión de sobrevivientes que dejó causada su conyugue, el señor Rubén Darío Ramírez Castro, la cual se reconocerá a partir del día 07 de marzo bueno al día siguiente, 08 de marzo del año 2022 en un valor procedente de un salario mínimo legal vigente, de un millón de pesos para ese momento, la cual se pagara en 13 mesadas anuales y se le deberá hacer los reajustes que ha dispuesto el gobierno nacional año a año y hasta su inclusión en nómina por el valor que corresponda al momento de la inclusión en nómina. Igualmente se ordena que ese retroactivo que se ha venido causando desde el 8 de marzo del año 2022 se pague debidamente indexado y actualizado en forma anual desde la fecha de causación de cada mesada y hasta su momento efectivo de pago e inclusión en nómina y del mismo se autoriza descontar los correspondientes aportes al sistema general de seguridad social en salud. Todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO. Absolver a la Administradora colombiana de pensiones Colpensiones de las demás pretensiones invocadas en la acción, específicamente el reconocimiento de los intereses moratorios sobre el retroactivo y frente a las mismas declarar entonces la inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y,

no demostradas las excepciones respecto a la condena en lo que tiene que ver con la pensión de sobreviviente.

TERCERO. *Condenar en costas a la parte demandada, la Administradora colombiana de pensiones Colpensiones para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo, lo correspondiente a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2024.*

CUARTO. *Si la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de Colpensiones y de acuerdo a lo dispuesto en el art 69 del CPTSS, se remitirán las diligencias al superior para efectos de que la revise en el grado jurisdiccional de consulta.”*

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación solicitando se sirva revocar la sentencia en su totalidad y se absuelva a su representada de todas las condenas impuestas, señalando la señora Nancy Guzmán Sánchez no cumple con los requisitos mínimos de convivencia para proceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, expresando se debe exigir una convivencia mínima al momento de la muerte lo que resulta ser un requisito constitucionalmente valido en tanto constituye una garantía de legitimidad y justicia que favorece los intereses de los otros miembros del grupo familiar del causante, refiere el propósito en la institución es proteger al pensionado y a su familia de posibles convivencias de última hora que no se configuran como reflejo de una intención legítima de hacer vida marital, sino que persiguen la obtención del beneficio económico que reporta la titularidad de una pensión de vejez o invalidez.

Aduce la pensión de sobrevivientes prevista para los regímenes de prima media y de ahorro individual, persigue la protección del núcleo familiar del afiliado o pensionado que fallece frente a las adversidades económicas ocasionadas con su muerte, indicando fue por esa razón que el legislador como mecanismo de protección a miembros del grupo familiar instituyo el requisito de convivencia durante los últimos 5 años anteriores a la muerte para el compañero o cónyuge supérstite con el fin de proteger a los beneficiarios legítimos de ser desplazados con quien solo busca aprovechar el beneficio económico, advirtiendo es necesario que cuando alguien clama haber tenido el carácter de conyugue o compañero permanente respecto de quien ha perecido para acceder al disfrute de la pensión sustitutiva debe demostrar que, en efecto, convivía en la época inmediatamente anterior al fallecido del pensionado asegurado.

Por lo anterior indica para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es requisito indispensable la convivencia de 5 años anteriores al fallecimiento del

causante de manera permanente e ininterrumpida con el fin de proteger a los beneficiarios ilegítimos o aquellos que solo buscan interés netamente económico, considerando la señora Nancy Guzmán Sánchez no logro acreditar que convivió con el señor Rubén Darío Castro conforme lo establece el artículo 47 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la ley 797 del 2003, esto es, 5 años continuos con anterioridad a la muerte del causante.

Finalmente con relación a la indexación por valor adeudado señala se debe tener en cuenta lo manifestado por la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral con la ponencia del magistrado Gustavo Hernando López Algarra, referencia SL-16440 del 2014 bajo la radicación No. 42343 acta 30 del 27 de agosto del 2014 donde dijo *“conforme a los apartes transcritos, los intereses moratorios e indexación son incompatibles frente a su aplicación a las mesadas pensionales en mora de pago en la medida que los intereses moratorios involucran un componente inflacionario que afecta el poder adquisitivo del dinero, es decir, incluye la indexación por lo que sería una carga doble para el mismo concepto aclarando que impuesta la condena por intereses moratorios no hay lugar a otra por indexación”* (Audio Archivo 11 expediente digital, récord: 1:23:48¹)

¹ Estando dentro del término otorgado por la ley, me permito interponer y sustentar el recurso de apelación en los siguientes términos.

Respetuosamente le solicito al fallador de segunda instancia revocar la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda y absolver a Colpensiones, así como de imponer costas a cargo de Colpensiones dada la buena fe con la que ha actuado esta entidad. Primero decir que nos ratificamos en las razones y los fundamentos de hecho dispuestos en el escrito de contestación de la demanda y demás expuestas en los alegatos de conclusión. En este orden de ideas y hechas las aclaraciones de conformidad con los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, se determina que la señora Nancy Guzmán Sánchez no cumple con los requisitos mínimos de convivencia para proceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

¿Cuál es el propósito y requisito de convivencia para acceder a la pensión de sobrevivientes?, se debe exigir una convivencia mínima al momento de la muerte lo que resulta ser un requisito constitucionalmente valido en tanto constituye una garantía de legitimidad y justicia que favorece los intereses de los otros miembros del grupo familiar del causante, promueve compromisos reales de vida. Al efecto, la Corte Constitucional en sentencia C-1179 del 2001 expresó: El objetivo fundamental perseguido es el de proteger a la familia, en efecto en la circunstancia de que el conyuge o compañero permanente del causante deban cumplir ciertas exigencias de índole personal y temporal para acceder a la pensión de sobrevivientes, constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar. También busca favorecer económicamente a aquellos matrimonios o uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de continuidad, pero también dicha disposición intenta amparar el patrimonio del pensionado de posibles maniobras fraudulentas realizadas por personas que con falsa motivación de instituir una vida marital, responsable y comprometida solo pretenden derivar un beneficio económico de la extracción pensional. El propósito en la institución es proteger al pensionado y a su familia de posibles convivencias de última hora que no se configuran como reflejo de una intención legítima de hacer vida marital, sino que persiguen la obtención del beneficio económico que reporta la titularidad de una pensión de vejez o invalidez. En este sentido es claro que la norma pretende evitar la transmisión fraudulenta de la pensión de sobrevivientes.

En una decisión más reciente, se analizó la importancia que reviste para el ordenamiento el cumplimiento de la convivencia al amparo de las siguientes premisas: la pensión de sobrevivientes prevista para los regímenes de prima media y de ahorro individual, persigue la protección del núcleo familiar del afiliado o pensionado

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

que fallece frente a las adversidades económicas ocasionadas con su muerte, es por ellos que el legislador como mecanismo de protección a miembros del grupo familiar instituyó el requisito de convivencia durante los últimos 5 años anteriores a la muerte para el compañero o cónyuge supérstite con el fin de proteger a los beneficiarios legítimos de ser desplazados con quien solo busca aprovechar el beneficio económico. De igual forma, resulta pertinente enunciar lo señalado en la sentencia T-425 de mayo 06 del 2004 en la cual la Corte Constitucional Sala Octava de decisión señaló: El reconocimiento de la pensión de sobrevivientes está sujeta a una comprobación material de la situación afectiva y de convivencia en que vivía el trabajador pensionado fallecido al momento de su muerte con respecto de que la conyugue o compañero permanente para definir acerca de la titularidad del derecho de la pensión de sobrevivientes.

Así mismo, la mencionada Corporación en sentencia T-122/2000 sobre el mismo aspecto se pronunció en los siguientes términos: Exigencia. Demostrar la convivencia afectiva con el pensionado asegurado en los años anteriores a su muerte es imprescindible para obtener el derecho a sustitución pensional y que se trata de observar y acreditar una situación real de vida de dos personas, es decir, adentrarse en el contenido mismo de los hechos y no en tramites o declaraciones formales para demostrar que si existió la convivencia y si en consecuencia de ello generó derechos a favor del solicitante. La convivencia efectiva es esencial para tener derecho a la pensión sustitutiva, lo es por cuanto a partir de la decisión de los conyugues y compañeros permanentes se configura la familia, pero como esa convivencia entre ellos puede cesar y cada uno de los miembros de la pareja están en la posibilidad de establecer otra relación de misma índole, es necesario que cuando alguien clama haber tenido el carácter de conyugue o compañero permanente respecto de quien ha perecido para acceder al disfrute de la pensión sustitutiva a demostrar que, en efecto, convivía en la época inmediatamente anterior al fallecido del pensionado asegurado.

De acuerdo a lo anteriormente presentado para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es requisito indispensable la convivencia de 5 años anteriores al fallecimiento del causante de manera permanente e ininterrumpida. Es de aclarar que la pensión de sobrevivientes sigue la protección del núcleo familiar del afiliado o pensionado que fallece, es por ello, por lo que el legislador como mecanismo de protección instituyó el requisito de convivencia durante los últimos 5 años anteriores a la muerte con el fin de proteger a los beneficiarios ilegítimos o aquellos que solo buscan interés netamente económico.

En conclusión, la señora Nancy Guzmán Sánchez no logro acreditar que convivió con el señor Rubén Darío Castro conforme lo establece el artículo 47 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la ley 797 del 2003, esto es, 5 años continuos con anterioridad a la muerte del causante, razón suficiente para que mi representada negada la solicitud deprecada y como sustento jurídico se tare a colación lo manifestado con la sentencia SU-149 del 2021.

Ahora bien, con relación a la indexación por valor adeudado es preciso señalar lo manifestado por la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral con la ponencia del magistrado Gustavo Hernando López Algarra, referencia SL-16440 del 2014 bajo la radicación No. 42343 acta 30 del 27 de agosto del 2014 donde dijo “conforme a los apartes transcritos, los intereses moratorios e indexación son incompatibles frente a su aplicación a las mesadas pensionales en mora de pago en la medida que los intereses moratorios involucran un componente inflacionario que afecta el poder adquisitivo del dinero, es decir, incluye la indexación por lo que sería una carga doble para el mismo concepto aclarando que impuesta la condena por intereses moratorios no hay lugar a otra por indexación. En efecto la indexación está dirigida, entre otras, a actualizar una deuda laboral pensional con índice de precios al consumidor IPC certificado por el DANE para así validar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal al transcurso del tiempo, al tanto que los intereses moratorios conforme al artículo 141 de la ley 100 del 93 por su carácter resarcitorio económico, constituye un mecanismo para dar respuesta al retardo en la solución de las mesadas pensionales, la tal incluye la orientación a impedir que estas devengan irrisorias por la notoria pérdida del poder adquisitivo de los fondos monetarios. Corte Suprema de Justicia SL 11 de mayo del 2005, radicación 22605, por lo cual se aplica la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúa el pago de la obligación. De esta manera, se pide respetuosamente a los honorables magistrados revocar la sentencia dictada en primera instancia por este Despacho Judicial. Muchas gracias su señoría”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante **NANCY GUZMÁN SÁNCHEZ**, las pretensiones que relacionó en la demanda (Archivo 01 expediente digital, página 2), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados en las páginas 1 y 2 del mismo archivo, solicitando se declare Colpensiones está obligada a reconocer la pensión de sobrevivientes a partir del 8 de marzo del 2022, junto con los intereses moratorios o en subsidio la indexación de las sumas adeudadas. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones** por cuanto se ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, estableciendo como valor del 100% de la mesada la suma un salario mínimo legal mensual vigente para la época del fallecimiento del afiliado (2022), esto es, la suma de \$1.000.000, autorizando efectuar los correspondientes descuentos en salud del retroactivo adeudado, absolviendo de los intereses moratorios y condenando a la indexación de las sumas adeudadas.

Todo lo anterior tras considerar que la demandante acreditó su condición de beneficiaria como cónyuge del causante, como también la convivencia con el de cujus, por 5 años en cualquier época.

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, además del recurso de apelación de Colpensiones y en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en su favor, se circunscribe en determinar si procede o no el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la aquí reclamante, como también la condena por indexación en caso de salir avante el reconocimiento pensional.

Previo a dilucidar el debate planteado, es menester precisar, no es objeto del litigio:

- 1) El señor RUBÉN DARÍO RAMÍREZ CASTRO, falleció el **7 de marzo del 2022**, conforme se señala en Registro Civil de Defunción visible en el Archivo 01 expediente digital página 20.
- 2) El causante se encontraba casado con la señora NANCY GUZMÁN SÁNCHEZ desde el 22 de octubre de 1992 (Archivo 01 pág. 15).
- 3) El de cujus ostentaba la calidad de AFILIADO al sistema general de pensiones, administrado por Colpensiones efectuado su última cotización

como trabajador dependiente el 7 de marzo del 2022, acreditando un total de 1260 semanas (Ver Resolución SUB 158603 del 10 de junio del 2022 pág. 24 Archivo 01)

Así las cosas y para resolver el presente asunto, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante (7 de marzo del 2022) 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 o en forma temporal y por 20 años si tiene menos de 30 años.

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 1993², era de 5 años, independientemente de que el causante de la prestación fuera un afiliado o pensionado, **tal criterio fue revaluado** por esa Corporación, señalando que la lectura de la precitada disposición (literal a) del art.13 de la Ley 100 de 1993 advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado, enfatizando, *“una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador”, bastando la demostración de la calidad invocada -cónyuge o compañero (a) permanente-*

² **“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Artículo modificado por el artículo [12](#) de la Ley 797 de 2003. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

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

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

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte²; (...)

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”. (Negritas y subrayas fuera de texto)

Igualmente, 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.*

Y 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 NANCY GUZMÁN SÁNCHEZ nació el 28 de marzo de 1969 (*copia de la cédula de ciudadanía Archivo 01 pág. 13*) por lo que a la fecha de fallecimiento del causante (7/03/2022) contaban con 52 años de edad cumplidos, acreditando así el primero de los requisitos.

Ahora en cuanto a la calidad de cónyuge como ya se vio obra el registro civil de matrimonio del cual se extraje que la actora contrajo nupcias con el afiliado fallecido el 22 de octubre de 1992 acreditando su condición de cónyuge, por lo que se procede entonces analizar la convivencia con el causante para el momento de su fallecimiento.

Advirtiéndose como pruebas en este proceso tan solo se encuentran el interrogatorio de parte de la demandante y un testimonio así:

La señora **NANCY GUZMÁN SÁNCHEZ** expresó en su interrogatorio que conoció al de cujus cuando tenía 15 años, iniciando una relación sentimental por 6 años y convivencia con este en el año 1990, señaló que se casaron en el año 1992 y vivieron juntos solo hasta finales del mes de febrero del año 2021, expresando que ella decidió separarse de cuerpos del causante debido a una infidelidad por parte

de aquel, razón por la cual la actora se fue a vivir a Bogotá con su hija y con su nieto, comentando la causa de la muerte del afiliado en marzo del 2022 fue debido a que este se suicidó.

Por su parte la testigo **EDNA MARITZA VELÁSQUEZ**, esposa del hermano de la demandante (cuñada) informó haber conocido a la pareja de esposos hace 21 años, refiriendo que siempre los vio juntos en una finca en Chinauta hasta 1 año antes del fallecimiento del señor RUBEN DARIO RAMÍREZ CASTRO, dado que siempre compartían con la pareja en vacaciones y en fechas especiales dada su familiaridad, no sabe el motivo de la separación pero aduce durante ese año la demandante vivía con su hija y el de cujus en Chinauta en la finca, esto es, en lugares separados.

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 contrario a lo afirmado en primera instancia 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 NANCY GUZMAN SÁNCHEZ con el señor RUBEN DARIO RAMÍREZ CASTRO (q.e.p.d.) por cuanto es claro que existió una separación de cuerpos de la cónyuge con el afiliado desde finales de febrero del año 2021 -pues así lo confesó en su interrogatorio- situación que en todo caso fue reafirmada por la testigo, ocurriendo el óbito el 7 de marzo del 2022, esto es, por espacio de un año, sin que obren elementos de prueba de los que se pudiera derivar la continuidad de la unión de pareja ese periodo pese a esa separación.

Téngase en cuenta que 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 los consortes **para el momento del deceso** del señor RAMÍREZ CASTRO, advirtiéndose aún cuando la demandante convivió con su esposo desde la fecha de su matrimonio -22 de octubre de 1992- y hasta finales de febrero del año 2021, es decir, por espacio de 29 años, ha de tenerse en cuenta conforme al

actual criterio jurisprudencial la convivencia exigida para la cónyuge de un afiliado no es de 5 años en cualquier época -como sí ocurre para el caso del fallecido pensionado- sino una convivencia real y efectiva al momento de la muerte, y como se vio en este asunto la actora decidió separarse de cuerpos de su esposo 1 año antes de su deceso, por voluntad propia, recordándose en este punto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral sentencia SL 2560-2023 Rad. 89142 del 4 de octubre del 2023, ha establecido unas excepciones a esa regla general de convivencia así:

*“Ahora bien, esta Sala estableció unas excepciones a la mencionada regla general de convivencia, por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 10 may. 2007, rad. 30141, reiterada en CSJ SL3813-2020 se estimó que aun cuando la pareja no pueda permanecer en un mismo lugar por razones de **trabajo, salud, fuerza mayor o por cualquier motivo ajeno a su voluntad**, ello no conlleva inexorablemente a que desaparezca la comunidad de vida.*

Además, dijo la Corporación que la vivencia común se mantiene «si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio» (CSJ SL3813-2020).

De manera que la jurisprudencia laboral ha concluido que la cohabitación debe ser evaluada de acuerdo con las particularidades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los cuales, cónyuges o compañeros no residan bajo el mismo techo; pero subsistan aspectos que indiquen en forma inequívoca que la relación afectiva permanece (CSJ SL3202-2015).”

Supuestos en los que no se encuadra la decisión tomada por la actora para separarse de su esposo y en esa medida no se puede catalogar como una excepción a esa regla general de convivencia.

Ahora y en cuanto al requisito de convivencia aquí señalado como exigido a la demandante para obtener el derecho reclamado, bueno resulta traer a colación lo explicado por la Máxima Corporación en reciente sentencia SL-328-2024³ Rad. 86692 del 24 de enero del 2024 así:

“Tratándose del cónyuge o compañera (o) permanente bajo la Ley 797 de 2003, se reconocieron diferentes situaciones fácticas que no se encontraban en el estatuto original y, frente a cónyuge y compañero (a) permanente contempló:

Artículo 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o

³ Magistrado Ponente Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA

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 superviviente, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente superviviente, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

[...]

Lo expuesto nos lleva a la pregunta de ¿qué es lo que debe ser acreditado a efectos de ser beneficiario de esta prestación en la condición de cónyuge o compañero (a) permanente **tratándose de un afiliado**?; y para responder, es preciso acudir a la sentencia CSJ SL2223-2018, en la que se dejó sentado para el primer caso, que no es suficiente que se demuestre el vínculo matrimonial para, a partir de ello, generar el derecho a la pensión de sobrevivientes, por cuanto, para concretar el cumplimiento de requisitos se requiere la convivencia marital efectiva (solidaridad, ayuda y socorro mutuo), que consolida el concepto de familia que es la amparada por la seguridad social. En dicha providencia se señaló:

En ese orden, importa a la Corte recordar que la jurisprudencia ha considerado que no basta la acreditación del vínculo conyugal para que de allí se derive, necesariamente, el supuesto de hecho de la convivencia marital, pues ésta sólo es predicable de una realidad efectiva, que debe ser demostrada en el proceso. Por ello, no es admisible el argumento esgrimido por la recurrente, en cuanto a que el literal b del artículo 13 de la normativa referida excluyó el requisito “de convivencia de los cinco (5) años anteriores al fallecimiento, cuando quiera que el lazo jurídico se encuentra indeleble”.

A este respecto basta traer a colación lo dicho en sentencia de 17 de agosto de 2011 (Radicación 37368), reiterado muchas veces, en el siguiente contexto:

“En sentencia de 28 de septiembre de 2010, rad. N° 38213 dijo la Corte textualmente:

“Es criterio asentado por la jurisprudencia que para que el cónyuge pueda acceder a la pensión de sobrevivientes de conformidad con lo previsto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, no es suficiente con la demostración del requisito formal del vínculo matrimonial, sino que es menester que se demuestre la efectiva convivencia de la pareja, como elemento indispensable para entender que está presente el concepto de familia que es la amparada por la seguridad social.

[...]

“Ciertamente se es cónyuge por virtud del matrimonio, pero no basta con la formalidad solemne de su celebración para conformar el grupo familiar protegido por la seguridad social. Esta calidad sólo se puede predicar de quienes, además, han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo -elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se

tienen, con vida en común o aún en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias, ora por limitación de medios, ora por oportunidades laborales.

“El artículo 47 de la Ley 100 de 1993 al establecer que el cónyuge o compañero permanente supérstite son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los equipara en razón a la condición que les es común para ser beneficiarios: ser miembros del grupo familiar. No significa ello que se desconozca la trascendencia de la formalización del vínculo en otros ámbitos, como para la filiación en el derecho de familia, o para quien lo asume como deber religioso por su valor sacramental, sino que se trata de darle una justa estimación a la vivencia familiar dentro de las instituciones de la seguridad social, en especial la de la pensión de sobrevivientes, que como expresión de solidaridad social no difiere en lo esencial del socorro a las viudas y los huérfanos ante las carencias surgidas por la muerte del esposo y padre; es obvio que el amparo que ha motivado, desde siglos atrás, estas que fueron una de las primeras manifestaciones de la seguridad social, es la protección del grupo familiar que en razón de la muerte de su esposo o padre, o hijo, hubiesen perdido su apoyo y sostén cotidiano, pero no para quien esa muerte no es causa de necesidad, por tratarse de la titularidad formal de cónyuge vaciada de asistencia mutua.

“La preponderancia del elemento formal en la constitución de la familia, como mecanismo concebido por el legislador de siglos anteriores para proteger la unidad familiar, por fuerza de la evolución social, ha venido cediendo espacio a favor del concepto de familia forjado en la realidad de la solidaridad cotidiana. Primero en el ámbito de la seguridad social, el artículo 55 de la Ley 90 de 1946 mandaba tener por viuda a la mujer [incluso a las mujeres] con quien el asegurado haya hecho vida marital; luego en el campo del derecho civil, la ley 54 de 1990 protege a familia constituida por la comunidad de vida permanente y singular; y en 1991, el artículo 42 del ordenamiento superior extiende el reconocimiento constitucional a la familia que se integre bajo ‘la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla’.

“En la Constitución de 1991 se amplió el hasta entonces restringido concepto de familia para proteger, ahora sí en un absoluto plano de igualdad, no sólo a aquella conformada por vínculos jurídicos, sino también a la surgida de vínculos urdidos en la vida y realidad diarias, trasladando, así, el elemento fundacional de la familia, de la naturaleza jurídica del vínculo a la voluntad libre y permanente de conformarla”. (Subraya la Sala).

Así las cosas, es pertinente reiterar que en el sistema pensional prevalece la debida asignación de la prestación al beneficiario definido por el legislador y, que en el caso de la **muerte del afiliado** es a aquel que verdaderamente se ve privado de ese sustento material proveniente del fallecido y que, independientemente de la separación de hecho o liquidación de la sociedad conyugal, **mantiene intacto el concepto de familia que es el amparado por la seguridad social.**

Bajo tales lineamientos, una cosa debe quedar en claro y es que, cuando se está ante **la muerte del afiliado, el cónyuge o compañera o compañero permanente, deberá acreditar de manera fehaciente y, sin lugar a duda, que el núcleo de familia estaba vigente a la data de fallecimiento y, de haber una separación de hecho, que esta sea de aquellas consideradas como excusables por no afectar la vocación de parentela como ha señalado esta Corporación.** Por manera que el operador judicial no podrá estarse solo a la formalidad del registro civil de matrimonio, sino que deberá verificar que el vínculo se mantenía en vigor. (Subrayas y negrillas fuera de texto)

(...)

(...) conforme a la línea de esta Corporación, en cuanto al condicionamiento para acceder a dicha prestación en calidad de cónyuge, compañera o compañero permanente se centran en la vocación de familia sin que para el efecto se establezca

un tiempo específico, salta a la vista que la accionante no ostenta el derecho a la prestación pretendida.

Dicho en otras palabras, a pesar de tener un vínculo formal de cónyuge, no existía entre los consortes un núcleo de familia, y no hay evidencia de que existiera una separación de hecho justificada que mantuviera indemne la voluntad de conformar esa unión, por lo que, bajo el entendimiento del concepto de beneficiario protegido en la seguridad social la accionante no ostenta tal calidad.”

Situación que ocurrió en autos pues a pesar de que la señora NANCY GUZMAN SÁNCHEZ 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 marzo del 2022-.

De esta manera, en el presente asunto, no se encuentra demostrado el supuesto de hecho sobre el cual se fundan las pretensiones, destacando en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, era la actora quien tenía interés jurídico en que resultaran probadas sus afirmaciones, lo cual quedó expuesta a lo que Cernelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*".

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, habiéndose arribado a distintas conclusiones a las vertidas por el Juez a quo, lo que se sigue es la revocatoria de la sentencia apelada, por las razones aquí expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia, se REVOCAN las de primer grado y quedan a cargo de la parte actora.

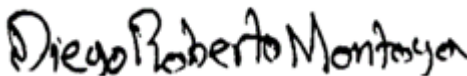
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

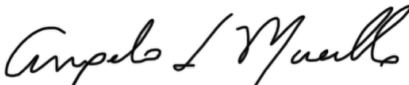
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo de primera instancia, por las razones aquí expuestas y, en su lugar, **ABSOLVER** a COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por NANCY GUZMÁN SÁNCHEZ.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia correrán a cargo de las accionantes.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
SALVAMENTO DE VOTO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JULIO CESAR
BEJARANO HEREDIA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 15 2023 00254 01)**

Bogotá D.C. veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 24 de enero del 2024 (*Audiencia virtual, archivo 11 expediente digital récord: 1:02:12*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación o traslado efectuado por el señor demandante JULIO CESAR BEJARANO HEREDIA, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, el día 20 de abril del año 2001, y como consecuencia de lo anterior ordenar a la dicha AFP PORVENIR, a que traslade los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual del señor demandante, correspondientes a aportes, rendimientos, gastos de administración previsto en el literal q del artículo 13 y artículo 20 de la ley 100, comisiones que haya descontado, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todo lo anterior con destino a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, a esta a que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que en el alguna época tuvo el señor demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual consecuencia natural de esta ineficacia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la AFP PORVENIR, para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo, lo correspondiente a un salario mínimo legal vigente para el año 2024, sin costas en favor ni en contra de COLPENSIONES.

TERCERO: DECLARAR no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas y si la presente providencia no fuere impugnada, se remitirán

las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión COLPENSIONES manifiesta que la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia ha sostenido que la ineficacia de traslado no puede predicarse respecto de todos los casos de manera automática o de consulta si no que depende de las falencia de la información o inexistencia del consentimiento informado hubieran recibido un perjuicio claro cierto y específicamente determinable para el afiliado en el momento que se produjo el traslado, dado que los afiliados no deberían estar autorizados para demandar la ineficacia de traslado simplemente porque pasado el tiempo su plan de pensión no resulto con sus aspiraciones, señalando que en el caso en concreto se determinó que el traslado de régimen que se presentó en el año de 2001 surgió en respeto de los derechos fundamentales de la autonomía de la voluntad y la libre escogencia de régimen, pues el instituto de seguros sociales nunca le sugirió o requirió realizar dicho cambio, por lo que los funcionarios de Porvenir no coaccionaron al señor Julio Cesar para que se cambiara de régimen, fue este que de manera libre y voluntaria decidió firmar el formulario de afiliación, fue claro el suministro de la información que le dieron y no requirió mayor información y mucho menos esta le fue negada con el cambio de entidad que hizo en el año 2001 a Porvenir, por lo que se ratifica la afiliación y continuación en el régimen de ahorro individual y ha de entenderse que no hubo falencia en la información ni mucho menos la falta de un consentimiento informado ni de haberse presentado algún tipo de deficiencia en el traslado, situación que no fue probada dentro del proceso la misma ya se encuentra saneada dado que con los aportes al sistema realizados por más de 20 años ha de entenderse la voluntad nítida del señor Julio Cesar, su cotización y continuación con el régimen de ahorro individual.

Aduce no es posible exigírseles a las AFP la exhibición de pruebas inexistentes para la época de los hechos dado que la normatividad para el año de 2001 imponía el deber a los fondos de pensiones de brindar una información clara, precisa detallada y veraz, el deber consistía precisamente en eso, administrar información y no dejar constancia del suministro de esa información, dado que la misma se brinda de manera verbal y con la firma del formulario se entendía el consentimiento informado otorgado por el afiliado porque exigírsele documento adicional al formulario de afiliación allegado es una carga desproporcionada por las demandadas, por lo anterior solicita al fallador de segunda instancia revocar la sentencia de primera instancia y en consecuencia negar las pretensiones de la

demanda y absolver a Colpensiones, así como no imponer costas a cargo de Colpensiones dado la buena fe con la que siempre ha actuado esta entidad, donde la misma es solo un tercero invitado al pleito ya que nada tuvo que ver Colpensiones con el traslado de régimen realizado

Señala que en caso de que se llegare a confirmar la decisión se mantenga la condena impuesta a la afp en el entendido que esta deberá reintegrar la totalidad de la cotización que recibió, esto es los recursos de la cuenta individual las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión minina, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales, cuotas de administración y cuotas en la merma de la cuenta individual, así mismo solicita se condicione al previo cumplimiento de las obligaciones que se imponga a la AFP toda vez que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto la AFP reintegre los recursos a su representada y actualice la información del demandante en la respectiva base de datos. *(Audiencia virtual, archivo 63 expediente digital récord: 1:04:30¹)*

¹ Muchas gracias su señoría estando dentro del término otorgado para ello me permito interponer y sustentar recurso de apelación en los siguientes términos:

La sala de casación laboral de la corte suprema de justicia ha sostenido que la ineficacia de traslado no puede predicarse respecto de todos los casos de manera automática en consulta si no que depende de las falencias de afiliación en el consentimiento informado hubieran producido un perjuicio claro cierto y específicamente determinable para el afiliado en el momento que se produjo el traslado dado que los afiliados no deberían estar autorizados para demandar la ineficacia del traslado simplemente porque pasado el tiempo su plan de pensión no resulto acorde con sus aspiraciones analizadas las circunstancias particulares con este caso en concreto se demostró que el traslado de régimen que se efectuó en este caso para el año 2001 surgió respecto de la autonomía de la voluntad y la libre escogencia de régimen toda vez que lo plasmado en la demanda y las respuestas dadas por el señor julio cesar en el interrogatorio de parte es posible llegar a las siguientes conclusiones primero el instituto de seguros sociales hoy Colpensiones nunca le sugirió o requirió cambiarse de régimen dos la afp porvenir brindo asesoría directa al señor julio cesar a favor de sus funcionarios previa a la realización del traslado tercero si bien los funcionarios de porvenir no coaccionaron al señor julio cesar para que se cambiara de régimen fue este que de manera libre y voluntaria decidió firmar el formulario de afiliación, cuarto fue tan claro el suministro de información que el señor julio cesar no requirió mayor información y mucho menos esta le fue negada, quinto con el cambio de la entidad que hizo el señor julio cesar para el año 2001 a horizonte se ratifica la intención de afiliación y continuación en el régimen de ahorro individual

Por lo que de todo lo anterior ha de entenderse que no hubo falencia de información y mucho menos la falta de un consentimiento informado si no lo que aquí se presenta es una inconformidad del demandante porque su plan de pensión no resulto de acorde con sus aspiraciones, además de haberse presentado algún tipo de deficiencia en el traslado situación que no fue probada dentro del proceso la misma ya se encuentra saneada dado con los aportes realizados por más de veinte años ha de entenderse la voluntad nítida del señor julio cesar de su continuación en el régimen de ahorro individual

Para finalizar respecto de la carga de la prueba si bien este extremo procesal comparte y respeta lo manifestado por su señoría respecto que la carga fue trasladada a las demandadas no es posible exigirles la exhibición de pruebas inexistentes para la fecha de los hechos dado que la normatividad para el 2001 imponía el deber a los fondos de brindar información clara precisa y detallada del deber consistía precisamente en eso suministra información no dejar constancia del

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (**Páginas 2 y 3, archivo 1 Expediente Digitalizado**), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (**Páginas 3 a 5, ibidem**), aspirando se declare la nulidad de la afiliación efectuada a Porvenir S.A., en consecuencia, se condene a dicha AFP a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, incluidas las comisiones y los rendimientos a que hubiere lugar, igualmente se ordene a Colpensiones activar su afiliación y que sea tal entidad la que debe reconocer la pensión de vejez, condenas *ultra y extra petita* y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día **20 de abril del 2001** a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR y como consecuencia de lo anterior se ordenó a dicha AFP a trasladar los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, correspondiente a los **rendimientos, gastos de administración** previstos en el literal q) del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, las **comisiones** que le haya descontado, el **porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima** y el **bono pensional** si ya está acreditado en la cuenta, con destino a la administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES, asimismo, ordenó que Colpensiones reciba dichos recursos, reactive la afiliación del demandante y acredite las semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media teniendo en cuenta para todos los efectos

suministro de esa información dado que la misma se brindaba de manera verbal y con la firma del formulario se entendía el consentimiento informado otorgado por el afiliado porque exigírsele documento adicional al formulario de afiliación allegado es una carga desproporcionada para la demandada

Por lo anterior muy respetuosamente se solicita al fallador de segunda instancia revocar la sentencia de primera instancia y en consecuencia negar las pretensiones de la demanda y absolver a Colpensiones, así como no imponer costas a cargo de Colpensiones dado la buena fe con la que siempre ha actuado esta entidad que la misma solo es un tercero invitado al pleito ya que nada tuvo que ver Colpensiones con el traslado de régimen realizado.

Sin embargo, en caso de que se llegare a confirmar la decisión por parte del honorable tribunal ruego se mantenga la condena impuesta a la AFP Porvenir en el entendido de que esta deberá reintegrar la cantidad de la cotización que recibió, toda vez que mi representada no podrá dar cumplimiento a la sentencia tanto que mi representada la afp porvenir reintegre los recursos a mi representada y actualice la información del demandante en la respectiva base de datos muchas gracias su señoría.

como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual. Igualmente, condenó en costas a PORVENIR y absolvió a Colpensiones. **Lo anterior tras considerar**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A. antes HORIZONTE no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, se tiene como fecha de nacimiento del demandante el 20 de enero de 1963 (*Conforme se registra en la cedula de ciudadanía Página 22, Archivo 01 Expediente Digitalizado*), por lo que la edad de 62 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2025, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 15 de junio del 2023 (*páginas 24 a 27 del archivo 01 del expediente digital*), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con **191** semanas cotizadas al sistema (*Historia Laboral aportada por*

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”.

Colpensiones expediente digital página 2 Archivo 07)³, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como bien lo señala Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior, es con fundamento en la ausencia del suministro de información que 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 **20 de abril del 2001 con fecha de efectividad 1° de junio del 2001** (Páginas 80 y 84 archivo 5 del expediente digital) por afiliación que hiciera a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, conforme al formulario de afiliación a esa AFP y el registro SIAFF expedido por ASOFONDOS.

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

3



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES

PERIODO DE INFORME: Enero 1967 agosto/2023

ACTUALIZADO A: 29 agosto 2023

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento: Cédula de Ciudadanía

Número de Documento: 19498060

Nombre: JULIO CESAR BEJARANO HEREDIA

Dirección: CRA 21 N 37 55

Estado Afiliación: Traslado

Fecha de Nacimiento: 20/01/1963

Fecha Afiliación: 13/01/1995

Correo Electrónico:

Ubicación:

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
1008217271	ASESORES DE MERCADO	12/11/1986	25/11/1986	\$17.790	2,00	0,00	0,00	2,00
1007101701	RAPIDO PENNSILVANIA S	20/09/1988	04/05/1992	\$70.260	189,00	0,00	0,00	189,00
19498060	BEJARANO HEREDIA JUL	01/02/1995	28/02/1995	\$200.000	4,29	0,00	0,00	4,29

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

Así, discurrió:

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

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

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ

como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del demandante al fondo accionado PORVENIR antes HORIZONTE.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante (Audio Archivo 11, récord: 14:11) no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar al lugar donde trabajaba, llegó una asesora de HORIZONTE quien le informó que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría, siendo dicha AFP con la cual podía continuar con sus aportes en las mismas condiciones del RPM, llenándole un formulario el cual firmó, pero de manera alguna le indicó sobre las modalidades pensionales en el RAIS, requisitos para pensionarse anticipadamente, entre otros aspectos, situación que en manera alguna da a entender que el actor conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado.

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que HORIZONTE hoy 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, 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 antes HORIZONTE proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características.

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año **2001**, cuando se produjo el traslado del aquí demandante a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR antes HORIZONTE omitió en el momento del traslado de régimen (20 de abril del 2001 efectivo el 1° de junio de ese año), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, con relación al hecho de permanecer el demandante en el RAIS por mucho tiempo -20 años-, a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar a la impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar al demandante al momento de su traslado no fue acreditada por esa AFP razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.

Valga aclarar igualmente a COLPENSIONES para resolver los argumentos de apelación, 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.

Igualmente, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el demandante 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 (Archivo 5 pág. 83), como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el demandante, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado.

Sin embargo, debe precisarse, ésta Sala de Decisión adicionará el numeral primero 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 sobrevivencia⁶, debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades⁷, **haciéndose extensible a los conceptos que ordenó el a quo (rendimientos, gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima)**, por el tiempo en que 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, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá

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

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.” (Negritas 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 afiliado.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁸ (Página 6, archivo 6 del expediente digital), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

⁸ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 10 de octubre de 2023, archivo 9 del expediente digital.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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, para ordenar a PORVENIR retornar a COLPENSIONES **las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, debidamente **indexadas** con cargo a sus propias utilidades, haciéndose extensible a los rendimientos, gastos de administración, comisiones y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, conforme lo considerado.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARLOS EMILIO RÍOS CASTRO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, COMERCIALIZADORA COLOMBIANA DE CARBONES Y COQUES S.A.S. – COQUECOL S.A.S., COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO CARBONES DE TAUSA CTA EN LIQUIDACIÓN, INVERSIONES PINZÓN MARTÍNEZ S.A., COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MINEROS DE RÁQUIRA, VÍCTOR MANUEL CASTIBLANCO PULGA Y COOTRACARBÓN C.T.A. EN LIQUIDACIÓN (RAD. 16 2018 00193 01).

Bogotá D.C. veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por el Juez 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de enero del 2024 (récord 1:16:30, archivo 36 del expediente digital) en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante señor CARLOS EMILIO RÍOS CASTRO identificado con cedula de ciudadanía N° 3.195.765, la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, a partir del primero (1º) de enero de 2024, junto con sus reajustes legales anuales que corresponde con un total de trece (13) mesadas anuales en cuantía de salario mínimo legal mensual vigente (1 SMLMV) del año 2024.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación alegada por las demandadas INVERSIONES PINZÓN MARTÍNEZ S.A., VÍCTOR MANUEL CASTIBLANCO PULGA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MINEROS DE TAUSA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MINEROS DE RÁQUIRA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE EXPLOTACIÓN, PRODUCCIÓN Y TRANSFORMACIÓN DEL CARBÓN Y SUS DERIVADOS DE LAS MINAS DE COLOMBIA COOTRACARBÓN C.T.A, COLMINAS S.A. HOY COMERCIALIZADORA COLOMBIANA DE CARBONES Y COQUES S.A.S. – COQUECOL S.A.S., Y COOTRACARBÓN C.T.A. EN LIQUIDACIÓN. Y LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO CARBONES DE TAUSA CTA EN LIQUIDACIÓN, y por lo tanto **ABSOLVER** a todas las anteriores de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y en favor del demandante, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de Un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (**1 SMLMV**) por concepto de agencias en derecho. Sin condena en costas en favor o en contra de las demás demandadas.”

Inconforme con la decisión la encartada Colpensiones interpuso recurso atacando la condena en costas¹, argumentando, después de hacer el estudio de la contestación de la demanda del presente proceso, se evidenció que el demandante contaba en su momento con 428 semanas cotizadas en alto riesgo, faltándole 272 semanas para cumplir los requisitos del Decreto 2090 del 2003.

Añadió, al momento de proferir sentencia, el fallador de primera instancia condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por alto riesgo

¹ **Recurso de Apelación COLPENSIONES, récord 1:22:27, archivo 36:** “Gracias su Señoría, estando en la etapa procesal pertinente, presente recurso de apelación parcialmente frente a las costas. Señores Magistrados, teniendo en cuenta la condena proferida por el despacho de primera instancia, solicito se revoque la condena en costas en razón a que Colpensiones al momento de hacer el estudio de la petición, después de hacer el estudio de la contestación de la demanda del presente proceso, evidenció que el demandante contaba en su momento con 428 semanas cotizadas, alto riesgo, faltándole 272 semanas y que este estudio fue realizado el 19 de febrero de 2019 conforme a la certificación del Comité de Conciliaciones de Colpensiones, en ese momento no cumplía con los requisitos de la ley del Decreto 2090 del 2003.

Por lo tanto, al día de hoy, al momento de proferir sentencia, el fallador de primera instancia condena a Colpensiones, pues al reconocimiento del pago de la pensión de vejez por alto riesgo por el cumplimiento de los requisitos y a la condena en costas. Solicito que se revoque esta condena en costas. Porque pues Colpensiones como reitero, hizo el estudio en su momento, no acreditaba los requisitos de la ley y pues Colpensiones ha actuado en concordancia a la ley en estricto cumplimiento del orden legal y pues abonado a esto, señores Magistrados, solicito tener en cuenta o tener muy en cuenta que Colpensiones no tiene rubro destinado al pago de costas, ya que todos los dineros que tiene Colpensiones están destinados para el pago de las pensiones de sus demandantes, de sus afiliados, de las personas que están futuramente dispuestas a pensionarse. Por lo cual solicito respetuosamente se revoque el fallo en cuanto a las costas. Muchas gracias, con lo anterior dejo sentado mi recurso de apelación”.

por el cumplimiento de los requisitos y condenó en costas aun cuando la entidad hizo el análisis el día 19 de febrero de 2019 conforme a la certificación del Comité de Conciliaciones de Colpensiones y en dicha época el actor no acreditaba los requisitos dispuestos, actuando la entidad apegada a la ley y en estricto cumplimiento del orden legal.

Completó, Colpensiones no tiene capital destinado al pago de costas, ya que todos los dineros están destinados para el pago de las pensiones de sus afiliados, siendo personas que están próximas a pensionarse.

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

CONSIDERACIONES

Constituyen los anhelos del demandante en el presente proceso, las pretensiones relacionadas a páginas 115 a 117 del archivo 01, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relacionados a páginas 111 a 115, solicitando:

DECLARACIONES

PRIMERA: Declarar que Colpensiones, para estudiar el reconocimiento de la pensión de vejez por alto riesgo, reclamada por mi mandante, ha omitido las actividades y aportes referente a los empleadores COLMINAS S.A., COOTRACARBÓN CTA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO CARBONES DE TAUSA CTA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MINEROS DE TAUSA, COOPERATIVA DE

TRABAJO ASOCIADO MINEROS DE RÁQUIRA y VÍCTOR MANUEL CASTIBLANCO PULGA, en los periodos o ciclos comprendidos entre los años 2003 a 2004, 2005 a 2007, 2008 a 2010

SEGUNDA: Declarar que Colpensiones ha omitido el deber legal de requerir a los empleadores COLMINAS S.A., COOTRACARBÓN CTA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO CARBONES DE TAUSA CTA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MINEROS DE TAUSA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MINEROS DE RÁQUIRA, VÍCTOR MANUEL CASTIBLANCO PULGA e INVERSIONES PINZÓN MARTÍNEZ S.A., para que certifiquen las actividades de alto riesgo a favor de mi mandante, así como que demuestren estar al día con los pagos de aportes; o en caso contrario obligarlos a que paguen lo correspondiente conforme lo imponen los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993

TERCERA: Declarar que los empleadores COLMINAS S.A., COOTRACARBÓN CTA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO CARBONES DE TAUSA CTA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MINEROS DE TAUSA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MINEROS DE RÁQUIRA, VÍCTOR MANUEL CASTIBLANCO PULGA e INVERSIONES PINZÓN MARTÍNEZ S.A., tienen el deber legal de certificar las actividades de alto riesgo cumplidas por mi mandante, así como estar al día en los pagos de aportes del 10% como lo manda el Decreto 2090 de 2003.

CUARTA: Declarar que mi mandante tiene derecho a que Colpensiones le reconozca y pague la pensión de alto riesgo, conforme al Decreto 2090 de 2003, a partir del corte de nómina, en el IBL que corresponda, independientemente de las inconsistencias en su historia laboral imputables a los empleadores que estuvieren remisos en sus pagos o certificaciones

CONDENAS y ÓRDENES

PRIMERA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a Colpensiones reconocer y pagar a favor de mi mandante, la pensión de vejez de alto riesgo, en el monto máximo que legalmente corresponda, a partir del corte de nómina, acorde al artículo 4 del Decreto 2090 de 2003, tomando como base de liquidación los salarios sobre los cuales cotizó toda la vida laboral, debidamente indexados.

SEGUNDA: Se ordene a Colpensiones que emita las liquidaciones y cálculos actuariales que correspondan a los demandados COLMINAS S.A., COOTRACARBÓN CTA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO CARBONES DE TAUSA CTA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MINEROS DE TAUSA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MINEROS DE RÁQUIRA, VÍCTOR MANUEL CASTIBLANCO PULGA e INVERSIONES PINZÓN MARTÍNEZ S.A., respecto de los aportes a seguridad social y alto riesgo que hubieren omitido pagar a nombre de mi mandante

TERCERA: Se condene a los demandados COLMINAS S.A., COOTRACARBÓN CTA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO CARBONES DE TAUSA CTA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MINEROS DE TAUSA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MINEROS DE RÁQUIRA, VÍCTOR MANUEL CASTIBLANCO PULGA e INVERSIONES PINZÓN MARTÍNEZ S.A., girar a favor de Colpensiones los aportes que a cada uno de ellos corresponda, a nombre de mi mandante, por aportes a seguridad social y alto, debidamente actualizados, conforme al artículo 22 de la Ley 100 de 1993 y al cálculo actuarial emitido por dicha entidad.

CUARTA: Se ordene a los demandados COLMINAS S.A., COOTRACARBÓN CTA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO CARBONES DE TAUSA CTA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MINEROS DE TAUSA, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MINEROS DE RÁQUIRA, VÍCTOR MANUEL CASTIBLANCO PULGA e INVERSIONES PINZÓN MARTÍNEZ S.A., allegar a Colpensiones la certificaciones de las actividades de alto riesgo realizadas por mi mandante.

QUINTA: Se condene a los demandados extra y ultra petita, acorde lo considere el Despacho.

SEXTA: Se condene a los demandados al pago de las costas del proceso y las agencias en derecho a que haya lugar.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, por cuanto se condenó al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez, pero a partir del 1° de enero del 2024, en cuantía de 1 smlmv y 13 mesadas anuales. lo anterior tras considerar que se probó por parte del actor su actividad de alto riesgo y las semanas requeridas para ser acreedor de la pensión especial de vejez en virtud de tal actividad, conforme lo dispuesto en el Decreto 2090 del 2003, practicó e incorporó el cálculo del I.B.L. en el archivo 35 del plenario.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones en el punto concreto objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*) y además de ello se examinará la decisión en lo que le fue desfavorable a COLPENSIONES en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en su favor.

De este modo se tiene entonces no es objeto de discusión ante esta instancia que el demandante laboró para las sociedades PINZÓN PRIETO HERNÁNDEZ, FLORVAL S.A., INVERSIONES PINZÓN MARTINEZ, COLMINAS S.A., CONTRACARBON CTA, CARBONES DE TAUSA CTA, REYES SALINAS OMAR, MINEROS DE RAQUIRA, COOPMICAR, MINEROS DE TAUSA PCT, pues dichas sociedades efectuaron cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida ante el – extinto ISS- hoy Colpensiones entre el 25 de septiembre de 1985 al 31 de diciembre de 2023 para un total de 1.881,14 semanas, debiéndose determinar cuáles periodos corresponden a actividades de alto riesgo -*Trabajos*

en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos², veamos:

En primer lugar, con el fin de establecer los periodos en que el actor desempeñó actividades de alto riesgo, procede la Sala al análisis del acervo probatorio, encontrando al efecto, certificaciones laborales de fechas 29 de junio de 2017 y 1º de agosto de 2017, por medio de las cuales el señor HERNANDO PINZÓN PRIETO, actuando como persona natural y la sociedad INVERSIONES PINZÓN MARTINEZ S.A., informan que el demandante CARLOS EMILIO RÍOS CASTRO laboró en los siguientes periodos y cargos (archivo 01, páginas 93 a 95):

- 18 de septiembre de 1985 al 24 de septiembre de 1989, cargo Molinero, realizando funciones en superficie, consistentes en:

- o Realizar el alistamiento del puesto de trabajo frente al horno de coquización para comenzar con la extracción del coque.
- o Prendiendo el molino de carbón para molerlo e iniciar la carga de los hornos.
- o Extracción del coque del horno mediante herramientas manuales a saber: varilla, tridente y trincho.
- o Cuando la molienda de carbón finaliza, continúa la molienda de coque para seleccionar el producto de acuerdo con las calidades exigidas por los clientes.

- 15 de enero de 1992 al 31 de mayo de 1992, cargo patiero, realizando funciones en superficie, consistentes en:

- o Arreglo y limpieza de los patios de acopio y maderas en el centro minero
- o Arreglo y mantenimiento de cunetas para el manejo de aguas superficiales
- o Labores de control de la calidad del producto final en patio
- o Emparejado y carpado de vehículos

- 1º de junio de 1992 al 30 de noviembre de 1998. Cargo malacatero, realizando funciones en superficie, consistentes en:

² Esta prestación, se encuentra contemplada en el Decreto 2090 de 2003, que reglamenta las actividades de alto riesgo para la salud, e incluye en el numeral 1º del artículo 2º los “Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos”.

- Labores de explotación minera relacionadas con:
 - Inspeccionar el área de trabajo.
 - Cumplir con el programa de limpieza de orden y aseo.
 - Hacer inspección de la máquina, observando guaya, turra, motor y guardas de seguridad.
 - Verificar los frenos del malacate.
 - Verificar las instalaciones eléctricas, rodillos vía cable.
 - Operar el malacate para el transporte de la vagoneta de carbón, tanto vacía como cargada.
 - Operar el malacate para el transporte de la vagoneta del personal tanto vacía como cargada.

- 16 de enero de 2001 al 30 de septiembre de 2003, cargo Malacatero, realizando funciones en superficie, consistentes en:

- Labores de explotación minera relacionadas con:
 - Inspeccionar el área de trabajo.
 - Cumplir con el programa de limpieza de orden y aseo.
 - Hacer inspección de la máquina, observando guaya, turra, motor y guardas de seguridad.
 - Verificar los frenos del malacate.
 - Verificar las instalaciones eléctricas, rodillos vía cable.
 - Operar el malacate para el transporte de la vagoneta de carbón, tanto vacía como cargada.
 - Operar el malacate para el transporte de la vagoneta del personal tanto vacía como cargada.

- 1º de septiembre de 2007 al 31 de diciembre de 2007, cargo Maderero, realizando funciones en superficie, consistentes en:

- Labores de explotación minera relacionadas con:
 - Inspeccionar el área de trabajo.
 - Recoger madera de los patios
 - Repartir la madera en tambores y descuñes

- 18 de enero de 2011, con contrato vigente, cargo Malacatero, realizando funciones en el área de producción en labores subterráneas, consistentes en:

- Labores de explotación minera relacionadas con:
 - Inspeccionar el área de trabajo.
 - Cumplir con el programa de limpieza de orden y aseo.
 - Hacer inspección de la máquina, observando guaya, turra, motor y guardas de seguridad.
 - Verificar los frenos del malacate.
 - Verificar las instalaciones eléctricas, rodillos vía cable.
 - Operar el malacate para el transporte de la vagoneta de carbón, tanto vacía como cargada.
 - Operar el malacate para el transporte de la vagoneta del personal tanto vacía como cargada.

Asimismo, resulta oportuno verificar las semanas acreditadas en la historia laboral del actor, allegada por Colpensiones y actualizada al 25 de enero de 2024 – archivo 34-, destacando como semanas cotizadas con el porcentaje adicional de alto riesgo, las siguientes:

- a) 1º de septiembre de 2003 al 30 de diciembre de 2004 por parte de los empleadores COLMINAS, CONTRACARBON CTA y CARBONES DE TAUSA CT.
- b) 1º de febrero de 2010 al 30 de diciembre de 2023, por parte del empleador VICTOR MANUEL CASTIBLANCO e INVERSIONES PINZÓN MARTINEZ S.A.

Total, semanas Alto Riesgo

INICIO	FIN	DIAS	SEMANAS
1/09/2003	30/12/2004	486	69,4285714
1/02/2010	30/12/2023	5080	725,714286
		TOTAL	795,142857

También, en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, éste manifestó (récord: 41:34, archivo 28): *“Tengo 58 años pasados, tengo 3 hijos, trabajo en la minería con Inversiones Tito Martínez, soy Malacatero, entró al socavón cuando hay necesidad de eso, trabajo en la minería, soy interno, me la paso adentro del socavón, manejo máquina para sacar carbón de la Mina, me toca entrar al Socavón a arreglar la mina no es solo como Malacatero, yo entre en 1985 a la empresa Inversiones Pinzón Martínez, los primeros 5 años fui patiero y después de 5 años volví a la minería a trabajar dentro del Socavón, eso fue en la misma empresa, eso fue desde 1991 a 1999, tenía contrato indefinido, fui afiliado al ISS, esa empresa me ha pagado todo, es cumplida, me retiré 2 años para otra empresa*

pero allá no pagaban alto riesgo y volví del 2000 año 2003 ellos siempre han pagado la cotización de alto riesgo, trabajé con 5 que formaron Cooperativas, lo que pasa es que cuando entré a manejar con Colminas ellos no cotizaron sobre alto riesgo, solo trabajé 4 meses, luego estábamos en Cooperativas y dijeron que pagaron como alto riesgo, lo que pasa es que no le daban a uno desprendible, siempre consignaban en un Banco, fui a radicar papeles y Colpensiones se dio cuenta que las Cooperativas no habían pagado todo, me di cuenta porque nos dejaron a 4 personas en el mes de diciembre y tuve un accidente y me tocó buscar ayuda y el Supervisor me dijo que no estaban pagando seguro, por eso me di cuenta que no estaban al día de los aportes, eso se llamaba Alicante en Sutatausa, hay cargo de Malacatero externo e interno, al Socavón no se deja ingresar si no se tiene el seguro de alto riesgo, a favor de Colminas trabajé 3 meses, empecé con Cooperativas, cuando nos reunieron para trabajar dijeron que éramos Malacatero y debían pagar alto riesgo, yo hice ese trabajo allá, iba a arreglar algo cuando se dañaba o algo, ellos dijeron que si pagaban alto riesgo, los patieros no tenían alto riesgo y no entraban a socavón, eran de oficios varios”.

De acuerdo con los anteriores elementos de juicio, concluye la Sala que durante la vinculación laboral del actor con las codemandadas COMERCIALIZADORA COLOMBIANA DE CARBONES Y COQUES S.A.S. – COQUECOL S.A.S., COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO CARBONES DE TAUSA CTA EN LIQUIDACIÓN, INVERSIONES PINZÓN MARTÍNEZ S.A., COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO MINEROS DE RÁQUIRA, VÍCTOR MANUEL CASTIBLANCO PULGA Y COOTRACARBÓN C.T.A. EN LIQUIDACIÓN, se prueba en esta alzada como actividades de alto riesgo las comprendidas entre el **01 de septiembre de 2003 al 30 de diciembre de 2023** de manera interrumpida.

Lo anterior, por cuanto de la relación de semanas cotizadas se evidencian aportes por alto riesgo desde el **1º de septiembre de 2003 al 30 de diciembre de 2004**, luego, desde el **1º de febrero de 2010 al 30 de diciembre de 2023**, finalmente por medio de la certificación calendada 1º de agosto de 2017 la sociedad INVERSIONES PINZÓN MARTINEZ S.A., corroboró que de acuerdo a la descripción de oficios de alto riesgo la empresa realizó el aporte del porcentaje adicional para las actividades que comprendieron labores subterráneas a partir del 18 de enero de 2011 al 30 de diciembre de 2023.

Adviértase en este punto, no se aprecian cotizaciones distintas al interregno comprendido entre el 1º de septiembre del 2003 al 30 de diciembre del 2023 como de alto riesgo, esto, por cuanto la parte actora solicita en la demanda el reconocimiento y pago de los aportes en las anualidades 2003 a 2010, sin acreditar la procedencia de dicho anhelo.

Así pues, como quiera que el demandante se desempeñó en actividades de alto riesgo debe contabilizarse todo este periodo laborado a efectos de causar la prestación pensional especial de vejez reclamada, no sobra agregar, en este punto del estudio que se adelanta, los tiempos servidos al mismo empleador, anteriores a la expedición de la normativa a partir de la cual resulta exigible los puntos adicionales de cotización, 9 de junio de 1994 (Fecha de expedición del Decreto 1281 de 1994), deben ser igualmente sumados para tal contabilización, así lo señaló la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado N° 38948 del 29 de mayo de 2012³. No obstante, en este caso, solo se acreditan cotizaciones de alto riesgo a partir del 01 de septiembre de 2003, resaltándose, en toda su vida laboral el actor tiene cotizadas **1.881,14** semanas hasta el 30 de diciembre del 2023 (*ver historia laboral aportada por Colpensiones en medio magnético en el archivo 34*).

Ahora bien, la norma aplicable al actor es el Decreto 2090 de 2003, como quiera que no es beneficiario del régimen de transición, por cuanto, pese a contar con más de 500 semanas de cotización especial para la fecha de entrada en vigencia del citado Decreto -28 de julio de 2003-⁴, lo cierto es que no cumple los requisitos del art. 36 de la Ley 100 de 1993, acorde a la exigencia del parágrafo de esta

³ “...También alude la demandada en la apelación a que no se hizo la cotización adicional para pensiones especiales de vejez conforme al Decreto 1281 de 1994. Para rechazar ese argumento basta acotar que todas las cotizaciones para actividad de alto riesgo las hizo el afiliado antes de la vigencia de dicha normatividad, por lo que mal podría exigirse en este caso el cumplimiento de un porcentaje de cotización adicional. Por lo demás, como lo señaló la Corporación en sentencia de 21 de noviembre de 2007, rad. N° 30830, se trata de una obligación a cargo del empleador cuyo incumplimiento no puede acarrear desmedro en los derechos pensionales del trabajador que prestó sus servicios en actividades de alto riesgo...”.

⁴ Debiendo contabilizarse para el efecto las laboradas en actividad de alto riesgo con anterioridad a las exigidas en la norma, conforme lo definido por la Corte en la sentencia antes citada (37279) “...Siendo ello así, como en efecto lo es, el sentenciador de segundo grado debió considerar las semanas laboradas por el actor en la actividad de alto riesgo con anterioridad a la vigencia de tales disposiciones...”.

norma, toda vez que para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), no tenía 40 años de edad⁵, ni 15 años de servicios⁶.

Por lo anterior, el derecho a la pensión de vejez especial deprecada, se rige por el artículo 3º del Decreto 2090 de 2003⁷, tal como lo analizó el *A quo*, cumpliendo el señor CARLOS EMILIO RÍOS CASTRO claramente con la densidad de semanas exigidas por ésta norma: 700, teniendo cotizadas un total de 1.881,14 semanas de las cuales 795 semanas pertenecen a actividad de alto riesgo como atrás se indicó; ahora, aun cuando el art. 4º⁸ establece como condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez, haber cumplido 55 años de edad, se debe tener en cuenta las **795** semanas cotizadas por el actor en actividad de alto riesgo⁹, pudiendo concluirse, el demandante adquirió el derecho a la pensión especial de vejez al momento de arribar a los 54 años de edad (55 años – 1 año de disminución)¹⁰, esto es, el **25 de septiembre de 2019**. Esto, por cuanto el texto de la norma ibidem, prevé que se disminuirá la edad en un (1) año por cada sesenta (60) semanas de cotización especial, adicionales a las primeras 1000 semanas, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

⁵ Nació el 25 de septiembre de 1965, cumplió 40 años el mismo día y mes de 2005 y para el 1º de abril de 1994 tenía 28 años de edad (Copia de la cédula de ciudadanía, página 20, archivo 01).

⁶ Empezó a cotizar el 25 de septiembre de 1985), por lo que para el 1º de abril de 1994, sólo alcanzaría un máximo aproximado de 413 semanas.

⁷ PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

8 ARTÍCULO 4o. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ. La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido 55 años de edad.

2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9o de la Ley 797 de 2003.

La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

⁹Cotizaciones:

a) 1º de septiembre de 2003 al 30 de diciembre de 2004 por parte de los empleadores COLMINAS, CONTRACARBON CTA y CARBONES DE TAUSA CT.

b) 1º de febrero de 2010 al 30 de diciembre de 2023, por parte del empleador VICTOR MANUEL CASTIBLANCO e INVERSIONES PINZÓN MARTINEZ S.A.

¹⁰ Estableciéndose que a partir de las 700 semanas el actor cotizó 95 semanas adicionales, lo que le permiten disminuir la edad de su pensión en 1 año ($95 / 60 = 1.58$), a partir del cumplimiento de los 55 años (25 de septiembre de 2020).

Ahora, respecto de la fecha desde la cual debe ser otorgada la prestación, ha de recordarse 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 concordancia con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, el cual dispone que *“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma”*, mientras que en el artículo 35 indica *“Las pensiones del seguro social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión”*, situación que en el examine no ha ocurrido según se puede constatar del reporte de semanas expedidos por Colpensiones (Archivo 34 del expediente digital), pues el demandante continúa realizando cotizaciones y ha venido efectuando aportes aún con posterioridad a la radicación de la demanda (23 de marzo de 2018 - acta de reparto – Archivo 01, página 133 del expediente digital), nótese, el último ciclo que figura en la historia laboral corresponde a diciembre de 2023 y la expedición de tal documento por parte de la administradora colombiana de pensiones -25 de enero del 2024-.

Por lo anterior, el reconocimiento pensional, debe 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 se causó el 25 de septiembre de 2019 - fecha en que el actor cumplió 54 años de edad y pudo disminuir la edad en 1 año, por el cumplimiento de los requisitos exigidos para la pensión de vejez por alto riesgo, no es posible disfrutarla ni exigirla sino hasta el momento en que se haya efectuado el retiro del sistema del actor.

Al punto es importante precisar, este criterio se encuentra respaldado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicación 35605¹¹, la cual enseña que deben examinarse las

¹¹ “No hay controversia, en este estadio procesal, acerca de que, en virtud de la petición elevada por EVANGELISTA IBAÑEZ BARRERA, el 8 de marzo de 2005, mediante Resolución No. 002940 de 27 de mayo de 2005, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le reconoció pensión de vejez, a partir del mes de junio del mismo año, en cuantía de \$1.554.044.00. También, son pacíficos los supuestos fácticos referentes a que el demandante nació el 17 de agosto de 1942, por lo cual, ese mismo día del año 2002, cumplió 60 años, cuando ya había cotizado más de 1000 semanas para el riesgo de vejez.

circunstancias especiales que rodean cada caso con el fin de establecer la fecha de desafiliación o retiro del afiliado, en tanto se han establecido algunas excepciones sobre las cuales ha tenido oportunidad de pronunciarse la jurisprudencia, las cuales se han circunscrito a aquellos casos en los que el

Igualmente, se da por descontado que, a pesar de que para la fecha últimamente mencionada, el actor ya reunía las exigencias contempladas en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, no se produjo el retiro del sistema del demandante, en los términos que lo requieren los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, “para que pueda entrar a disfrutar de la misma”, o si se quiere, la pensión de vejez sólo es pagadera “previo retiro del asegurado o del régimen”.

La labor hermenéutica del fallador de segunda instancia, concluyó en el sentido de estimar irrelevante la exigencia del reglamento del Seguro Social mencionada, además de considerar que las consecuencias derivadas de la inobservancia de la obligación que imponen tales normas, no son las que la entidad accionada pretende que se deduzcan, sino evitar que el aspirante a pensionado perciba simultáneamente, salario y pensión, así como también, que no es adecuado cargar al trabajador con los efectos de la incuria del empleador, que no reportó la respectiva novedad. En realidad, a juicio de la Sala, la desafiliación que debe informarse a la administradora de pensiones es de la mayor trascendencia, como los preceptos reglamentarios referidos paladinamente enseñan, para efectos de que el trabajador pueda entrar a disfrutar de la pensión de vejez, es decir para que pueda recibir el pago del importe de la prestación, lo que no quiere decir que, si se omitió dar aviso al tiempo del cumplimiento de los requisitos para su otorgamiento, o mejor, de su causación, pierda el derecho a obtener el disfrute de las mesadas exigibles entre ese momento, y aquél en que se informe del retiro, ó se pida el reconocimiento de la pensión, porque así no está expresamente disciplinado por el conjunto normativo que gobierna el tema que se dilucida. En últimas, la desafiliación no depende del aviso que se dé, sino de las circunstancias que rodeen cada caso en particular, como en el presente, en que el actor dejó de trabajar y cumplió el requisito de la edad.

El sentido en que una norma pueda producir un efecto más benéfico al trabajador, debe prevalecer sobre aquél que le resulte desfavorable, en los términos de los artículos 21 del Código Sustantivo del Trabajo, y 53 de la Constitución Política. Por ello, interpretar el canon legal en la dirección propuesta por la censura, no es el más acertado para la Sala, por lo cual, la intelección que más atiende el principio aludido, conservando la añeja distinción entre la causación y el disfrute de una pensión, es que si la norma no sanciona la omisión comentada, con la pérdida de las mesadas no es dable que el intérprete infiera tal consecuencia.

La intelección que mejor se aviene a los supuestos fácticos demostrados, es que la institución de seguridad social no está obligada a pagar al trabajador el valor de las mesadas, hasta tanto no se le informe sobre la desvinculación del sistema, o hasta cuando solicite que se le conceda la prestación, que es el momento en que la entidad verificará el cumplimiento de los requisitos y adquirirá certeza de que el afiliado no está interesado en seguir cotizando, empero, le reconocerá y pagará, retroactivamente, las mesadas causadas desde la fecha en que completó las exigencias para acceder al derecho.

Entender lo contrario, significaría, ni más ni menos, adicionar un nuevo requisito a los establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, iría en contravía de cualquier línea hermenéutica que se quiera emprender, menos en este caso en que EVANGELISTA IBAÑEZ BARRERA registraba para el 30 de junio de 2001, cuando dejó de cotizar, 1343 semanas cotizadas, de suerte que ya no abrigaba la expectativa de alcanzar una tasa de reemplazo superior al 90 % del salario mensual de base, en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, por lo cual, además, dejó de cotizar al Sistema desde aquella fecha, lo que supone que dejó de tener ingresos como trabajador dependiente.

Soluciones diferentes se han tomado en otros casos, cuando el afiliado, no obstante cumplir los requisitos, sigue cotizando, pues no se le puede impedir que amplíe cuantitativamente su pensión, como efecto de una mayor densidad de cotizaciones, siempre y cuando esos aportes adicionales no contribuyan a desmejorar el monto final de la prestación pensional, como se definió en sentencia de 7 de septiembre de 2004, radicación 22630, ó en los eventos en que la permanencia del trabajador en el sistema, obedeció a error de la entidad de seguridad social (34514; septiembre 1/09). En cambio, en este proceso, dado el supuesto fáctico no controvertido de que la última cotización se efectuó por el ciclo 06-01, no aflora dubitación respecto de que la pensión debe reconocerse desde la fecha en que alcanzó la edad legalmente exigida, por manera que, de otra parte, se atiende el mandato contenido en la parte final del mencionado artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, en cuanto que, para liquidar la pensión, se debe colacionar hasta la última semana cotizada”.

afiliado, no obstante haber causado la prestación por reunir requisitos de edad y tiempo de servicios y solicitado su reconocimiento en forma oportuna, se ha visto obligado a seguir cotizando¹², sin embargo, como con lo incorporado al expediente no hay manera de concluir por qué se efectuaron cotizaciones con posterioridad al cumplimiento de los requisitos, en virtud de la consulta a favor de la llamada a juicio, debe modificarse la sentencia de primer grado y en su lugar se ordenará el pago de la prestación por vejez a partir del retiro o la desafiliación del sistema.

De otra parte, en relación con el monto de la pensión, debe darse aplicación al artículo 34 de la Ley 100 de 1993, tomando para su cálculo la totalidad de las semanas cotizadas: 1.881.14, aplicándose al efecto el IBL de los últimos 10 años¹³ así como toda la vida laboral, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por tener cotizadas más de 1250 semanas cotizadas.

Acorde a lo precedentemente expuesto, y atendiendo las operaciones realizadas por el grupo liquidador creado para tal fin, sobre el cálculo de los últimos 10 años o toda la vida, como ya se dijo, y teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del **80%** del salario base de liquidación (conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993), la primera mesada pensional del actor asciende a **1 smmlv¹⁴**, la cual concuerda con

¹² Frente al particular pueden consultarse las sentencias con radicación 34514 de 2011, 39391 de 2011, 38558 de 2011, 97798 de 2011, SL 6159 de 2016 y SL 17999 de 2017.
¹³ Arroja una mesada más alta pero aun así sigue siendo inferior al smmlv.

14 ÚLTIMOS 10 AÑOS

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2014	360	79,560	137,72	1,731	\$ 786.416,67	\$ 1.361.303,46	\$ 16.335.641,53
2015	360	82,470	137,72	1,670	\$ 950.833,33	\$ 1.587.835,17	\$ 19.054.022,07
2016	360	88,050	137,72	1,564	\$ 1.052.954,58	\$ 1.646.938,16	\$ 19.763.257,95
2017	360	93,110	137,72	1,479	\$ 1.156.773,58	\$ 1.710.996,22	\$ 20.531.954,62
2018	360	96,920	137,72	1,421	\$ 1.049.232,00	\$ 1.490.922,73	\$ 17.891.072,77
2019	360	100,000	137,72	1,377	\$ 1.128.001,42	\$ 1.553.483,55	\$ 18.641.802,61
2020	360	103,800	137,72	1,327	\$ 1.109.693,75	\$ 1.472.322,00	\$ 17.667.863,96
2021	360	105,480	137,72	1,306	\$ 1.109.025,75	\$ 1.447.999,87	\$ 17.375.998,44
2022	360	111,410	137,72	1,236	\$ 1.373.822,17	\$ 1.698.256,79	\$ 20.379.081,46
2023	360	126,030	137,72	1,093	\$ 1.506.900,42	\$ 1.646.674,01	\$ 19.760.088,11
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2024	\$ 187.400.783,52
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.561.673,20
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					80%
		Primera mesada					\$ 1.249.338,56
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2024	\$ 1.300.000,00

la liquidada en primer grado, por ende, habrá de confirmarse este aspecto. Advirtiéndose en este punto, al realizar las operaciones aritméticas con los promedios de los últimos 10 años, así como de toda la vida laboral, el resultado resultó ser inferior al smmlv en cualquier escenario, en todo caso ha de precisarse la liquidación se hará teniendo en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada.

En otro giro, en lo relacionado con la cantidad de mesadas anuales a imponer a cargo de Colpensiones, estas deberán corresponder a 13 mesadas anuales, por cuanto el derecho pensional del accionante se causó después del 31 de julio del 2011 (Inciso 8º y parágrafo 6 del Acto Legislativo 01 del 2005). Se confirma.

TODA LA VIDA LABORAL

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1985	98	1,950	137,72	70,626	\$ 14.610,00	\$ 1.031.840,62	\$ 3.370.679,34
1986	365	2,380	137,72	57,866	\$ 17.519,92	\$ 1.013.799,61	\$ 12.334.561,97
1987	365	2,880	137,72	47,819	\$ 21.420,00	\$ 1.024.292,50	\$ 12.462.225,42
1988	366	3,580	137,72	38,469	\$ 25.530,00	\$ 982.120,56	\$ 11.981.870,82
1989	274	4,580	137,72	30,070	\$ 32.222,70	\$ 968.932,39	\$ 8.849.582,49
1990	243	5,780	137,72	23,827	\$ 41.040,00	\$ 977.859,65	\$ 7.920.663,20
1991	365	7,650	137,72	18,003	\$ 54.630,00	\$ 983.482,82	\$ 11.965.707,69
1992	347	9,700	137,72	14,198	\$ 87.197,20	\$ 1.238.020,52	\$ 14.319.770,65
1993	365	12,140	137,72	11,344	\$ 97.652,05	\$ 1.107.795,80	\$ 13.478.182,21
1994	334	14,890	137,72	9,249	\$ 164.644,51	\$ 1.522.823,54	\$ 16.954.102,09
1995	360	18,250	137,72	7,546	\$ 214.583,33	\$ 1.619.310,50	\$ 19.431.726,03
1996	360	21,800	137,72	6,317	\$ 231.833,33	\$ 1.464.591,13	\$ 17.575.093,58
1997	345	26,520	137,72	5,193	\$ 296.502,70	\$ 1.539.756,83	\$ 17.707.203,59
1998	316	31,210	137,72	4,413	\$ 323.313,37	\$ 1.426.681,12	\$ 15.027.707,81
1999	360	36,420	137,72	3,781	\$ 270.000,00	\$ 1.020.988,47	\$ 12.251.861,61
2000	193	39,790	137,72	3,461	\$ 324.227,98	\$ 1.122.208,53	\$ 7.219.541,53
2001	346	43,270	137,72	3,183	\$ 280.283,24	\$ 892.087,07	\$ 10.288.737,51
2002	360	46,580	137,72	2,957	\$ 327.916,67	\$ 969.529,48	\$ 11.634.353,80
2003	358	49,830	137,72	2,764	\$ 358.555,87	\$ 990.975,59	\$ 11.825.642,09
2004	355	53,070	137,72	2,595	\$ 636.929,58	\$ 1.652.872,46	\$ 19.558.990,77
2005	330	55,990	137,72	2,460	\$ 734.909,09	\$ 1.807.674,23	\$ 19.884.416,50
2006	330	58,700	137,72	2,346	\$ 747.727,27	\$ 1.754.293,02	\$ 19.297.223,17
2007	354	61,330	137,72	2,246	\$ 693.564,97	\$ 1.557.439,56	\$ 18.377.786,75
2008	334	64,820	137,72	2,125	\$ 1.160.544,91	\$ 2.465.755,09	\$ 27.452.073,35
2009	340	69,800	137,72	1,973	\$ 944.205,88	\$ 1.862.980,43	\$ 21.113.778,22
2010	345	71,200	137,72	1,934	\$ 639.857,97	\$ 1.237.657,86	\$ 14.233.065,41
2011	343	73,450	137,72	1,875	\$ 932.137,03	\$ 1.747.772,79	\$ 19.982.868,87
2012	360	76,190	137,72	1,808	\$ 897.250,00	\$ 1.621.856,81	\$ 19.462.281,66
2013	360	78,050	137,72	1,765	\$ 737.375,00	\$ 1.301.105,51	\$ 15.613.266,11
2014	360	79,560	137,72	1,731	\$ 786.416,67	\$ 1.361.303,46	\$ 16.335.641,53
2015	360	82,470	137,72	1,670	\$ 950.833,33	\$ 1.587.835,17	\$ 19.054.022,07
2016	360	88,050	137,72	1,564	\$ 1.052.954,58	\$ 1.646.938,16	\$ 19.763.257,95
2017	360	93,110	137,72	1,479	\$ 1.156.773,58	\$ 1.710.996,22	\$ 20.531.954,62
2018	360	96,920	137,72	1,421	\$ 1.049.232,00	\$ 1.490.922,73	\$ 17.891.072,77
2019	360	100,000	137,72	1,377	\$ 1.128.001,42	\$ 1.553.483,55	\$ 18.641.802,61
2020	360	103,800	137,72	1,327	\$ 1.109.693,75	\$ 1.472.322,00	\$ 17.667.863,96
2021	360	105,480	137,72	1,306	\$ 1.109.025,75	\$ 1.447.999,87	\$ 17.375.998,44
2022	360	111,410	137,72	1,236	\$ 1.373.822,17	\$ 1.698.256,79	\$ 20.379.081,46
2023	360	126,030	137,72	1,093	\$ 1.506.900,42	\$ 1.646.674,01	\$ 19.760.088,11
Total días	13171	Total devengado actualizado a:				2024	\$ 618.975.747,75
Total semanas	1881,57	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.409.860,48
Total Años	28,47	Porcentaje aplicado					80%
		Primera mesada					\$ 1.127.888,39
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2024	\$ 1.300.000,00

En cuanto al medio exceptivo de la prescripción oportunamente propuesto por la demandada COLPENSIONES (página 14 archivo 07), la Sala desde ya lo declarará no probado, dado que la pensión únicamente se podrá hacer efectiva desde la fecha de la última cotización o cuando se reporte la novedad de retiro, como se anunció en líneas anteriores.

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, son las resultas del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado.

Así las cosas, agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación, conforme a las motivaciones precedentes lo que se sigue la modificación y confirmación del fallo de primera instancia en los términos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

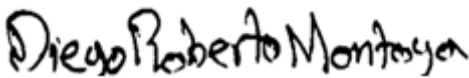
PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** del fallo de primer grado, para en su lugar establecer que el reconocimiento pensional del señor CARLOS EMILIO RÍOS CASTRO **únicamente se podrá hacer efectivo desde la fecha de la**

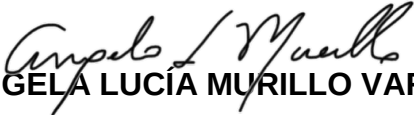
última cotización o cuando se reporte la novedad de retiro, conforme a lo expuesto, y la precisión anotada.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo proferido en primera instancia conforme a lo expuesto.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR AYDE ROSALIA
MORENO CISNEROS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. (RAD. 16 2021 00012 01)**

Bogotá D.C. veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 16 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 16 de febrero del 2024 (*Audiencia virtual, archivo 21 expediente digital, récord: 1:11:54*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que realizara la demandante señora AYDE ROSALÍA MORENO CISNEROS Identificada con cedula de ciudadanía N° 51.804.353, que tuviera lugar el día 29 de noviembre de 1995, por ante la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, motivado lo anterior en la omisión en el deber de información.

SEGUNDO: CONDENAR A COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a trasladar todos los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a COLPENSIONES, incluyendo todos los montos que corresponden a capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración, porción destinada al fondo de garantía de pensión mínima, y en general todos los valores recibidos en el régimen de ahorro individual y que integraron las cotizaciones realizadas en favor de la demandante en tal régimen.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recepcionar los recursos condenados en el numeral que antecede y a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen

solidario de prima media con prestación definida, actualizando su historia laboral con inclusión del equivalente a todas las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

CUARTO: SE DECLARA no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

QUINTO: SE CONDENA en costas de la instancia a las demandadas y en favor de la parte demandante, practíquese la liquidación por secretaría incluyendo el monto de \$300.000 moneda corriente por concepto de agencias en derecho a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la parte demandante.”

Inconforme con la decisión COLFONDOS la apeló señalando no estar de acuerdo con que se declare la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual como quiera que la misma se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el régimen de ahorro individual su elección, por lo que los asesores comerciales de Colfondos brindaron a la demandante una asesoría integral y completa con respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el régimen de ahorro individual y el régimen de prima media con prestación definida, por lo que no se puede concluir que el traslado de régimen es nulo, por cuanto el acto cumplió con todos los presupuestos de ley y el formulario de vinculación contiene la firma de la accionante, estableciendo así que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado y, por ende, no está viciado de consentimiento

Respecto a la condena, consistente en devolver por parte de Colfondos a Colpensiones los gastos de administración considera que la misma no es procedente, toda vez que los gastos de administración descontados, obedecieron a un descuento que está debidamente autorizado por la ley, precisando que las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal, una destinación específica, la cual está consagrada en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 que establece que el 10% del ingreso base de cotización se destina a la cuenta de ahorro pensional ahorro pensional el 0,5% se destina para el fondo de garantía de la pensión mínima del régimen de ahorro individual y el 3% restante se destina a financiar los gastos de administración a financiar los gastos de administración la prima de reaseguro de Fogafin y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Por lo que, en su sentir, los descuentos efectuados en su momento cumplieron a cabalidad con el objetivo y la destinación legal, por lo que los mismos no se encuentran en el patrimonio de su representada en la medida en que dichos descuentos pues fueron utilizados para la generación de frutos o rendimientos a favor de la demandante de su cuenta de ahorro individual,

Así mismo refiere, tampoco es procedente, teniendo en cuenta que se han generado unos rendimientos financieros y que no se evidencia una descapitalización o desfinanciación de los recursos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, que los gastos de administración sean devueltos de manera indexada teniendo en cuenta que a través de esa actividad de tipo profesional que ejecutó su representada antes de perjudicar la cuenta de ahorro individual del afiliado, lo que esta recibió fueron unos beneficios, considerando aparte de no ser procedente la devolución de los gastos de administración es mucho menos procedente que se autorice la indexación de dicho concepto teniendo en cuenta que aquí no se ve una pérdida del valor adquisitivo por parte de los gastos de animación por el contrario, la inversión de lo mismo ha generado es una rentabilidad, unos beneficios que han ido en pro de la cuenta de ahorro individual del afiliado.

Señala es imperioso que se haga un análisis más amplio de las consecuencias que se derivan de autorizar una solicitud de traslado que definitivamente no cuenta con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema.

Y, por último, en cuanto a la condena en costas, solicita que la misma sea revocada, toda vez que, como quedó demostrado en el proceso, su representada obró de buena fe objetiva en el cumplimiento de disposiciones legales vigentes para el momento en el cual se realizó el traslado. (*Audiencia virtual, archivo 21 expediente digital, récord: 1:14:10¹*)

¹ Gracias señoría encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente de manera respetuosa me permite interponer recurso de apelación en contra la sentencia proferida por su honorable despacho, a efectos de que su superior jerárquico, la sala laboral del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá sirva revocar totalmente el fallo proferido, procedo a manifestar los motivos de mi inconformismo con el fallo proferido en los siguientes términos, a que se declare ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual como quiera que la misma se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el régimen de ahorro individual su elección, los asesores comerciales de Colfondos brindaron a la demandante una asesoría integral y completa con respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el régimen de ahorro individual y el régimen de prima media con prestación definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dichos régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno otro régimen por lo anterior no se puede concluir que el traslado de régimen es nulo, por cuanto

Por su parte COLPENSIONES expresa la aquí demandante utilizando o haciendo uso de su libre, su derecho de libre escogencia de fondo, se trasladó a Colfondos por lo que este traslado no podría ser impedido por nadie ni por el instituto de seguro, social, ni por su empleador, ni por Colfondos, señalando el traslado

el acto cumplió con todos los presupuestos de ley y el formulario de vinculación contiene la firma de la accionante, por lo que se establece que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado y, por ende, no está viciado de consentimiento

respecto a la condena, consistente en devolver por parte de Colfondos a Colpensiones los gastos de administración debidamente indexados está condenada consideramos que la misma no es procedente, toda vez que los gastos de administración descontado por mi representada, obedecieron a un descuento que está debidamente autorizado por la ley en ese sentido, es oportuno precisar que las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal, una destinación específica, la cual está consagrada en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 que establece que el 10% del ingreso base de cotización se destina a la cuenta de ahorro pensional ahorro pensional el 0,5% se destina para el fondo de garantía de la pensión mínima del régimen de ahorro individual y el 3% restante se destina a financiar los gastos de administración a financiar los gastos de administración la prima de reaseguro de Fogafin y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes

Así las cosas, en el presente caso es claro que los descuentos efectuados por mi representada en su momento cumplieron a cabalidad con el objetivo y la destinación legal, por lo que los mismos no se encuentran en el patrimonio de mi representada en la medida en que dichos descuentos en primer lugar fueron utilizados para la generación de frutos o rendimientos a favor de la demandante y de su cuenta de ahorro individual en ese sentido, tampoco es procedente, teniendo en cuenta que se han generado unos rendimientos financieros y que no se evidencia una descapitalización o desfinanciación de los recursos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, de tal modo que los gastos de administración sean devueltos de manera indexada teniendo en cuenta que a través de esa actividad de tipo profesional que ejecutó mi representada antes de perjudicar la cuenta de ahorro individual del afiliado, lo que esta recibió fueron unos beneficios, teniendo en cuenta que si se revisa la historia laboral se puede establecer que los rendimientos financieros a veces superan hasta el capital que está consignado en la cuenta de ahorro individual del afiliado por lo tanto, consideramos aparte de no ser procedente la devolución de los gastos de administración es mucho menos procedente que se autorice la indexación de dicho concepto teniendo en cuenta pues que aquí no se ve una pérdida del valor adquisitivo por parte de los gastos de administración por el contrario, la inversión de lo mismo, lo que ha generado es una rentabilidad, unos beneficios que han ido en pro de la cuenta de ahorro individual del afiliado, en ese orden de ideas, si la condena devolver los gastos de administración fuese confirmada por este honorable tribunal, estaríamos ante un enriquecimiento sin causa a favor del sistema y de la parte demandante, ya que no se estaría aplicando normas legales que regulan las restituciones mutuas que se derivan de la declaratoria de la eficacia de un acto jurídico, siendo necesario reiterar que las sumas descontadas por mi representada fuera invertidas para el mantenimiento de la condición del demandante, y que esta fuera incrementada, como efectivamente sucedió durante el tiempo que ha estado afiliada con mi representada así mismo, también se recuerda que la inversión de dichos gastos de administración salió de acuerdo con el mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 no solo en base a ese artículo, sino también con el literal e del artículo 60 de la misma ley 100 de 1993, que trata de la obligatoriedad de la rentabilidad mínima que establece dicha norma que establece dicha norma así mismo, también deberá tenerse en cuenta por parte del tribunal que es improcedente, de la devolución de los gastos administrativos, toda vez que en el régimen de prima media con prestación definida que administra Colpensiones, también se hacen descuento por gastos de administración incluso estos gastos de administración son mucho más altos que los gastos de administración descontados por las afp del régimen de ahorro individual con solidaridad

Finalmente solicitamos al honorable tribunal tenga en cuenta que toda decisión judicial de un traslado de régimen pensional debe tener como objetivo constitucional que el sistema financiero de seguridad social sea estable y sostenible financieramente, por lo que actualmente es imperioso que se haga un análisis más amplio de las consecuencias que se derivan de autorizar una solicitud de traslado que definitivamente no cuenta con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema

Por último, en cuanto a la condena en costas, también solicitamos que la misma sea revocada, toda vez que, como quedó demostrado en el proceso, mi representada obró de buena fe, objetiva en el cumplimiento de disposiciones legales vigentes para el momento en el cual se realizó el traslado de la demandante de tal manera, se evidencia que no se han causado costas en el presente proceso, máximo, cuando el proceso es de una data muy reciente y la complejidad del mismo, dada la naturaleza de las pretensiones y dado que si tuvo un precedente de la sala de la corte suprema de justicia son de fácil resolución, por lo tanto consideramos que no debe haberse condenado en costas en este proceso muchas gracias su señoría legales, le solicito conceder el recurso ante su superior.

realizado por la aquí demandante, la señora Ayde Rosalía moreno Cisneros a la administradora de fondos de pensiones Colfondos realizada en el 95, se presume no solo efectuada en el ejercicio del libre derecho de escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13, literal b de la ley 100, sino plenamente válido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha fecha, razón por la cual la afirmación que hubiera existido un vicio del consentimiento o falta información, no se logra evidenciar del análisis del escrito de demanda, coligiendo la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que primero la afiliada era consciente sobre el formulario que suscribió para el cambio de régimen y, segundo, que la elección del régimen de la administradora se llevó a cabo de manera libre y espontánea, sin presiones, considerando que no hay lugar a atribuir un carácter excepcional a que la carga dinámica de la prueba prevista en la norma, refiriendo no hay mérito alguno para proferir una condena en contra de Colpensiones, ya que no ha tenido injerencia alguna en los hechos que aquí se esbozaron durante el presente proceso, y en concordancia que Colpensiones ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal. *(Audiencia virtual, archivo 21 expediente digital, récord: 1:22:08²)*

² Gracias su señoría estando en la etapa procesal pertinente presento recurso de apelación frente a la sentencia proferida en contra de mi representada conforme a lo anterior petición solicito a los honorables magistrados revocar las condenas proferidas a la entidad que represento ya que desde la entrada en vigor de la ley 100 de 1993 establece libertad financiera libertad de régimen y que los trabajadores tuvieran una garantía de pensionarse se creó un sistema general de pensiones con dos regímenes consecuentes y existentes el régimen con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad honorables magistrados la ley 100 de 1993 en su artículo 13 donde nos habla de las características especiales de pensiones donde nos dice el literal b la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o el traslado, el empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor de sanciones que trata el inciso primero del artículo 271 de la presente ley pues, conforme a esto su señoría, honorables magistrados, la aquí demandante utilizando o haciendo uso de su libre, su derecho de libre escogencia de fondo, se trasladó a Colfondos esta este traslado no podría ser impedido por nadie ni por el instituto de seguro, social, ni por su empleador, ni por Colfondos, no podía negarse entonces solicitó se tenga en cuenta al momento de analizar el presente recurso de apelación con relación con la norma anterior, la corte constitucional en la sentencia c 789 del 2002 nos dice que es importante resaltar que tanto los trabajadores del sector público y privado pueden elegir libremente entre cualquiera de los dos regímenes que estime conveniente, por tal motivo honorables magistrados el traslado realizado por la aquí demandante, la señora Ayde Rosalía moreno Cisneros a la administradora de fondos de pensiones Colfondos realizada en el 95, se presume no solo efectuada en el ejercicio del libre derecho de escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13, literal b de la ley 100, sino plenamente válido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha fecha, es decir, a lo establecido en los decretos 663 del 93, 656 del 94 y los artículos 271, 272 de la ley 100 del 93 razón por la cual afirmación que hubiera existido un vicio del consentimiento falta información, necesaria ineficacia acaecido en el trámite de traslado alegado por la aquí demandante pues para esta defensa no se logra evidenciar del análisis del escrito de demanda, honorables magistrados se colige que la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que primero la afiliada era consciente sobre el formulario que suscribió para el cambio de régimen y, segundo, que la elección del régimen de la administradora se llevó a cabo de manera libre y espontánea, sin presiones, dejando, sin certeza, pues lo estipulado en el escrito de la demanda por otro lado, la corte constitucional en la sentencia c 86 del 2016, cuyo magistrado ponente fue el doctor Jorge Iván palacios, del cual se refiere a lo referente a la carga dinámica de la prueba dinámica de la prueba nos dice en ese orden de ideas, considero que no hay lugar a atribuir un carácter excepcional a que la carga dinámica de la prueba prevista en la norma, acusada porque en ocasiones, los jueces se enfrentarán a circunstancias en las que la

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Páginas 3 y 4, archivo 1 Expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Página 2 ibídem), aspirando de manera principal se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS, en consecuencia se ordene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los ahorros, bonos, frutos e intereses, así mismo se ordene a Colpensiones aceptar el traslado y a efectuar el traslado al RPM, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, pues se declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que tuviera lugar el día 29 de noviembre de 1995, ordenando a la COLFONDOS S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro pensional del demandante con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, incluyendo conceptos por capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere gastos de administración, porción destinada al fondo de garantía de pensión mínima, y en general todos los valores recibidos en el régimen de ahorro individual y que integraron las cotizaciones realizadas en favor de la demandante en tal régimen, y COLPENSIONES a recibir los valores condenados y a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada

desigualdad entre las partes del proceso exige que se distribuyan las cargas y en esos casos la inversión de la carga probatoria será la regla general aplicable así pues, en algunos casos el operador judicial tiene el deber de hacer efectiva la igualdad de armas en el proceso y la realización de este deber no es una excepción, sino constituye la regla general, al fin de demostrar el objeto que llevó a la iniciación del proceso judicial, teniendo claro que esta deberá repartirse con el fin de obtener igualdad de armas dentro del litigio entonces, señores magistrados, se evidencia que pues la carga de la prueba en el presente proceso, pues hay una desigualdad, ya a la parte demandante, solo con el simple testimonio para el fallador le queda demostrado o hace como la prueba fehaciente para fallar en contra de las aquí demandadas honorable magistrado la afp Colfondos, pues, para tener en cuenta fue pues el primer fondo al que se afilió la demandante, sin previa asesoría por parte del instituto de seguros sociales, y es su actual fondo pues bien, atendiendo esto, este fondo es el que tiene la responsabilidad frente a los hechos que fundamentan las pretensiones de la demandante y estos hechos son ajenos a la entidad que represente por lo tanto, su señoría honorables magisterio, no hay mérito alguno para proferir una condena en contra de Colpensiones, ya que pues Colpensiones no ha tenido injerencia alguna en los hechos que aquí se esbozaron durante el presente proceso, y en concordancia que Colpensiones ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal, atendiendo, pues la constitución y la ley en el presente caso con lo anterior, solicito se revoque la sentencia proferida en contra de mi defendida y dejó sentado el recurso de apelación, muchas gracias.

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

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 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 5 de diciembre de 1965 (*Página 13, Archivo 1 Expediente Digital*), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 4 de diciembre del 2020 (*Página 27 archivo 01 del expediente digital*), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado 2635 días equivalentes a **376,43** semanas (*Reporte de días acreditado expedido por Colfondos págs. 14 y 15 archivo 01 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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”.

AFP COLFONDOS

FUTURA- COLFONDOS

DIAC80 Reporte de días acreditados

=====

Detalle de Días acreditados

Identif. afiliado .. C.C 51804353 MORENO CISNEROS AYDE ROSALIA

Periodo	Tipo Acreditación	Días Acr.	Días Cot.	Salario Acum.	Salario mens.	Origen Cotización	Fec. Depósito Sem.	Cotiz.
198611	COT. EXTERNAS	11	11			1 BONO		1,57
198612	COT. EXTERNAS	31	31			1 BONO		4,43
198701	COT. EXTERNAS	31	31			1 BONO		4,43
198702	COT. EXTERNAS	28	28			1 BONO		4,00
198703	COT. EXTERNAS	31	31			1 BONO		4,43
198704	COT. EXTERNAS	30	30			1 BONO		4,29
198705	COT. EXTERNAS	31	31			1 BONO		4,43
198706	COT. EXTERNAS	30	30			1 BONO		4,29
198707	COT. EXTERNAS	31	31			1 BONO		4,43
198708	COT. EXTERNAS	31	31			1 BONO		4,43
198709	COT. EXTERNAS	30	30			1 BONO		4,29
198710	COT. EXTERNAS	31	31			1 BONO		4,43
198711	COT. EXTERNAS	30	30			1 BONO		4,29
198712	COT. EXTERNAS	31	31			1 BONO		4,43
198801	COT. EXTERNAS	31	31			1 BONO		4,43

(...)

Período	Tipo Acreditación	Días Acr.	Días Cot.	Salario Acum.	Salario mens.	Origen Cotización	Fec. Depósito Sem. Cotiz.
199302	COT. EXTERNAS	28	28	145.598	145.598	1 BONO	4,00
199303	COT. EXTERNAS	31	31	145.598	145.598	1 BONO	4,43
199304	COT. EXTERNAS	30	30	145.598	145.598	1 BONO	4,29
199305	COT. EXTERNAS	31	31	145.598	145.598	1 BONO	4,43
199306	COT. EXTERNAS	30	30	145.598	145.598	1 BONO	4,29
199307	COT. EXTERNAS	31	31	145.598	145.598	1 BONO	4,43
199308	COT. EXTERNAS	31	31	145.598	145.598	1 BONO	4,43
199309	COT. EXTERNAS	30	30	145.598	145.598	1 BONO	4,29
199310	COT. EXTERNAS	31	31	145.598	145.598	1 BONO	4,43
199311	COT. EXTERNAS	30	30	145.598	145.598	1 BONO	4,29
199312	COT. EXTERNAS	31	31	145.598	145.598	1 BONO	4,43
199401	COT. EXTERNAS	31	31	145.598	145.598	1 BONO	4,43
199402	COT. EXTERNAS	28	28	145.598	145.598	1 BONO	4,00
199403	COT. EXTERNAS	31	31	145.598	145.598	1 BONO	4,43
199404	COT. EXTERNAS	14	14	145.598	145.598	1 BONO	2,00
199507	COT. EXTERNAS	31	31	246.000	246.000	1 BONO	4,43
199509	COT. EXTERNAS	30	30	119.000	119.000	1 BONO	4,29
199510	COT. EXTERNAS	31	31	119.000	119.000	1 BONO	4,43
199511	COT. EXTERNAS	30	30	184.000	184.000	1 BONO	4,29
199512	COT. FONDO ACTUA	30	30	138.434	138.434	COT. DEL MISMO FO 19960110	4,29

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 **29 de noviembre de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1° de diciembre de 1995** (Páginas 182 y 183, archivo 14 expediente digital) por afiliación que hiciera a COLFONDOS S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

Así, discurrió

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

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

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar

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

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

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

relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** 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 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 puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para el año 1995 cuando ingresó a trabajar a CAFAM un asesor de COLFONDOS le dijo que se podía pensionar más joven y que el monto de la pensión sería superior que el del otro régimen.

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP COLFONDOS S.A. 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.

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

⁶ Audiencia 3 de febrero del 2023, récord 26:41

COLFONDOS (*Página 183 Archivo 14 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 se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones COLFONDOS S.A. proporcionará a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora 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 actora al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen **(29 de noviembre de 1995, efectivo el 1 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.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, frutos e intereses, gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

No obstante lo anterior, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que COLFONDOS S.A. -además de lo ordenado por el Juez *a quo*- deberá retornar las

comisiones y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁷ todo debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁸.

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

“(…)

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

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

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

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

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

contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia

de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

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

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

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

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

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

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

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

Así lo 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)*

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 afiliado.

Frente al hecho de que la actora antes del traslado estuviese afiliado en pensiones a CAJANAL (conforme se señaló en el formulario de vinculación a COLFONDOS pág. 183 Archivo 14), basta con indicar, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende, siendo la accionante afiliada a dicha Caja de Previsión Social, que continuo después de la vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993), afiliada al régimen de prima media con prestación definida, destacando, incluso con posterioridad en el Decreto 2196 de 2009, mediante el cual se dispuso la liquidación de Cajanal, se estableció de forma expresa en su artículo 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.

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

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 (...)”.

retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera apelado por COLFONDOS 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 COLPENSIONES¹¹ (Página 13, archivo 3 expediente digital), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

¹¹ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 29 de agosto del 2022, archivo 11 expediente digital.

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 en los puntos anteriormente expuestos y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

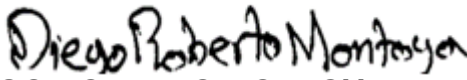
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que COLFONDOS S.A.-además de lo ordenado por el Juez *a quo*-deberá retornar las comisiones y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, todo ello por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia 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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARÍA VICTORIA SANZ ÁLVAREZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 19 2021 00406 01).**

Bogotá D.C. veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en su favor de la sentencia proferida por la Juez 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 16 de noviembre del 2023 (Audio y acta Archivos 17 y 18 récord: 17:03), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES identificada con NIT 900.336.004-07, a reliquidar la pensión de vejez reconocida a la señora MARÍA VICTORIA SANZ ÁLVAREZ identificada con cédula de ciudadanía No. 41.656.821 a partir del 1° de julio del 2010 y en cuantía inicial de \$4.147.902, teniendo en cuenta un IBL de \$5.530.536 y una tasa de reemplazo del 75%, razón por la cual se ordena reajustar las mesadas pensionales ordinarias y adicionales causadas en lo sucesivo, de conformidad a lo expresado en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante señora MARÍA VICTORIA SANZA ÁLVAREZ por concepto de retroactivo de las diferencias de las mesadas pensionales causadas y no pagadas entre la pensión reconocida inicialmente por la demandada y la reconocida por este Despacho, a partir del 31 de agosto de 2018 y hasta la fecha de su inclusión en nómina, en razón del reajuste de la primera mesada de la pensión que le fue reconocida, valor que debe ser debidamente indexado a la fecha efectiva de su pago.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de PRESCRIPCIÓN de las diferencias de las mesadas pensionales causadas y no pagadas entre la

pensión reconocida inicialmente por la demandada y la reconocida por este Despacho, con anterioridad al 31 de agosto del 2018.

CUARTO: COSTAS serán a cargo de la parte demandada COLPENSIONES y a favor de la demandante.”

Inconforme con la decisión el apoderado de Colpensiones adujo que su representada reconoció la pensión conforme a lo que exigía la norma vigente para su reconocimiento y no se puede pretender que este nuevo cambio jurisprudencial sea aplicado de manera retroactiva más aun cuando existían normas de precisa aplicación, pues en el presente asunto la pensión fue reconocida en virtud del Decreto 758 de 1990 que establecía tener en cuenta semanas únicamente cotizadas al ISS o al sector privado acreditando solo 903 semanas, razón por la cual la tasa de reemplazo obedeció al 69% a partir del 1° de agosto del 2010, época anterior al cambio jurisprudencial emitido por las altas cortes.

Señala que si bien es cierto la demandante se encuentra amparada bajo el régimen de transición, también lo es que adquirió su estatus pensional el día 1° de agosto del 2010 fecha anterior a la comunicación de esta sentencia SU 769, esto es el 16 de octubre del 2014, así mismo que al hacer el estudio de la pensión de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990 se aclara que para el reconocimiento de la prestación con base en esta normatividad solo se pueden tener en cuenta las semanas específicamente cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES tal como lo señala la norma ya que la demandante sí alcanzó las semanas requeridas para atender la prestación de vejez sin necesidad de acumular tiempos cotizados en otras cajas

Finalmente solicito revocar la condena en costas, toda vez que las pretensiones prosperaron de manera parcial, esto conforme lo señala el artículo 365 del C.G.P. en su numeral 5, en el que señala que en caso de que prospere parcialmente la demanda el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o de pronunciar condenas parciales expresando los fundamentos de su decisión, así mismo en virtud de lo previsto en el inciso 3 del artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, que refiere que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella (*Audio y acta Archivos 17 y 18 récord: 18:50*)¹

¹ Gracias señora Juez, estando en la oportunidad correspondiente en respeto de su decisión, pero sin compartir la misa interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir y conforme 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 MARÍA VICTORIA SANZ ÁLVAREZ, las pretensiones consignadas en el escrito de demanda (página 1 Archivo 3 expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en el respectivo acápite (páginas 2 y 3 ibídem), aspirando se declare tiene derecho a que COLPENSIONES le reliquide la prestación pensional a partir del 1° de agosto del 2010 en la suma de \$4.147.902 y en esa medida le proceda a cancelar las diferencias entre la mesada reconocida y la reliquidada,

Reitera esta apoderada que mi representada reconoció la pensión conforme a lo que exigía la norma vigente para su reconocimiento y no se puede pretender que este nuevo cambio jurisprudencial sea aplicado de manera retroactiva más aun cuando existían normas de precisa aplicación, en el presente asunto la pensión fue reconocida en virtud del Decreto 758 de 1990 que establecía tener en cuenta semanas únicamente cotizadas al ISS o al sector privado acreditando solo 903 semanas, razón por la cual la tasa de reemplazo obedeció al 69% a partir del 1° de agosto del 2010, época anterior al cambio jurisprudencial emitido por las altas cortes. La imposibilidad de sumar tiempos públicos y privados se estudió en la sentencia SL 16801 del 2015 y SL 9351 del 2016 al esgrimir que los beneficiarios del régimen de transición cuyo régimen anterior sea el del seguro social, es el contenido en el Acuerdo 049 de 1990 y aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la exigencia del número de semanas debe entenderse como aquellas efectivamente cotizadas al ISS puesto que en el aludido acuerdo no existe una disposición que permita adicionar a las semanas cotizadas el tiempo servido en el sector público como si acontece a partir de la Ley 100 de 1993 para las pensiones que se rijan en su integridad por ella o como también podía ocurrir respecto a la pensión de jubilación por aportes, por lo que dicha sumatoria solo se aplica a las pensiones de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Por otro lado, la sentencia SU 769 del 2014, SU 057 del 2018 y las más reciente SL 1947 del 1° de julio del 2020 acuñaron el criterio de sumar tiempos públicos y privados únicamente cuando al afiliado que pretende su pensión no le es posible alcanzar las semanas exigidas únicamente con las privadas o públicas, por lo que sí tiene que acudir a esta sentencia para conseguir su derecho pensional.

Frente a lo anterior se hace necesario señalar que si bien es cierto la demandante se encuentra amparada bajo el régimen de transición, también lo es que adquirió su estatus pensional el día 1° de agosto del 2010 fecha anterior a la comunicación de esta sentencia SU 769, esto es el 16 de octubre del 2014, así mismo que al hacer el estudio de la pensión de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990 se aclara que para el reconocimiento de la prestación con base en esta normatividad solo se pueden tener en cuenta las semanas específicamente cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES tal como lo señala la norma ya que la demandante sí alcanzó las semanas requeridas para atender la prestación de vejez sin necesidad de acumular tiempos cotizados en otras cajas, concluyendo que aquí se reabre el debate de las liquidaciones pensionales generando congestión judicial e inseguridad jurídica luego de 30 de respeto a las normas y generando un vacío pensional en el presupuesto de régimen de prima media que para el caso que aquí se discute no puede extenderse los beneficios toda vez que entonces desquebrajaría el sistema pensional y además no habría seguridad jurídica.

Finalmente solicito revocar la condena en costas, toda vez que las pretensiones prosperaron de manera parcial, esto conforme lo señala el artículo 365 del C.G.P. en su numeral 5, en el que señala que en caso de que prospere parcialmente la demanda el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o de pronunciar condenas parciales expresando los fundamentos de su decisión, así mismo en virtud de lo previsto en el inciso 3 del artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, que refiere que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella. En esos términos dejo entonces sustentado el recurso de apelación solicitando al Tribunal Superior de Bogotá en su sala laboral, revoque la sentencia y se absuelva a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra.

como también se condene en costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se ordenó la reliquidación teniendo en cuenta lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición, disponiendo aplicar una tasa de reemplazo del 75% al IBL reconocido por Colpensiones, quien pese a tener en cuenta para la liquidación del ingreso base de liquidación semanas cotizadas tanto en el sector público como en el privado solo tuvo en cuenta las semanas del ISS y por ende liquidó la prestación con una tasa del 69%, señalando la a quo la viabilidad de sumar tiempos públicos y privados ante la nueva línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia; condenó al pago de las diferencias de mesadas únicamente a partir del 31 de agosto del 2018 dada la declaratoria parcial de la excepción de prescripción, ordenando el pago indexado de las sumas adeudadas y absolviendo por las demás pretensiones.

En ese orden, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar si la demandante tiene derecho a que su mesada pensional se reliquide teniendo en cuenta para su cálculo una tasa de reemplazo de 75%, de igual forma se verificará la procedencia de la indexación de las sumas que pudieren llegar a ser adeudadas.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia la calidad de pensionada que ostenta la actora, prestación que le fue reconocida en Resolución No. 118016 del 12 de agosto del 2010 por el ISS conforme al Decreto 758 de 1990 y en cuantía de \$3.464.502 a partir del 1° de agosto del 2010 teniendo en cuenta que cotizó un total de 903 semanas y 555 en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad (Archivo 12 págs. 53 y 55), prestación que fue reliquidada así:

- Resolución GNR 28599 del 27 de enero del 2016 (Archivo 03 págs. 12 a 19) IBL de \$5.398.806 aplicando una tasa de reemplazo del 69% con 1023 semanas (contabilizando el periodo laborado en Bogotá Distrito Capital), con una mesada de \$3.725.176 para el 11 de septiembre del 2012.
- Resolución GNR 79185 del 16 de marzo del 2016 (Archivo 03 págs. 21 a 29) IBL de \$5.530.536 aplicando una tasa de reemplazo del 69% para una mesada de \$3.480.879 al 1° de julio del 2010 y teniendo en cuenta 1023

semanas, confirmada por Resolución VPB 21633 del 13 de mayo del 2016 (págs. 30 a 37 ibídem).

Conforme a lo anterior, no se discute en esta instancia que durante la vida laboral el demandante realizó cotizaciones en número total de **1023 semanas** tal como se consigna en los diversos actos administrativos expedidos por Colpensiones así:

Resolución GNR 28599 del 27 de enero del 2016

GNR 28599
27 ENE 2016

Que conforme lo anterior, el interesado acredita un total de 7,167 días laborados, correspondientes a 1,023 semanas.
Que de los anteriores tiempos, los no cotizados al ISS hoy Colpensiones son:

EMPLEADOR	CAJA	DESDE	HASTA
BOGOTA DISTRITO CAPITAL	FONCEP	19770901	19791230

Resolución VPB 30334 del 26 de julio del 2016

7,167
1,023

Que conforme lo anterior, el interesado acredita un total de 7,167 días laborados, correspondientes a 1,023 semanas.

Resolución VPB del 13 de mayo del 2016

Que conforme lo anterior, la interesada acredita un total de 7,167 días laborados, correspondientes a 1,023 semanas.

De modo que, sumados todos los tiempos acreditados ante el ISS hoy Colpensiones, arroja un total de 1023 semanas.

En este orden de ideas, como quiera que lo pretendido por la parte actora es la reliquidación de la mesada pensional aplicando una tasa de remplazo del 75% contenida en el Acuerdo 049 de 1990, debe precisarse respecto a la posibilidad de acumular tiempo de servicio público al tiempo de semanas de cotización exclusivas al ISS, de acuerdo a lo expuesto entre otras en sentencias de Casación

Laboral como la CSJ SL-17894, CSJ SL-18729 y CSJ SL1947-2020², para las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990 aplicable por vía del

² «2. Sumatoria de tiempo de servicios públicos con o sin cotización al ISS en el marco del Acuerdo 049 de 1990

En este punto, es oportuno señalar que la jurisprudencia de esta Corporación ha adoctrinado la improcedencia en la sumatoria de semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales con tiempos de servicios públicos a efectos de conceder la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990, bajo el entendido de que esta normatividad no previó expresamente tal posibilidad, como sí lo hizo unos años atrás la Ley 71 de 1988.

En este sentido, la Sala predicó que la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990 solo podía configurarse con el cumplimiento de las edades mínimas allí previstas y un mínimo de 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores a éstas o 1000 semanas en cualquier época, bajo el presupuesto que éstas fueran efectivamente aportadas al ISS y en los términos fijados por sus reglamentos.

Asimismo, la jurisprudencia de la casación del trabajo resaltó que el legislador en el año 1993 dispuso el cómputo de tiempos públicos y privados para el acceso a la pensión de vejez, a través de lo dispuesto en el parágrafo 1.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que éste resultaba aplicable a las pensiones gobernadas en su integridad por esta normativa. En la sentencia CSJ SL032-2018, la Sala indicó:

En la sentencia SL16104-2014, esta Sala de la Corte sostuvo:

“Esta Corporación en pacífica y reiterada jurisprudencia, ha señalado que para los beneficiarios del régimen de transición cuyo régimen anterior sea el del Seguro Social contenido en el A. 049/1990, aprobado por el D. 758 del mismo año, la exigencia del número de semanas debe entenderse como aquellas efectivamente cotizadas al I.S.S., puesto que en el aludido acuerdo no existe una disposición que permita adicionar a las semanas cotizadas, el tiempo servido en el sector público, como sí acontece a partir de la L. 100/1993 para las pensiones que se rijan en su integridad por ella, o como también puede ocurrir respecto a la pensión de jubilación por aportes prevista en la L. 71/1988, según el criterio expuesto en sentencia CSJ SL4457-2014.

Por otra parte, en punto a la posibilidad prevista en el parágrafo del art. 36 de la L. 100/1993 de acumular semanas cotizadas al I.S.S. o a cajas, fondos o entidades de previsión social con tiempos laborados en el sector oficial, esta Sala de Casación reiteradamente ha precisado que dicha disposición hace referencia a la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de esa misma ley.

Así, por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 4 nov. 2004, rad. 23611, reiterada CSJ SL, 10 mar. 2009, rad. 35792, CSJ SL, 17 mayo 2011, rad. 42242, CSJ SL, 6 sep. 2012, rad. 42191 y CSJ SL4461-2014, en torno a las dos temáticas propuestas por el recurrente esta Corporación puntualizó:

El parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es del siguiente tenor:

‘Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio’.

“Aún cuando por hallarse ubicado en la norma legal que establece el régimen de transición pensional, podría pensarse en principio que el citado parágrafo alude a las pensiones que surjan de la aplicación de ese régimen, para la Corte es claro que ese entendimiento no se corresponde con el genuino sentido de la norma, porque en realidad hace referencia a “la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo” y esa pensión no es otra que la consagrada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que exige al afiliado como requisitos para acceder a tal prestación el cumplimiento de 55 años de edad, si es mujer o 60 si es hombre y haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

Este criterio ha sido reiterado por la Sala, entre otras, en las providencias CSJ SL16104-2014, CSJ SL9088- 2015, CSJ SL9351- 2016, CSJ SL12701-2016, CSJ SL11447-2016, CSJ SL13153- 2016, CSJ SL8439-2016, CSJ SL18427-2016, CSJ SL11256-2016, CSJ SL1073- 2017, CSJ SL4271-2017 y, más recientemente, en los fallos CSL SL5514-2018, CSJ SL4541-2018, CSJ SL5614-2019, CSJ SL5580-2019, CSJ5113-2019, CSJ SL4753-2019, CSJ SL4740-2019, CSJ SL4739-2019, CSJ SL3266-2019, CSJ SL2415-2019 y CSJ SL507-2020.

No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas

legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado *ius cogens*.

Por último, la Sala considera oportuno referirse al razonamiento del Tribunal, según el cual la sumatoria de tiempos referida crea un trato privilegiado o desigual entre quienes (i) se pensionaron en plena vigencia del Acuerdo 049 de 1990 y (ii) aquellos que pueden lograrlo en virtud de ser beneficiarios del régimen de transición bajo la acumulación de tiempos públicos y privados con y sin cotización.

Al respecto, es preciso señalar que tal argumento no configura un criterio válido de comparación (patrón de igualdad o *tertium comparationis*), dado que las personas que se pretenden asimilar no están en la misma situación fáctica. Nótese que el primer grupo aludido obtuvo la protección del entonces vigente sistema de pensiones, mientras que los segundos pretenden acceder a un derecho pensional bajo un nuevo marco legal y constitucional.

En todo caso, es importante destacar que la Ley 100 de 1993 pretendió superar las deficiencias del anterior sistema pensional caracterizado por la baja cobertura, la fragmentación o multiplicidad de regímenes y la inequidad, para así

régimen de transición de la Ley 100 de 1993, si es posible consolidar semanas cotizadas tanto al ISS como los tiempos laborados a entidades públicas, expresando la jurisprudencia en cita que si el artículo 36 ibídem señala que los efectos de la norma anterior aplicable solo se da para los aspectos de edad, tiempo y monto, resulta entonces que la forma de computar las semanas para dicho tipo de prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, artículo 33 parágrafo 1° y parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social, advirtiéndose en este aspecto a Colpensiones frente a su apelación, que esta postura la acoge esta Sala de Decisión, atendiendo lo dispuesto por ese máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en su función como unificadora de la jurisprudencia, precisándose fue la misma Corte Suprema de Justicia quien recogió su criterio frente a dicha temática y por ende el mismo no puede ser desconocido por este Tribunal.

De tal manera, al ser procedente la sumatoria de tiempos públicos y privados de la señora SANS ÁLVAREZ, en **1023 semanas** cotizadas en toda su vida laboral como expresamente lo señala Colpensiones, la tasa de remplazo aplicable en

garantizar progresivamente la cobertura de todas las contingencias que afectan las condiciones de vida de todos los habitantes del territorio nacional. En estos objetivos transitan los principios de integralidad y universalidad -preámbulo, artículos 1 a 3 de la Ley 100 de 1993, y 48 de la Constitución Política-, que son fiel desarrollo de instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad y procuran la garantía progresiva de la seguridad social, como los preceptos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (C-504-2007) o el 9.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sin duda alguna, con la Ley 100 de 1993 estos mandatos fueron maximizados al permitir que más personas pudieran acceder a una pensión de vejez en condiciones de igualdad y bajo la premisa de que debían computarse las semanas cotizadas al ISS con anterioridad a la vigencia del nuevo sistema o, a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, así como los tiempos de trabajo sin aportes.

En efecto, el propósito de unicidad normativa y sistémica de la ley en comento fue ponerle fin a la injusticia de no conceder pensiones a personas que cumplían el mismo tiempo de trabajo, pero cuyo valor y eficacia frente a la generación de la protección del riesgo difería de acuerdo al segmento en el que se prestaba. Nótese que si la persona laboraba durante 500 semanas en los 20 años anteriores a la misma edad mínima pensional fijada para los hombres en la Ley 71 de 1988 y el Acuerdo 049 de 1990, solo accedía al beneficio si las cotizaba en su integridad al ISS, restricción que fue eliminada.

No se trató entonces de un privilegio otorgado por el legislador a los beneficiarios del régimen de transición, sino de darle contenido y valor al hecho de trabajar (CSJ SL14215-2017).

Por otra parte, el legislador de 1993 no concibió la aplicación retroactiva del régimen de transición en los mismos términos en que fue expedida la norma que previamente regulaba la situación pensional concreta, sino que procuró que sus efectos jurídicos rigieran en mayores y mejores condiciones de igualdad en el nuevo marco legal y constitucional.

Por tanto, si la seguridad social se pensara bajo la óptica objeto de reflexión, no podrían existir avances legislativos dirigidos a conseguir una mayor cobertura en materia de pensiones, porque entonces se configurarían tratos desiguales frente a quienes sí pudieron tener protección del sistema en un estado de cosas que, para otros, no les significaba la misma salvaguarda, lo que sería un sinsentido.”

efecto es del **75%** en atención al tenor del mismo Acuerdo 049 de 1990 artículo 20³, por ende resulta procedente la reliquidación pretendida.

Así las cosas, una vez efectuadas las operaciones aritméticas, teniendo en cuenta el IBL establecido por COLPENSIONES en la Resolución GNR 79185 del 16 de marzo del 2016 de \$5.530.536 –no discutido por la parte demandante- aplicando la tasa del 75% se obtiene una primera mesada de **\$4.147.902** para el mes de julio del año 2010, fecha en la cual se le reconoció la prestación pensional a la actora, superior a la otorgada por Colpensiones de \$3.480.879.

En lo que respecta a la excepción de prescripción oportunamente propuesta por Colpensiones⁴, se tiene que la pensión fue reliquidada mediante Resolución GNR 28599 del 27 de enero del 2016 (páginas 12 a 19 archivo 1 expediente digital) sin tener en cuenta una tasa de reemplazo del 75%, frente a la cual se interpuso el recurso de reposición y apelación siendo resuelto éste último por acto administrativo VPB 21633 del 13 de mayo del 2016 e interponiendo la demanda ante la jurisdicción el 31 de agosto del 2021⁵ (acta de reparto archivo 1 expediente digital), razón por lo cual es claro que entre la fecha de exigibilidad del derecho (13 de mayo del 2016) y la del reclamo (31 de agosto del 2016) transcurrió con suficiencia el término trienal, de allí que esa reclamación no tuvo la virtualidad de interrumpir la prescripción, y en ese orden, se encuentran prescritas las diferencias de mesadas causadas en los 3 años anteriores a la presentación de la demanda **-31 de agosto del 2018-**, conforme lo establecido por la *a quo*.

Así las cosas, se procede a cuantificar el valor del retroactivo por diferencias de mesadas pensionales, obteniendo como valor adeudado en esta instancia hasta la fecha del presente proveído (21/03/2024/ la suma de **\$75.006.347,54**:

³ a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,
b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

⁴ En la contestación de la demanda págs. 14 y 15 Archivo 07, la cual se admitió por el juzgado mediante auto del 9 de diciembre del 2022 (expediente digital, archivo 8)

⁵ La demanda fue admitida por auto del 3 de noviembre del 2021 (Archivo 5 expediente digital) notificada a Colpensiones el 30 de noviembre del 2021 (Archivo 63 expediente digital), esto es, dentro del año establecido por el artículo 94 del C.G.P.

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	N°. Mesadas	Subtotal
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 4.147.902,00	\$ 3.480.879	\$ 667.023,00	PRESCRITO	
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 4.279.390,00	\$ 3.591.223	\$ 688.167,14		
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 4.439.011,00	\$ 3.725.175	\$ 713.835,52		
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 4.547.323,00	\$ 3.816.070	\$ 731.253,24		
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 4.635.541,00	\$ 3.890.102	\$ 745.439,49		
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 4.805.202,00	\$ 4.032.479	\$ 772.722,77		
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 5.130.514,00	\$ 4.305.478	\$ 825.035,93		
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 5.425.519,00	\$ 4.553.043	\$ 872.475,94		
31/08/18	31/12/18	4,09%	\$ 5.647.423,00	\$ 4.739.263	\$ 908.160,48	5,00	\$ 4.540.802,4
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 5.827.011,00	\$ 4.889.971	\$ 937.039,93	13,00	\$ 12.181.519,1
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 6.048.437,00	\$ 5.075.790	\$ 972.647,03	13,00	\$ 12.644.411,4
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 6.145.817,00	\$ 5.157.510	\$ 988.306,81	13,00	\$ 12.847.988,5
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 6.491.212,00	\$ 5.447.362	\$ 1.043.849,74	13,00	\$ 13.570.046,6
01/01/23	31/12/23	13,12%	\$ 7.342.859,00	\$ 6.162.056	\$ 1.180.802,81	13,00	\$ 15.350.436,5
01/01/24	21/03/24	9,28%	\$ 8.024.276,00	\$ 6.733.895	\$ 1.290.381,00	3,00	\$ 3.871.143,0
Total retroactivo							\$ 75.006.347,54

Precisándose el retroactivo por diferencias pensionales, se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina de la mesada reliquidada.

En cuanto a la condena por concepto de indexación sobre el retroactivo impuesto solicitado por el demandante, la Sala debe recordar, 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 diferencias de las mesadas aquí reconocidas habrá transcurrido un interregno considerable, por lo que es procedente la indexación aplicada sobre las mismas, teniendo en cuenta la fecha que medie entre su exigibilidad y la fecha en que efectivamente se haga el pago.

De otra parte, se autoriza a COLPENSIONES a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del

retroactivo adeudado a la demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 el cual dispuso que *"se entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público"*, mientras que en su artículo 42 permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud"*.

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

Agotada como se encuentra la competencia de la Sala, al tenor de las motivaciones precedentes, se adicionará la sentencia de primera instancia en su ordinal segundo, para establecer como valor del retroactivo adeudado a 21 de marzo del 2024 la suma de **\$75.006.347,5**, con la autorización de descontar los conceptos por aportes a salud, confirmando en lo demás.

Sin COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en su numeral **SEGUNDO**, en el sentido de determinar como retroactivo por las diferencias de mesadas pensionales del 31 de agosto del 2018 al 21 de marzo del 2024 la suma

de **\$75.006.347,5**, precisándose que el mismo se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina de la mesada reliquidada, el cual además deberá indexarse a la fecha de pago, de conformidad con lo motivado en precedencia.

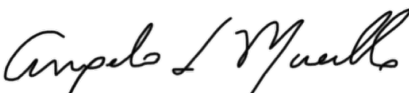
SEGUNDO: ADICIONAR el fallo de primera instancia, en cuanto a que se dispone **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a realizar los correspondientes descuentos por concepto de aportes a seguridad social en SALUD, del retroactivo por diferencias adeudadas a la demandante.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDON LONDOÑO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ STELLA GARCÍA ARIZA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD 20 2022 00372 01).

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de septiembre del 2023 (Archivo 10, récord: 32:58), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a COLPENSIONES., a reliquidar y por tanto, pagar la pensión de vejez reconocida a la señora LUZ STELLA GARCIA ARIZA, a través de resolución SUB 127499 del 28 de mayo del 2021, a partir del 01 de mayo del mismo año 2021, en cuantía inicial de \$7.780.813,60, suma que debe ser indexada al momento del pago conforme al índice de precios al consumidor certificado por el DANE., conforme a las consideraciones anotadas en la parte motiva.

SEGUNDO: SE CONDENAN en costas a la parte demandada. Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De ser o no apelada la presente decisión remítase al tribunal superior de Bogotá para que sea revisada a través del grado jurisdiccional de consulta teniendo en cuenta que fue condenada Colpensiones entidad y régimen general en pensiones de la cual es garante la nación.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación, aduciendo apartarse de la decisión del juzgado de primer grado, en cuanto a la reliquidación de la pensión y la condena en costas.

Expresa Colpensiones se ratifica en las operaciones que ha realizado para el caso de la señora García Ariza conforme a lo establecido en la 797 del año 2003 e igualmente en el artículo 34 de la ley 100 del año 1993, por lo cual asegura la prestación pensional reconocida se ajusta a las operaciones que realizó la misma administradora de pensiones Colpensiones con base en la totalidad de las semanas efectivamente cotizadas y tomadas de su historia laboral, por lo cual señala para la entidad el porcentaje otorgado inicialmente es el mismo que se ha mantenido en Colombia, solicitando por ende se absuelva de todas las condenas impuestas. (Archivo 10, récord: 34:43¹)

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 LUZ STELLA GARCÍA ARIZA, las pretensiones elevadas en la página 2 del archivo 1 del expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en las páginas 2 y 3 ibidem, solicitando:

¹ Muchas gracias señor juez de manera muy respetuosa me permito interponer recurso de apelación y esto por directriz expresa de Colpensiones de conformidad con la condena suscitada y la condena en costas consecuente indicando por lo menos de modo inicial que Colpensiones se ratifica en las operaciones que ha realizado en el caso particular la señora demandante García Ariza conforme a lo actuado en la 797 del año 2003 e igualmente en el artículo 34 de la ley 100 del año 93 por lo cual la prestación pensional reconocida inicialmente fue ratifica Con las reliquidaciones y operaciones que realizo la misma administradora de pensiones Colpensiones con base en la totalidad de las semanas efectivamente cotizadas y tomadas por la misma demandante en su historia laboral por lo cual para la entidad el porcentaje otorgado inicialmente es el mismo que se ha mantenido en Colombia porque no han emergido saldos a favor o novedosos de la demandante por lo cual considera por lo menos en las actuaciones de la entidad se remarca en cuanto a que la reliquidación pensional inicialmente es la que ha sido reconocida por la tasa de remplazo y dicho porcentaje no ha variado en el tiempo así las cosas estima Colpensiones de que nos han dado sus presupuestos que llevan a esa reliquidación y por lo menos a la tasa de remplazo concedida en la presente determinación se espera que el honorable tribunal de la terminación de la tasa inicialmente reconocida y absuelva a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones de la totalidad de lo peticionado muchas gracias señor juez

A. DECLARATIVAS.

1. Que se declare que COLPENSIONES efectuó una errónea liquidación de la mesada pensional al no aplicar en derecho la fórmula de liquidación consagrada en la Ley 797 de 2003.

2. Que se declare que la mesada pensional no se encuentra ajustada a derecho de acuerdo con los parámetros establecidos en la Ley 797 de 2003.

B. CONDENAS.

1.- Que se condene al demandado COLPENSIONES a RELIQUIDAR la mesada pensional en aplicación del 80% como tasa de reemplazo a partir de la fecha de adquisición de la prestación.

2. Que se ordene al pago de las costas y gastos de proceso.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones

pues se accedió a la reliquidación pretendida con base en lo dispuesto en la Ley 797 del 2003, tras considerar la *a quo* que dada la densidad de semanas cotizadas por la actora -2016-, ésta tenía derecho a la aplicación de una tasa de reemplazo del 80% liquidando la prestación con una mesada inicial de \$7.780.813,6 a partir del 1° de mayo del 2021, acogiendo igualmente, el reciente criterio dado en sentencia SL 3501 del 2022 y SL810 de 2023 la CSJ en su Sala Laboral, por medio de la cual se precisó la forma en que se debe calcular la tasa de reemplazo para afiliados que hayan cotizado por encima de 1800 semanas, siendo aplicable en este caso, estableciendo entonces que la demandante tiene derecho a la citada reliquidación, condenando a la indexación de las sumas adeudadas y declarando no probada la excepción de prescripción.

De esta manera el problema jurídico ante esta instancia se centra en establecer si la actora tiene derecho a la reliquidación de su prestación pensional aplicando una tasa de reemplazo del 80% dado el numero de semanas cotizadas al sistema.

Así las cosas, sea lo primero indicar, no es objeto de discusión en esta instancia que la actora se encuentra pensionada conforme lo señala la Resolución SUB 127499 del 28 de mayo del 2021 (Archivo 01, páginas 12 a 20 del expediente digital), acto administrativo en el que se señaló como IBL \$9.726.017 y una tasa de reemplazo del 75.15% para un valor de mesada

pensional de \$7.309.102 a partir del 1° de junio del 2021, señalándose en dicho acto administrativo un total de semanas cotizadas de 2016.

En este orden de ideas como quiera que la prestación pensional de la demandante 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 por ser el más favorable y atendiendo lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, situaciones que no son objeto de reproche por ninguna de las partes, se procede a la verificación de la suma otorgada en su momento por la pasiva para con ello establecer si se encuentra correcto el valor obtenido, quien alega haber reconocido la pensión de vejez ajustada a derecho.

Así las cosas, en lo que toca a la tasa de reemplazo aplicable al caso de autos, valga anotar, esta se debe liquidar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, norma que en su tenor literal dispone:

“ARTÍCULO 34. MONTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente. A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.”

De conformidad con la regulación en cita, la tasa de reemplazo corresponderá a la suma del valor que resultare de la aplicación de la fórmula allí prevista y la cifra adicional que se obtenga de aplicar el 1,5% por cada 50 semanas cotizadas de manera adicional a las mínimas requeridas para acceder al derecho pensional, si las hubiere.

Adicional a lo anterior, y en aras de resolver la apelación de Colpensiones ha de señalarse si bien el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, contempla un monto máximo de la pensión de vejez del 80% del IBL, lo cierto es que, en virtud del entendimiento jurisprudencial no se limita el número de semanas necesario para alcanzar ese tope², siendo entonces válidas las **2016** cotizadas al 30 de abril del 2021 por la señora LUZ STELLA GARCÍA ARIZA (ver cuadro tiempo de servicios insertado por Colpensiones en la Resolución SUB 127499 del 28 de mayo del 2021 Archivo 01 expediente administrativo págs. 12 a 16)

Sobre este punto la Máxima Corporación en sentencia de la Sala de Casación Laboral – SL 3501-2022 Rad. 92207 del 7 de agosto del 2022 junto con la sentencia de instancia SL810 de 2023, estableció:

“Como quedó visto, la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, adoptaron unas reglas con el propósito de evitar distorsiones en el monto de las pensiones que reconoce el régimen de prima media con prestación definida, así: i) una tasa de reemplazo para la pensión de vejez calculada con una fórmula decreciente en función del nivel de ingresos de cotización; ii) un incremento del monto de la pensión en función del número de semanas cotizadas, adicionales a las mínimas requeridas; iii) un monto máximo de la pensión de vejez, que no podrá ser superior al 80% del ingreso base de liquidación; iv) un límite a la base de cotización de 25 salarios mínimos legales, sin perjuicio del aumento hasta de 45 smlmv; y v) la prohibición de pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

² CSJ SL810-2023: “... el criterio jurisprudencial expresado en la providencia CSJ SL3501-2022, en relación con el monto máximo de la pensión de vejez del 80% del IBL, a lo cual pueden acceder todos los afiliados que causen el derecho al abrigo exclusivamente de la Ley 797 de 2003, **sin limitación al número de semanas adicionales a las mínimas que se requieran para alcanzar el porcentaje máximo indicado.** (CSJ SL1947-2020; CSJ SL1981-2020 y CSJ 2557-2020).” (negrilla fuera del texto).

Además, con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 se pasó de calcular el ingreso base de liquidación para los afiliados al ISS sobre un promedio de los salarios respecto de los cuales se cotizaban las últimas 100 semanas y en el sector público de lo que se devengaba en el último año, a hacerlo con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento pensional, o del todo el tiempo si éste fuere superior, con la finalidad de evitar manipulación o fraude en el aumento desmedido en la base de cotización, sin correspondencia con los ingresos realmente percibidos para acceder a mejores prestaciones del sistema.

En ese contexto, queda evidenciada la trasgresión impartida por el Tribunal al artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, lo que le impidió comprender que **el precepto contempla un monto máximo de la pensión de vejez del 80% del ingreso base de liquidación, sin consideración al número de semanas necesario para alcanzar ese tope, pues ello se obtiene de la fórmula general sobre la equivalencia de semanas de cotización a los puntos adicionales a los límites mínimos de la pensión.** ” (Subrayas y negritas fuera de texto)

Postura que viene acogiendo esta Sala de Decisión, atendiendo lo dispuesto por ese máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en su función como unificadora de la jurisprudencia doctrina probable.

De esta manera al realizar las operaciones aritméticas correspondientes, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales se incorporan como parte integrante de esta sentencia, anexándolas al plenario, teniendo en cuenta un IBL de **\$9.726.017 (no discutido por la demandante)** se determina la Tasa de Reemplazo conforme lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 y el aparte jurisprudencial citado, así:

Calculo Tasa de Reemplazo2021				
IBL / SMMLV	\$ 9.726.017,0	\$ 908.526,0	10,7053	
No. SMMLV*0,5	10,7053 * 0,5		5,352635478	
65,50%	-	5,3526	<u>60,1474</u>	
Semanas adicionales a 1300-2000		700		
700 / 50 * 1,5		21		
60,1474%	+	21,00%	<u>T. R.</u>	<u>81,15%</u>

Conforme a lo anterior, en efecto como se dijo en primera instancia frente a la TASA DE REEMPLAZO, se tiene que la actora tiene derecho a la aplicación de un porcentaje diferente al tenido en cuenta por Colpensiones en el acto administrativo Resolución SUB 127499 del 28 de mayo del 2021, esto es, el **80%**, precisando incluso la liquidación efectuada ante esta instancia supera

ese porcentaje, pues como se ve tendría derecho a una tasa del 81.15%, no obstante la norma solo permite que se aplique hasta el 80%.

De este modo, la tasa de reemplazo de la cual es acreedora la actora es del 80% que al aplicarla al IBL de \$9.726.017 arroja una mesada de \$7.780.813,6, esto es, igual a la obtenida por el juez de primer grado.

En ese sentido, el retroactivo que se estaría adeudando a la accionante por diferencia de mesadas pensionales tomando como valor de mesada \$7.780.813,6 sería de **\$19.240.150,36** del 1° de junio del 2021 al 21 de marzo del 2024 (fecha de la presente decisión), adicionándose en este punto el fallo de primera instancia, operaciones que se verifican con la siguiente imagen:

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	Nº. Mesadas	Subtotal
01/06/21	31/12/21	1,61%	\$ 7.780.814,00	\$ 7.309.102	\$ 471.712,00	8,00	\$ 3.773.696,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 8.218.096,00	\$ 7.719.874	\$ 498.222,47	13,00	\$ 6.476.892,1
01/01/23	31/12/23	13,12%	\$ 9.296.310,00	\$ 8.732.721	\$ 563.589,06	13,00	\$ 7.326.657,8
01/01/24	21/03/24	9,28%	\$ 10.159.008,00	\$ 9.543.117	\$ 615.890,56	2,70	\$ 1.662.904,5
Total retroactivo							\$ 19.240.150,36

Advirtiéndose en este punto, el disfrute de la pensión de la actora lo fue a partir del **1° de junio del 2021 conforme lo señala el acto administrativo de reconocimiento pensional** (pág. 19 Archivo 01) y no del 1° de mayo del 2021 como lo indicó el juez a quo, por ende, tal determinación se modificará, pues la data en que le fue reconocido el derecho a la actora no fue objeto de discusión en la demanda, sumado al grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones.

Precisándose el retroactivo por diferencias pensionales, se seguirá causando a hasta la fecha de inclusión en nómina de la mesada reliquidada.

En cuanto a la condena por concepto de indexación sobre el retroactivo impuesto, la Sala debe recordar, 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 diferencias de las mesadas aquí reconocidas habrá transcurrido un interregno considerable, **por lo que 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.

En otro giro, la Sala adicionará la decisión de primer grado en el sentido de autorizar a COLPENSIONES a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado a la demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 el cual dispuso que: *"se entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público"*, mientras que en su artículo 42 permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud"*.

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.

Finalmente, en lo que toca a la excepción de prescripción formulada por Colpensiones desde la contestación de la demanda (página 11, archivo 06, expediente digital)³, se tiene que en el caso bajo examen el reconocimiento pensional como ya se dijo, se realizó a través de Resolución SUB 127499 del 28 de mayo del 2021 (págs. 12 a 20 Archivo 01 expediente digital), presentando solicitud de reliquidación el 11 de junio del 2021 (págs. 34 y 35 Archivo 01 expediente digital), siendo incoada la demanda el **30 de agosto del 2022** (acta de reparto archivo 01, expediente digital pág. 47), 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 de fecha 31 de octubre del 2022 (archivo 02) el 16 de mayo del 2023 (Archivo 03 expediente digital), esto es, dentro del año que establece el artículo 94 del C.G.P.

Agotada como se encuentra la competencia de la Sala, al tenor de las motivaciones precedentes, se adicionará y modificará la decisión de primer grado por las razones expuestas.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

³ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 22 de julio del 2022, archivo 12 del expediente digital.

RESUELVE

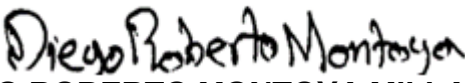
PRIMERO: MODIFICAR la decisión de primer grado en su numeral **PRIMERO**, en cuanto a que la reliquidación de la pensión de la demandante será a partir del **1° de junio del 2021**, advirtiéndose el retroactivo adeudado a la accionante por diferencia de mesadas pensionales tomando como valor de mesada la suma de \$7.780.813,6 sería de **\$19.240.150,36** del 1° de junio del 2021 al 21 de marzo del 2024 (fecha de la presente decisión), el cual se seguirá causando hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina de la mesada reliquidada.

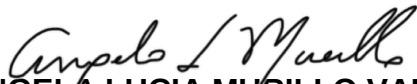
SEGUNDO: ADICIONAR la decisión del Juzgado 20 Laboral del Circuito con el fin de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a efectuar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, del retroactivo que le sea reconocido a la demandante.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO JUDITH MARTÍNEZ
ALVARADO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 21 2023 00034 01).

Bogotá D.C. veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de
apelación interpuesto por la demandante y el grado jurisdiccional de consulta en
favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez 21 Laboral del
Circuito de Bogotá D.C. el 1º de febrero de 2023 (audiencia virtual, archivo 15,
récord: 31:06), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la señora **JUDITH MARTÍNEZ ALVARADO** es
beneficiaria de la sustitución pensional, en su condición de compañera permanente,
de Marco Antonio Díaz (q.e.p.d.), conforme a las razones expuestas en la parte
motiva de la providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a La Administradora Colombiana de Pensiones-
Colpensiones a reconocer y pagar a la señora Judith Martínez Alvarado, en su
condición de compañera permanente, la sustitución pensional que le corresponde por
el fallecimiento del señor Marco Antonio Díaz (q.e.p.d.), a partir del 26 de enero del
año 2020 teniendo en cuenta el monto y mesadas pensionales tanto ordinarias como
adicionales percibidas por el causante al momento de su deceso debidamente
indexadas cuando se verifique su pago, junto con los reajustes legales anuales, de
conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Autorizar a Colpensiones a descontar de las mesadas pensionales
reconocidas a la demandante, los aportes correspondientes al Sistema General de
Seguridad Social en Salud.

CUARTO: Declarar No Probadas las excepciones planteadas por la pasiva en su mayoría, salvo la de prescripción, la cual se declarará parcialmente probada respecto de todas y cada una de las mesadas pensionales anteriores al 26 de enero del año 2020.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia a Colpensiones y en favor de la demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

SEXTO: Consultar esta decisión con la Sala Laboral del H. Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá en favor de los intereses de Colpensiones, en caso de no ser apelada oportunamente”

La anterior decisión fue apelada de manera parcial por la demandante¹, al manifestar su inconformidad al haberse declarado la prescripción de las mesadas pensionales anteriores al 06 de enero del 2000, teniendo en cuenta que desde el momento del fallecimiento del señor Marco Antonio Díaz (q.e.p.d.), su compañera permanente la señora Judith Martínez Alvarado presentó ante Colpensiones la

¹ **Recurso de Apelación Parte demandante, récord 33:12, archivo 15:** “Gracias, de forma respetuosa presento recurso de apelación parcial en contra de la decisión proferida por su señoría, frente al numeral que resolvió parcialmente la prescripción alegada por Colpensiones y que sustentó en los siguientes términos no conforme con la decisión adoptada de haber declarado la prescripción de las mesadas pensionales anteriores al 06 de enero del año 2000, teniendo en cuenta que desde el momento del fallecimiento del señor Marco Antonio Díaz, su compañera permanente la señora Judith Martínez Alvarado presentó ante Colpensiones la reclamación de la sustitución de la pensión que sabía que este ostentaba en tal entidad, sin embargo, tal y como lo mencionó su señoría el Instituto de Seguros Sociales emitió una respuesta una resolución resolviendo dichas peticiones, pero en el resuelve dichas peticiones hacía mención a un caso totalmente diferente, dilatando la vía administrativa y confundiendo a la señora Ana Judith quien es una persona que en su momento no manejaba temas jurídicos, temas legales y tiempos para reclamar, además de que estaba ostentando un luto por el compañero permanente que la acompañó durante más de veinte años, entonces la resolución que fue notificada y emitida en noviembre de 2017 en la que negaron el reconocimiento por parte de Colpensiones abduciendo que el señor Marco Antonio no tenía una pensión para hacer sustitución sino que era beneficiario de una sustitución de pensión de su anterior esposa resultó algo dilatorio en el tiempo y fue una maniobra o una situación de Colpensiones, pues no resolvió de fondo de manera real y concreta la petición y por ende mi representada pues inicio otras acciones como fue declarar la unión marital de hecho para probar este tema y hasta que finalmente a través de la suscrita iniciamos el presente proceso como data en la reclamación administrativa que se presentó en el mes de julio de 2021 donde se le aclaró a Colpensiones que el señor Marco Antonio no era, ósea que la respuesta dada, era una respuesta equivocada a la petición de mi representada porque efectivamente quedó probada en el proceso que el señor Marco Antonio si tenía una pensión directamente de vejez y sobre eso Colpensiones dilató en el tiempo y trámites administrativos cuando mi representada desde el mes de septiembre del 2017 empezó hacer la reclamación del derecho que aquí hoy aquí su señoría le otorga después de un proceso judicial, entonces en este sentido considero y ruego a los Honorables Magistrados que en el debate probatorio se sirva tener en cuenta estos hechos que si se debatieron y si se incoaron ante Colpensiones y que fue Colpensiones dentro de su actuar de ligereza al responder peticiones en negar las situaciones para poner a los administrados y a los ciudadanos en trámites jurídicos, cuando en realidad desde el 2017 cuando mi poderdante presentó los documentos, acreditó efectivamente que ostentaba la calidad de compañera permanente sin que Colpensiones para esa época se limitara hacer alguna investigación frente a la existencia o no de la convivencia sino se limitó a dar una respuesta a la pensión que nada tenía que ver frente al tema que se estaba reclamando, muchas gracias señora juez”.

reclamación de la sustitución de la pensión, sin embargo, la entidad emitió una resolución resolviendo dichas peticiones, pero haciendo mención a un caso totalmente diferente, dilatando la vía administrativa y confundiendo a la demandante, quién es una persona que en su momento no manejaba temas jurídicos, temas legales y tiempos para reclamar. Añadió, la actora se encontraba afrontando el luto por el compañero permanente que la acompañó durante más de veinte años, entonces el acto administrativo fue notificado y emitido en noviembre de 2017, negando el reconocimiento bajo el argumento de que el señor Marco Antonio no tenía una pensión para proceder a la sustitución sino que era beneficiario de una sustitución de pensión de su anterior esposa, resultando ello dilatorio en el tiempo y fue una maniobra o una situación de Colpensiones, pues no resolvió de fondo de manera real y concreta la petición y por ende la actora inició otras acciones como fue declarar la unión marital de hecho para probar este tema, presentando reclamación administrativa en el mes de julio de 2021 donde se le puso en conocimiento a Colpensiones que había emitido una respuesta equivocada y que el causante sí tenía una pensión de vejez. Insistió, desde el mes de septiembre del 2017 la demandante empezó hacer la reclamación del derecho, debiéndose tener en cuenta estas actuaciones ya que la señora JUDITH MARTÍNEZ ALVARADO acreditó efectivamente que ostentaba la calidad de compañera permanente sin que Colpensiones para esa época se limitara hacer alguna investigación frente a la existencia o no de la convivencia, simplemente dio una respuesta que no tenía nada que ver con lo reclamado.

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 JUDITH MARTÍNEZ ALVARADO las pretensiones relacionadas en la demanda (págs. 9 y 10, archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados en las páginas 5 a 9 del mismo archivo, aspirando:

1.- Que se declare que mi poderdante señora **JUDITH MARTINEZ ALVARADO C.C. 21.233.436 de Villavicencio** es beneficiaria en su calidad de ultima compañera permanente del señor **MARCO ANTONIO DIAZ (q.e.p.d.)**, al haber convivido desde el 10 de agosto de 1990 hasta el 21 de agosto del 2017.

2- Se declare que **COLPENSIONES** adeuda a la señora **JUDITH MARTINEZ ALVARADO C.C. 21.233.436 de Villavicencio**, las mesadas pensionales causadas desde el 21 de agosto del 2017 y en adelante las que se causen durante el curso del proceso.

CONDENATORIAS

1. Se ordene a **COLPENSIONES** a incluir dentro de la nomina de pensionados por sustitución de pensión del señor **MARCO ANTONIO DIA (Q.E.P.D.)** a la señora **JUDITH MARTINEZ ALVARADO C.C. 21.233.436 de Villavicencio**.

2. Se condene a la demanda **COLPENSIONES** a pagar a favor de mi mandante las mesadas pensionales causadas desde 21 de agosto del 2017, debidamente indexada hasta la fecha en que se haga el pago total de las mesadas adeudadas.

3. Se condene a la demandada a continuar pagando las mesadas pensionales que en adelante se sigan causando en favor de la señora **JUDITH MARTINEZ ALVARADO C.C. 21.233.436 de Villavicencio**

4. Se condene a los demandados al pago de gastos, costas y agencias en derecho del proceso.

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones por cuanto se declaró que la demandante cumple con los requisitos legales para ser beneficiaria de la sustitución pensional acaecida por el fallecimiento de su compañero permanente **MARCO ANTONIO DÍAZ (q.e.p.d.)**, el día 21 de agosto de 2017, condenando a Colpensiones a reconocer y pagar la sustitución pensional a partir del 26 de enero del año 2020, teniendo en cuenta el monto y mesadas pensionales tanto ordinarias como adicionales percibidas por el causante al momento de su deceso debidamente indexadas cuando se verifique su pago, junto con los reajustes legales anuales, asimismo, autorizó a Colpensiones a descontar de las mesadas pensionales reconocidas a la demandante, los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, declaró no probadas las excepciones planteadas por la pasiva en su mayoría, salvo la de prescripción, la cual se declaró parcialmente probada respecto de todas y cada una de las mesadas pensionales anteriores al 26 de enero del año 2020 y se condenó en costas. **Lo anterior tras considerar la a quo**, el causante fue pensionado por vejez acreditando el nacimiento de la prestación económica, asimismo, la demandante acreditó la convivencia en su calidad de compañera permanente, incluso, desde el año 1990, superando los 5 años anteriores al deceso del pensionado. Frente a la excepción de prescripción

informó, la actora acudió a la jurisdicción laboral por fuera de los 3 años -26 de enero de 2023-, esto es, luego de emitirse los correspondientes actos administrativos teniendo derecho la promotora del litigio al pago de la pensión desde el 26 de enero de 2020 debidamente indexado.

De esta manera ha de señalarse, no es motivo de controversia en esta instancia que el señor MARCO ANTONIO DÍAZ (q.e.p.d.), falleció el 21 de agosto de 2017, conforme se señala en el registro civil de defunción visible en el archivo 01, página 15, como tampoco que mediante Resolución No. 17876 de 01 de enero de 2010, el Instituto de Seguros Sociales ISS decidió reconocer una pensión de vejez al *de cujus* en cuantía de \$1.242.170. - archivo 01, páginas 23 y 24-, es decir, la prestación no provenía de una sustitución pensional como erróneamente argumentó la entidad enjuiciada a través de la Resolución SUB252597 del 10 de noviembre de 2017 – páginas 3 a 5, archivo 01-².

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia, se circunscribe en determinar, si la señora JUDITH MARTÍNEZ ALVARADO, en calidad de compañera permanente del señor MARCO ANTONIO DÍAZ (q.e.p.d.), acreditó los requisitos en la norma para ser beneficiaria de la prestación reclamada, de prosperar este anhelo, se determinará si hay lugar a declarar parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad accionada.

Establecido lo anterior, respecto de la pretensión dirigida al otorgamiento de la sustitución pensional, ha de señalarse en primer lugar que habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante, **21 de agosto de 2017** (archivo 01, página 15), la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, vigentes para la data del deceso, que en sus partes pertinentes señalan que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, el cónyuge o la

Que una vez revisada la nomina de pensionados de COLPENSIONES se logro establecer que el causante gozaba de una sustitución pensional donde era titular la señora CORREA DE DIAZ LUZ JEANNETTE identificada con la cc 20264556, es por ello que debe negarse la prestación a la solicitante, debido a que desvirtúa la convivencia dado que no se ofrece total certeza sobre dicho requisito toda vez que el reconocimiento de la misma o el ingreso de la prestación de la cual gozaba el causante como beneficiario fue en mayo de 2015 y a la fecha no han transcurrido mas de 5 años, es por ello que se infiere que no se cumplen los presupuestos legales previstos en el Literal (a.) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que exige una convivencia mínima de 5 años con anterioridad al fallecimiento.

compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.

Precisándose en este punto, aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para **compañero o compañera permanente**, según el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993³, era de 5 años, independientemente de que el causante de la prestación fuera un afiliado o **pensionado**, tal criterio fue revaluado por esa Corporación, señalando que la lectura de la precitada disposición (literal a) del art.13 de la L. 100 de 1993) advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida **se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado**, enfatizando, *“una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador”*, bastando la demostración de la calidad invocada –cónyuge o compañero (a) permanente- del pensionado fallecido, postura asumida entre otras, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL- 2820 del 16 de junio del 2021, radicación 73255, en los siguientes términos:

“En torno a dicha exigencia, esta Sala de la Corte de manera reiterada había sostenido efectivamente la tesis expuesta por el Tribunal, esto es que, sin importar de que se tratara de la muerte de un afiliado o de un pensionado, para que la compañera(o) permanente fuera beneficiaria(o) de la pensión de sobrevivientes, era necesario que acreditara 5 años de convivencia con su pareja con anterioridad a la fecha del deceso (...).

³ **“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 muerte³; (...)

No obstante, lo anterior, dicha posición fue reevaluada para señalar que de la redacción del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no era posible inferir que en tratándose de la muerte de un afiliado, el legislador hubiese querido exigir un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, **de manera que ese interregno temporal solamente resultaba necesario acreditarse en aquellos casos en que el deceso ocurría en cabeza de un pensionado**. Así, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL1905-2021, en torno a la citada norma se sostuvo:

[...] En síntesis, pueden extraerse dos reglas [...] que fijan el alcance y la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003: i) La pensión de sobrevivientes en materia de afiliados al sistema de seguridad social, no exige un tiempo mínimo de convivencia para acreditarse como beneficiarios la cónyuge o la compañera permanente y, ii) No existe un trato diferenciado para la aplicación de la regla anterior, es decir, no importa la forma en la que se constituya el núcleo familiar, vínculos jurídicos o naturales, la protección se dirige al concepto de familia (artículo 42 de la C.P.), luego el análisis se circunscribe en estos casos a la simple acreditación de la calidad requerida y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (al respecto, se puede consultar entre otras sentencias CSJ SL3843-2020, CSJ SL5626-2020).

Los motivos que sustentaron el cambio de criterio efectuado por la Corte, estuvieron basados en: i) la redacción de la norma, pues de la misma resultaba evidente que había pretendido hacer una diferenciación, al guardar silencio frente al tiempo de convivencia que debía exigírsele al *compañera(o)* del afiliado, lo que resulta apenas obvio por tratarse de situaciones fácticas disímiles, que por tanto merecían un tratamiento propio; ii) las consideraciones vertidas en la sentencia CC C-1094-2003, en la que entre otras se declaró la exequibilidad de la expresión «no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte», contenida en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en la que sobre el particular se dejó sentado que «el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados » y; iii) la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, en la que se dejó también claridad que el requisito de convivencia que se pretendía exigir para ser beneficiario de la prestación de sobrevivencia estaba dirigido en casos donde la muerte se diera respecto del pensionado.

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

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

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

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

Sin embargo, a través de la sentencia CSJ SL1730-2020, esta Sala rectificó su línea de interpretación acerca del requisito de convivencia para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente, distinguiendo si a la muerte del causante era afiliado o pensionado (...).

Criterio este que luego, mediante sentencia CSJ SL5270-2021 fue reafirmado, separándose de lo dispuesto en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional CC SU-149-2020 y, manifestando que la interpretación adecuada de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, «resulta constitucional y legalmente válido, dentro del marco de las competencias de esta Sala, en su función de unificación de la jurisprudencia laboral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16 de la Ley 270 de 1996 y 235 de la CP, con sus modificaciones».

(...)

De manera que, conforme al criterio jurisprudencial imperante de esta Sala, se tiene que quien pretenda acceder a una pensión de sobrevivientes, a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se le exigirán como requisitos para acceder a ese derecho pensional los siguientes: cuando el causante es un pensionado una convivencia de cinco años, mientras que tratándose de la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de un afiliado no será exigible tiempo específico de convivencia, pues simplemente bastará con demostrar la condición de compañero permanente o compañero (a) y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte y así se cumple con el presupuesto normativo en comento, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de esa contingencia.

En consecuencia, debe entenderse que el requisito de convivencia exigido a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes -esto es, la convivencia mínima de cinco años- sólo es exigible en el caso de la prestación causada con ocasión del fallecimiento de pensionado.”

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

En ese orden, en primer lugar, se tiene que, al tenor de la disposición normativa en cita aplicable al caso y teniendo en cuenta, que la señora JUDITH MARTINEZ ÁLVARADO superaba los treinta años de edad⁴ -60 años-, en la fecha del fallecimiento del señor MARCO ANTONIO DÍAZ (q.e.p.d.), entra la Sala a verificar si se cumple con el requisito de la convivencia real y efectiva con el *de cujus* en los términos antes anotados, aspecto fundamental para la procedencia de las pretensiones de la interesada.

⁴ Nació el 02 de diciembre de 1957 (Página 18 del archivo 01).

Pues bien, en lo que respecta a la convivencia, sostiene la demandante haber ostentado la calidad de compañera permanente del causante y haber convivido con el *de cuius* desde el 10 de agosto de 1990 hasta que se produjo el deceso el día 21 de agosto de 2017.

Así las cosas y en aras de acreditar la calidad de compañera permanente del causante por el lapso exigido en la norma (5 años anteriores al deceso), debe acudirse al acervo probatorio recaudado en autos, evidenciando que la demandante al absolver interrogatorio manifestó, récord 09:14, archivo 10: *“Soy docente, soltera, trabajaba en el ISS en una oficina con los trabajadores del ISS y ahí nos conocimos, estuvimos saliendo, eso fue en 1988 ya en el año 1990 comenzamos a convivir, yo era secretaria y él era visitador médico, por eso nos conocimos, hasta en el 90 nos fuimos a vivir como pareja, en el año 1988 él vivía en Bogotá, en agosto de 1990 nos fuimos al Restrepo porque puso una droguería, yo estuve con él hasta el 21 de agosto de 2017, murió en mi casa porque le dio un infarto, ahí llegó la Fiscalía y todo, yo lo conocí solo, él fue casado y tuvo 4 hijos y luego se separaron, luego tuvo otra señora y tuvo 2 hijos, yo lo conocí y estaba solo después, él no se fue del hogar, él no tenía relación con las otras mujeres solo visitaba. Los hijos, íbamos a los diciembre a Mariquita e íbamos con los últimos 2 hijos, los 4 hijos primeros casi no iban, yo tenía claro que eran sus espacios y yo no iba a visitarlos con los hijos, él tenía la droguería, un cuarto de enfermería, lavadero y un cuarto, vivimos ahí, a los dos años nos fuimos a Villavicencio, él recogió los estantes y me fui a poner un negocio de comidas, él dejó ese negocio y yo sostenía el negocio con mi trabajo, vivimos en el restrepo, porvenir en Villavicencio y luego nos pasamos a la casa paterna, yo lo tenía afiliado con Los Olivos por parte del Magisterio, se hicieron las exequias en Mariquita acá solo fue el acompasamiento y arreglo del cadáver, antes de su muerte estábamos en Villavicencio en la casa paterna en el barrio esperanza, él decía que era algo gástrico, le daba un dolor pero decía que era úlcera, no le dijeron que sufriera del corazón, él estuvo afiliado como beneficiario”.*

Por su parte, los testimonios recepcionados, manifestaron:

GIESSIE VICTORIA SERNA ARRIAGA, récord: 14:20, archivo 15: *“Con la pareja la conocí cuando llegue a Villavicencio, éramos vecinos en el barrio la Esperanza, ellos se conocieron, fue en 1980, las dos conseguimos pareja en el mismo año,*

ella estuvo como docente, luego en el ISS, estudio licenciatura y se vinculó al Magisterio, siempre vivieron allá, don Marco tenía venta de empanadas e incluso droguerías, él falleció un 22 de agosto de 2017, lo sé porque ella me llamó a mi, él falleció en la casa, siempre los conocí en la casa materna, yo conocí unos hijos de él porque le iba hacer un préstamo para estudiar, ellos vivieron juntos, es una casa esquinera blanca, sala comedor amplia, cocina, 4 habitaciones y el baño, todos los días los veía, don Marco sufrió de un infarto, teníamos a los maridos afiliados, no alcancé a ir a las exequias, ella siempre fue la señora de don Marcos, siempre la trataba bien, siempre los vi juntos porque yo vivo acá hace mucho tiempo, él falleció como a las 11:30 pm porque ella me llamó y a través el parque para hablar con ella, por eso llamé a mi hija porque ella trabajaba en la Fiscalía, Don Marco Antonio tuvo droguería y luego un taxi, luego quedaron en la casa, la droguera estaba en la avenida Puerto López, era al frente a Alkosto”.

LIGIA YANETH RUBIO DÍAZ, récord: 27:25 archivo 15: *“Soy independiente, unión libre, éramos primos hermanos por parte de la mamá, conozco a Judith hace como años, él era trabajador, tenía taxi, empresa de empanadas, ellos vivían en Villavicencio en la Esperanza, eso fue hace 20 años, yo era prima de él, siempre compartíamos con ella, ellos vivieron en al Esperanza, por esa época se iban a pasear con la tía, ellos están hace 20 años, eso porque conozco a Judith como desde esa fecha, la conozco antes del 2010, ellos iban a Mariquita de vacaciones, marco falleció en agosto de 2017, estaba en la casa, eso era como las 10:30 u 11: 00, ella lo tenía afiliado a la funeraria, que sepa no se separaron, los fines de semana nos veíamos, nos veíamos semanal, yo andaba con ellos en Mariquita, el trato del señor Marcos era afectivo, ellos no se separaron que sepa, yo iba a visitarlos, vivían juntos, desde el 2010 ellos vivían juntos en Villavicencio en la Esperanza, la casa era grande, tiene como 4 cuartos y tenían el negocio de las empanadas, él si realizaba viajes pero no sé si dormía por fuera”.*

LIGIA CAMACHO DE CARRILLO, récord: 45:46, archivo 15: *“Vivo en Villavicencio, soy profesional, soy soltera, soy auxiliar contable, somos vecinos todos desde que ellos llegaron ahí, yo estoy hace 50 años, vivo en el barrio la Esperanza en Villavicencio, los conozco por lo menos unos 30 años, ella vive la espalda de mi casa, ella estaba con el papá, luego vivió con Marcos, ellos eran pareja como esposo y esposa, don Marcos llegó hace 20 años, ella más por ser la*

casa paterna, no tengo la fecha exacta, ella llegó primero, don Marcos vendía en una droguería, era taxista y luego estaba en la casa, que sepa no vivieron en otro lado, yo los visitaba en las tardes, en el 2017 falleció, creo, me enteré al otro día, él murió ahí con ella, en la casa falleció, al otro día me contaron, no sé quien pagó los exequias, no cocí a otra señora distinta, a él lo velaron en los Olivos y lo enterraron en Mariquita, que sepa no se separaron, ellos se trataban como pareja bien, bonita, él la presentaba como la pareja”.

De lo hasta aquí expuesto, sin que sea necesario acudir a otros medios de prueba, se advierte, los testimonios rendidos por las señoras **LIGIA CAMACHO DE CARRILLO**, **LIGIA YANETH RUBIO DÍAZ** y **GIESSIE VICTORIA SERNA ARRIAGA**, gozan de plena credibilidad, pues los dichos además de ser espontáneos resultan coincidentes, por cuanto son testigos directos de los hechos y conocieron a la pareja desde el inicio de la convivencia que más o menos fue en el mes de agosto de 1990, corroborando estas deponentes que la pareja conformada por JUDITH MARTÍNEZ ÁLVARADO y MARCO ANTONIO DÍAZ (q.e.p.d.), si estuvo vigente por lo menos 5 años anteriores al fallecimiento, incluso, como lo determinó la *a quo*, lo fue por mucho más tiempo. Nótese, las declarantes dieron respuesta a todas las preguntas formuladas e indicaron las características de la casa donde vivían, a qué se dedicaba la pareja, adónde laboraron, y cómo falleció el pensionado, conociendo de antemano circunstancias de tiempo, modo y lugar por aproximadamente 20 años.

Así las cosas, una vez valorados estos dichos, así como el interrogatorio de la demandante bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, se puede corroborar que la pareja conformada por JUDITH MARTÍNEZ ÁLVARADO y MARCO ANTONIO DÍAZ (q.e.p.d.), convivieron en calidad de compañeros permanentes hasta el momento en que éste falleció desde el año 1990, tal como lo concluyó la juzgadora de primer grado, habiendo percibido los testigos de manera directa los hechos sobre los cuales declararon por la cercanía con la pareja. De tal forma, las declaraciones recepcionadas, para la Sala gozan de plena credibilidad en tanto las mismas no fueron contradictorias y por el contrario se mostraron espontáneas y

coincidentes y sin ánimo de favorecer al extremo demandante por la amistad o vínculo que los unía.

Aunado a ello para esta Sala de Decisión, la demandante al absolver interrogatorio no dudó en sus respuestas, así como no se contradijo en las mismas, pues relató de manera espontánea cómo fue la convivencia con el pensionado hasta el día de su muerte.

Con lo anterior, se encuentra acreditado que la compañera del fallecido logró demostrar en el presente asunto que hizo vida en común con el causante desde **1990 hasta el 21 de agosto de 2017**, encontrándose cumplidos los requisitos exigidos por la normatividad aplicable al caso de autos para acceder al reconocimiento pensional deprecado conforme lo establecido por el Juez de primer grado, esto es, en el 100% de la mesada desde el 21 de agosto de 2017 (fecha fallecimiento pensionado), teniendo en cuenta el monto y mesadas pensionales tanto ordinarias como adicionales percibidas por el causante al momento del deceso.

En lo atinente a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁵ - (formuló excepción a página 15, archivo 06) se advierte, en el presente asunto el derecho a la sustitución pensional se hizo exigible el **21 de agosto de 2017** fecha en que falleció el señor MARCO ANTONIO DÍAZ (q.e.p.d.), acudiendo la actora a reclamar vía administrativa la prestación pensional el 22 de septiembre de 2017 con radicado Nro. 2017- 10079688, según se extrae de las Resoluciones SUB 252597 del 10 de noviembre de 2017, notificado dicho acto a la demandante el 29 de enero de 2018 (archivo 01, páginas 23 a 29).

Por ende, encuentra la Sala que la demandante presentó la reclamación el **22 de septiembre de 2017** ante Colpensiones, encontrándose suspendido el término hasta el **29 de enero de 2018**, fecha en que le fue notificada la actora la Resolución SUB252597 del 10 de noviembre de 2017, la cual resolvió negar el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, acto que no fue atacado por la actora ya que no interpuso los recursos de ley. Igualmente, la demanda se

⁵ La demanda se tuvo por contestada en auto del 10 de octubre de 2023 – archivo 08 - y se notificó a la entidad el 16 de junio de 2023 - archivo 04- **dentro del año siguiente al auto admisorio** del 15 de mayo de 2023 - archivo 03-.

interpuso el **26 de enero de 2023** (archivo 02), notificándose a COLPENSIONES del auto admisorio de la demanda de fecha **15 de mayo de 2023** (archivo 03 expediente digital) el **16 de junio de 2023** - archivo 04- , esto es, dentro del año de que trata el artículo 94 del C.G.P⁶., por lo que entre la fecha en que se radicó la reclamación en cita y la interposición de la demanda es evidente que transcurrió el término trienal consagrado para la operatividad de la prescripción y en esa medida, a juicio de la Sala, el reconocimiento del derecho debe proceder a partir del **26 de enero de 2020**, acogiendo con ello la decisión de a la *A quo*, pues no es de recibo para esta Sala que la actora pretenda el retroactivo pensional desde el día del fallecimiento del pensionado cuando reclamó por fuera del término trienal, además, el recurso se sustenta en unos hechos que no se encuentran probados en el plenario, como por ejemplo, que acudió a que se declarará la unión marital y debido a ello transcurrió dicho interregno. Se confirma.

Respecto a la condena que recae sobre la indexación, debe advertirse, la misma resulta procedente como quiera que dicha institución jurídica 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, dado que las mesadas pensionales cuyo pago aquí se impuso, se hicieron efectivas a partir del 26 de enero de 2020, las cuales no han sido pagadas, entre la fecha de su disfrute y la de su pago, habrá transcurrido un lapso considerable dentro del cual se presenta la pérdida del poder adquisitivo de la

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

moneda, procediendo entonces la condena por este concepto a cargo de la demandada. Se confirma.

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

De esta manera se agota la competencia de la Sala frente al recurso de apelación de la demandante y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto.

SIN COSTAS en esta instancia.

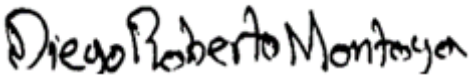
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

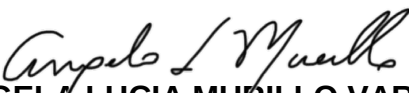
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
ACLARACIÓN DE VOTO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSÉ MIGUEL RUSSI DOMINGUEZ CÉLIS CONTRA GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.S. (RAD. 22 2017 00721 01).

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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 1º de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por la demandante y la sociedad demandada, contra la sentencia proferida por la Juez 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de abril de 2023 (archivo 32, récord: 28:00), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre **JOSÉ MIGUEL RUSSI DOMÍNGUEZ** y la demandada **GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.**, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 03 de febrero del 2012 hasta el 14 de septiembre de 2016.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.** a reconocer y pagar a favor del demandante, los siguientes valores, así:

Por concepto de cesantías: \$2.733.303.

Por concepto de intereses de las cesantías: \$ 199.796.

Por concepto de prima de servicios: 1.920.374.

Por concepto de vacaciones: \$ 960.187.

Por concepto de sanción por no pago de cesantías: 22.197.960.

Por concepto de indemnización del Art. 64 de CST: 2.351.042.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.**, a pagar un día de salario, que al caso corresponde a la suma de \$22.981, desde el día siguiente a la terminación de la relación laboral, el 14 de septiembre de 2016 y como fecha final, la que efectivamente realice el pago.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada, de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante **JOSÉ MIGUEL RUSSI DOMÍNGUEZ**, conforme a la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción, y no probadas las demás propuestas por la demandada, de acuerdo a lo motivado en el presente proveído.

SEXTO: COSTAS a cargo de la demandada y a favor del demandante por valor de 1 SMLMV, tásense en su oportunidad procesal.”.

Inconforme con la decisión la apoderada del demandante recurrió la decisión al estar en desacuerdo con el extremo inicial establecido por la juez de primer grado, puntualmente advirtió¹, se debe reconocer la existencia del contrato a partir del 17 de mayo de 1992, en virtud del artículo 53 de nuestra Constitución Nacional, el cual establece la primacía de la realidad sobre las formas. Narró, en este asunto se manifestó dentro del proceso que el actor debido a petición de la demandada, debió

¹ **Recurso de Apelación Demandante, récord 29:47, archivo 32:** “Gracias su Señoría, respetuosamente me permito presentar recurso de apelación únicamente respecto del reconocimiento del contrato a partir del 17 de mayo de 1992, que no fue reconocido en la sentencia que se acaba de proferir, y eso teniendo en cuenta su Señoría, que en virtud del artículo 53 de nuestra Constitución Nacional, en donde se establece la primacía de la realidad sobre las formas, evidentemente se manifestó dentro del proceso que mi representado debido a petición de la demandada, debió constituir una sociedad con anuencia de la sociedad demandada en principio como persona jurídica y luego como una sociedad unipersonal que a la postre derivó en que se modificara el contrato en fecha 3 de febrero de 2012 con el ya tan mencionado contrato de distribución y compraventa de los productos de Gaseosas Colombianas. Es evidente no solo con las pruebas que obran en el plenario, sino con el interrogatorio de parte del representante legal de mi representado y de los testigos que se presentaron al proceso, que mi representado, efectivamente, sí trabajó desde el año 1992, haciendo exactamente lo mismo, es decir, como conductor-vendedor y en las mismas condiciones con el vehículo suministrado por la sociedad demandada, distribuyendo los productos exclusivos de la sociedad demandada, recibiendo las directrices e instrucciones directamente de la sociedad demandada, por lo que es claro que el contrato debe reconocerse desde esta fecha y no desde la fecha en que encontró el juzgado probado la existencia del contrato.

Para lo cual es importante tener en cuenta las fechas en las que han manifestado cada uno de los testigos haber laborado para la entidad. Aquí me permito citarlas como son, el señor Lizardo Velázquez Saavedra trabajó entre el 10 de octubre del 2003 y julio del 2017 y él manifiesta desde esa época conocer al señor Russi y verlo siendo conductor-vendedor en las mismas condiciones. Lo mismo que el señor Félix Falla, quien manifestó que trabajó desde el año 1998 hasta el año 2012 y que lo conoció como conductor-vendedor, conduciendo vehículos de la empresa y haciendo exactamente lo mismo, tal como está ampliamente documentado en los testimonios que rindieron. Igualmente, lo mismo manifestó el señor Wilson Javier Russi, quien manifestó que inició trabajando en el año 97 hasta el año 98, que luego se fue a prestar servicio militar y regresó a trabajar del año 2000 hasta el año 2016, lo que da cuenta que en todo ese periodo siempre vieron el señor Russi como conductor-vendedor como quiera que prima la realidad sobre las formas, respetuosamente solicito citar la sentencia SL6621 de 2017, en un caso aplicable a la situación que se presenta en mi representado, en donde la parte demandada le exige al demandante que constituyera una sociedad y aun existiendo esa sociedad, se demostró que la prestación personal la realizó en la persona y se demostró la existencia de los 3 elementos para la existencia de un contrato realidad.

Así que mi apelación se centra básicamente en la existencia del contrato de trabajo de mi representado desde febrero del año 1992 hasta la fecha de terminación, tal como la determinó el juzgado con el reconocimiento de todas las prestaciones sociales, especialmente el auxilio de cesantías por las razones igualmente indicadas por el despacho, que no existiría prescripción máxime cuando el representante legal manifestó en su declaración, que no había interrupción entre ninguno de los contratos que se celebraron en la relación laboral entre mi representado y la sociedad demandada. Entonces es básicamente el extremo laboral con el reconocimiento de todas las prestaciones y obviamente, la indemnización por despido sin justa causa, como no hubo interrupción, no sería desde el 3 de febrero de 2012, sino la indemnización debería tenerse en cuenta desde el 17 de mayo del 92 hasta la terminación, como quedó indicada por el juzgado septiembre de 2016. De esta manera dejé rendida mi apelación. Muchas gracias”.

constituir una sociedad con anuencia de la sociedad demandada en principio como persona jurídica y luego como una sociedad unipersonal que a la postre derivó en que se modificara el contrato en fecha 3 de febrero de 2012, consistente en el contrato de distribución y compraventa de los productos de Gaseosas Colombianas.

En su sentir, es evidente no solo con las pruebas que obran en el plenario, sino con el interrogatorio de parte del representante legal y de los testigos que el actor efectivamente sí trabajó desde el año 1992, haciendo exactamente lo mismo, es decir, como conductor-vendedor y en las mismas condiciones con el vehículo suministrado por la sociedad demandada, distribuyendo los productos exclusivos y recibiendo las directrices e instrucciones directamente de la sociedad demandada, por lo que es claro que el contrato debe reconocerse desde esta fecha y no desde la fecha en que encontró el juzgado *a quo*.

Como sustento de lo anterior, citó las declaraciones de los señores Lizardo Velázquez Saavedra, quien trabajó entre el 10 de octubre del 2003 y julio del 2017, Félix Falla, quien trabajó desde el año 1998 hasta el año 2012 y el señor Wilson Javier Russi, quien inició en el año 1997 hasta el año 1998 y regresó a trabajar desde el año 2000 hasta el 2016, lo que da cuenta que en todo ese periodo siempre vieron al demandante como conductor-vendedor. A su vez, relacionó la sentencia SL6621 de 2017, en la cual se resolvió un caso de similares contornos, en donde la parte demandada le exigió al demandante que constituyera una sociedad y aun existiendo esa sociedad, se demostró que la prestación personal la realizó la persona natural y se demostró la existencia de los 3 elementos para la existencia de un contrato realidad. Establecido lo anterior, pidió se reliquide las prestaciones laborales, incluida las cesantías e indemnización por despido sin justa causa.

Por su parte, la demandada atacó la existencia del contrato de trabajo, argumentando², se efectuó una indebida valoración de las pruebas allegadas al

² **Recurso de Apelación Demandada, récord 35:55, archivo 32:** “Gracias, señora juez, procedo a presentar el recurso de apelación frente a la sentencia que su honorable despacho acaba de proferir, manifestando los siguientes reparos concretos a la decisión notificada. Los reparos se dirigen principalmente a la declaración de la existencia de un contrato de trabajo del señor José Miguel Russi Domínguez en el periodo comprendido y entiéndase bien entre el 3 de febrero del año 2012 y septiembre del año 2016, habiéndose dado el carácter probatorio de subordinación y de prestación personal del servicio, haciéndose una indebida valoración de las pruebas allegadas al plenario, no solamente por la parte demandante, sino también por la sociedad que represento. Estos reparos concretos están dirigidos única y exclusivamente a la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo, solicitando a los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, que se mantenga la excepción que salió avante, particularmente la de prescripción, de conformidad con el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, como bien se señaló en la sentencia.

Y es que pasa por alto el despacho y de las manifestaciones o de las motivaciones de la sentencia que dentro del mismo contrato se tienen las obligaciones del contratante (persona natural), luego persona jurídica, a través de los diferentes contratos suscritos por él, tal y como lo confesó y como se allegaron con la demanda y

la contestación de la demanda. Existe entonces un yerro por parte del fallador de primer grado al tener por cierto: Uno, la existencia de una relación laboral; dos, la subordinación dentro de esta relación laboral; tres, dar por no probado estándolo la independencia del servicio que prestaba el señor Russi; cuarto, dar por probado sin estarlo la existencia de un horario de trabajo; quinto, dar por probado sin estarlo, la existencia de un listado de clientes; sexto, dar por probado sin estarlo la existencia de unos carné que de alguna manera fueron allegados a la demanda; séptimo, el cumplimiento de unas metas so pena de unas sanciones.

Y es que en este punto de los hechos que dan lugar o de las presunciones que dan lugar a la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo del señor Russi, no obra prueba siquiera sumaria tal y como se indicó en las alegaciones del cumplimiento de las metas. No existe una sola prueba documental y dentro de las afirmaciones realizadas por los testigos, se habló de un cumplimiento de unas metas, pero nunca se dijo cuáles y en qué medida se calificaban estas metas, nunca se indicó al despacho por ninguno de los testigos y de ahí la indebida valoración probatoria sobre la cual se soporta la decisión que se acaba de proferir, que es motivo de este recurso de apelación, que hubiese habido una calificación de las metas o que los valores presuntamente devengados por el ahora demandante, el señor Russi Domínguez, hubiesen sido cancelados con ocasión del cumplimiento o no de esas metas. De hecho, si se tratara de que esas metas existieran, había sido la parte demandante la que había tenido que comprobar de cuánto o a cuánto ascendían dichas metas, pues de ellos inexorablemente iba a derivarse el valor de su salario

Frente a la presentación del carné, todos los testigos al unísono señalaron lo mismo, sin embargo, ninguno del carnet del señor Russi Domínguez fue allegado con la demanda. Frente al cumplimiento de un horario, existió contradicción y de ahí también una indebida valoración de la prueba por parte de su honorable despacho para la calificación del recurso y el estudio del mismo por parte del Tribunal y es que, los testigos afirmaron que supuestamente la entrada era entre las 5 de la mañana y las 6, pero todos también afirmaron al unísono y de manera uniforme que casi nunca estaban presentes en el momento del ingreso del señor Russi Domínguez a la compañía. Se indica que la existencia de una subordinación por parte del demandante a la pasiva, subordinación que se fundamenta en los ruteritos que nunca fueron aportados con la demanda, simplemente se anunciaron por los testigos una lista de distribución de clientes, lista que tampoco fue aportada por la parte demandante y las órdenes continuas por parte de Gaseosas Colombianas, el señor Russi Domínguez.

Así, señora juez, pese a que existe una presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo de cara a la prestación personal del servicio, ninguna de las afirmaciones realizadas por los testigos gozan de un soporte o un respaldo probatorio documental, pues no se tiene en cuenta ni cuándo, ni dónde ni en qué momento se les hizo entrega el rutero, particularmente al señor Russi Domínguez o a sus ayudantes; dos, no se prueba cuáles fueron las órdenes de post coordinación y tres, nunca se llegó a comprobar cuáles fueron las sanciones presuntamente impuestas por los incumplimientos del señor Russi Domínguez.

Ahora bien, en cuanto a la independencia del señor Russi Domínguez en la prestación de sus servicios, de acuerdo con los contratos comerciales suscritos con Gaseosas Colombianas, esta es evidente y aquí me valgo de los testigos de a cara al recurso de apelación, pues ellos mismos indicaron que el señor Russi Domínguez tenía la facultad de contratar a los ayudantes de su camión o del camión en el cual desarrollaba las actividades del contrato comercial de distribución y venta o reventa de los productos de gaseosas colombianas. Esta esta independencia del demandante no solamente está aprobada por los mismos testigos, sino también con los diferentes contratos que el señor Russi suscribió, que fueron fundamentados en la parte motiva de la sentencia por la señora juez, que indica que era una de sus obligaciones, como también de sus facultades. La contratación del personal para el desarrollo de las actividades del contrato.

De otra parte, señora juez, en el mismo sentido se indica frente al vehículo automotor que el señor Russi Domínguez utilizó para la prestación del servicio del contrato comercial. Y es que en este punto también obra dentro del expediente el contrato de comodato del camión que el señor Russi Domínguez condujo, no se sabe durante cuánto tiempo o si hubo variación en el contrato de comodato. En todo caso, señora juez y al haberse dado total credibilidad al último de los testigos, al señor Wilson Javier Russi Cortés, no puede pasar por alto el el juez plural, en este caso el Tribunal Superior de Bogotá, al indicar que el camión era puesto en mantenimiento en las instalaciones de Postobón, lo cual indica que el señor Russi efectivamente celebró el contrato de comodato, lo firmó y solicitó las diferentes prórrogas a las cuales hicieron lugar en los alegatos de conclusión, en ese orden de ideas, señora juez, no es de recibo y debe ser estudiado para la revocatoria de la declaración de la existencia del contrato de trabajo a término indefinido en los extremos señalados en la sentencia, esto es, 3 de febrero del 2012 al 14 de septiembre del 2016 por los Honorables Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, que se logró derruir la presunción legal fundamentada en los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo y por lo tanto, no hay lugar a la imposición de condena alguna a la sociedad que represento.

Sumado a lo expuesto, señora juez, no se evidencia dentro del presente proceso y no se prueba dentro del presente proceso, cuál es la mala fe con la que actúa la sociedad que represento, cuando todas las pruebas allegadas al plenario son evidentes la suscripción de diferentes contratos comerciales por parte del demandante con la sociedad que ahora mismo represento. En ese orden de ideas, señora juez el presente recurso de apelación, lo fundamento también en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, SL1009 de 2021, con ponencia de la Magistrada Ana María Muñoz Segura, en la cual se señale lo siguiente, abro comillas, en un estudio de un caso de similares condiciones al expuesto a su despacho, en donde el

plenario, pasando por alto la *a quo* que dentro del mismo contrato se tienen las obligaciones del contratante como persona natural y luego persona jurídica, a través de los diferentes contratos suscritos por él.

En su sentir, existe un yerro por parte del fallador al tener por cierto, uno, la existencia de una relación laboral, dos, la subordinación dentro de esta relación laboral, tres, dar por no probado, estándolo, la independencia del servicio que prestaba el señor Russi, cuarto, dar por probado sin estarlo la existencia de un horario de trabajo, quinto, dar por probado sin estarlo, la existencia de un listado de clientes, sexto, dar por probado sin estarlo la existencia de unos carné que de alguna manera fueron allegados a la demanda, séptimo, el cumplimiento de unas metas so pena de unas sanciones.

Explicó, en este punto, de los hechos o las presunciones que dan lugar a la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo del señor Russi, no obra prueba siquiera documental, asimismo y dentro de las afirmaciones realizadas por los testigos, se habló de un cumplimiento de unas metas, pero nunca se dijo cuáles y en qué medida se calificaban estas metas, de ahí la indebida valoración probatoria sobre la cual se cimenta la decisión atacada.

Señaló, no se demostró que los valores devengados por el demandante hubiesen sido cancelados con ocasión del cumplimiento o no de esas metas, de hecho, si se tratara de que esas metas existieran, había sido la parte demandante la que había tenido que comprobar de cuánto o a cuánto ascendían dichas metas.

demandante solicitaba el reconocimiento de una relación de trabajo a través de un contrato comercial de compraventa y distribución, se señaló “recuerda la sala, por ejemplo, ya se ha sentado que el cumplimiento de horarios no es por sí solo una prueba de subordinación”, esto lo tuvo en cuenta el despacho en el momento de dictar sentencia,teniéndolo como un argumento clave para la condena impuesta.

Al respecto, se señala en las sentencias SL11661 del 2015, SL834 del 2014, SL14481 del 2014, SL1331 de noviembre del 2003 con el radicado 20770, así como tampoco la existencia de una afiliación al sistema de Seguridad Social Integral o una caja de compensación familiar, dado que no es hoy en día un elemento exclusivo de las relaciones contractuales laborales subordinadas, pero sí es una prueba de subordinación que se va a beneficiar de los servicios prestados, quien decía en tiempos de descanso de quien ejecuta la labor. En ese orden de ideas, señora juez, resulta claramente comprobable y así lo verificarán los Magistrados en el estudio de este recurso de apelación, que lo que realmente existió entre el señor Russi Domínguez y la sociedad que representó fue una relación comercial netamente civil, de la cual él era plenamente conocedor de sus obligaciones, por todo lo expuesto, señora juez y Honorables Magistrados solicitó la revocatoria de las condenas impuestas a Gaseosas Colombianas y en su lugar se absuelva de todas y cada una de las pretensiones en sede de distancia. En ese sentido, dejo presentado mi recurso de apelación o sin antes agradecer a la señora juez el tiempo destinado para el mismo. Muchas gracias”.

Frente a la presentación del carné, discurrió, todos los testigos al unísono señalaron lo mismo, sin embargo, ningún carné del señor Russi Domínguez fue allegado con la demanda. Con relación al cumplimiento de un horario, indicó, existió contradicción y de ahí también una indebida valoración de la prueba ya que los testigos afirmaron que supuestamente la entrada era entre las 5 a.m. y las 6 a.m., pero todos también afirmaron de manera uniforme que casi nunca estaban presentes en el momento del ingreso del señor Russi Domínguez a la compañía.

Alegó, se indica la existencia de una subordinación por parte del demandante a la pasiva, fundamentada en los ruterios que nunca fueron aportados con la demanda, simplemente se anunciaron por los testigos una lista de distribución de clientes, lista que tampoco fueron aportadas por la parte demandante. pese a que existe una presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo de cara a la prestación personal del servicio, ninguna de las afirmaciones realizadas por los testigos gozan de un soporte o un respaldo probatorio documental, pues no se tiene en cuenta ni cuándo, ni dónde ni en qué momento se les hizo entrega el rutero, particularmente al señor Rossi Domínguez o los ayudantes.

Siguió, en cuanto a la independencia del señor Russi Domínguez en la prestación de sus servicios, de acuerdo con los contratos comerciales suscritos con Gaseosas Colombianas, esta es evidente pues los testigos indicaron que el señor Russi Domínguez tenía la facultad de contratar a los ayudantes de su camión o del camión en el cual desarrollaba las actividades del contrato comercial de distribución y venta o reventa de los productos de gaseosas colombianas, esta independencia del demandante no solamente está probada con los mismos testigos, sino también con los diferentes contratos que el actor suscribió.

De otra parte, indicó frente al vehículo automotor que el señor Russi Domínguez utilizó para la prestación del servicio del contrato comercial, que obra dentro del expediente el contrato de comodato del camión que el señor Russi Domínguez condujo, el cual fue objeto de diferentes prórrogas en los extremos señalados, esto es, 3 de febrero del 2012 al 14 de septiembre del 2016, no pudiéndose desconocer.

Completó, no se prueba dentro del presente proceso, cuál es la mala fe con la que actúa la sociedad, cuando todas las pruebas allegadas al plenario son evidentes al probarse la suscripción de diferentes contratos comerciales por parte del demandante con la sociedad, esto, se fundamenta en la sentencia de la Corte

Suprema de Justicia, Sala Laboral, SL1009 de 2021, con ponencia de la Magistrada Ana María Muñoz Segura, en la cual se señale lo siguiente: *“en un estudio de un caso de similares condiciones al expuesto a su despacho, en donde el demandante solicitaba el reconocimiento de una relación de trabajo a través de un contrato comercial de compraventa y distribución, se señaló “recuerda la sala, por ejemplo, ya se ha sentado que el cumplimiento de horarios no es por sí solo una prueba de subordinación”, esto lo tuvo en cuenta el despacho en el momento de dictar sentencia,teniéndolo como un argumento clave para la condena impuesta. Igualmente, citó las sentencias SL11661 del 2015, SL834 del 2014, SL14481 del 2014, SL1331 de noviembre del 2003 con el radicado 20770.*

En suma, dijo, lo que realmente existió entre el señor Russi Domínguez y la sociedad que representó fue una relación comercial netamente civil, de la cual él era plenamente conocedor de sus obligaciones.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este ordinario, las pretensiones relacionadas a páginas 120 a 121 del archivo 01 del expediente digital, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a páginas 121 a 125 (ibidem), aspirando:

PRIMERO: Declarar que entre la empresa **GASEOSAS COLOMBIANAS S.A. NIT, 860005265-8** Representada Legalmente por la Señora **MARISOL GUIO GUTIERREZ** o por quien haga sus veces, y el Señor **JOSE MIGUEL RUSSI DOMINGUEZ**, identificado con C. C. N° 19.462.518, existió contrato de trabajo a término indefinido, sin solución de continuidad, desde el día 17 de mayo de 1992 hasta el 6 de agosto de 2016.

SEGUNDO: Declarar que se configuro un despido sin justa causa, mediante carta fechada 14 de septiembre de 2016.

TERCERO: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la sociedad **GASEOSAS COLOMBIANAS S.A. NIT, 860005265-8** Representada Legalmente por la Señora **MARISOL GUIO GUTIERREZ** o por quien haga sus veces, a:

- a) El pago del Auxilio de Cesantías desde el día 17 de mayo de 1992 hasta el 6 de agosto de 2016.

- b) Que se condene a la demandada a pagar a favor de mi mandante, la Sanción Moratoria consagrada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por el no pago oportuno del auxilio de Cesantías, a partir del 15 de febrero de 1993 y hasta la fecha en que se haga el pago efectivo de la prestación. ✓
- c) El valor de los Intereses a la Cesantía causados entre el 31 de diciembre de 1992 y el 6 de agosto de 2016. ✓
- d) Sanción por no pago de intereses a la cesantías correspondientes al periodo comprendido entre el día 17 de mayo de 1992 hasta el 6 de agosto de 2016. ✓
- e) El pago de la prima de servicios correspondiente al tiempo laborado desde el día el día 17 de mayo de 1992 hasta el 6 de agosto de 2016. ✓
- f) El pago de las vacaciones dejadas de cancelar durante su relación laboral. ✓
- g) Que se condene a la demandada a pagar a favor de mi mandante, la Sanción Moratoria consagrada en el artículo 65 del C. S. del T. ✓
- h) Que se condene a la demandada a pagar a favor de mi mandante, la diferencia que resulte entre los aportes realizados a mi representada al Sistema de Seguridad Social en Salud, pensiones y riesgos laborales por el periodo comprendido entre el día 17 de mayo de 1992 hasta el 6 de agosto de 2016. ✓
- i) Que se condene a la demandada a pagar los aportes parafiscales Caja de Compensación Familiar - Sena por el periodo comprendido entre el día 17 de mayo de 1992 hasta el 6 de agosto de 2016. ✓
- j) Que se condene a la demandada a pagar a la demandante la indemnización por despido sin justa causa. ✓
- k) Condenas extra y ultra petita.
- l) Condenar en costas y agencias en derecho del presente proceso.

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto se declaró que entre JOSÉ MIGUEL RUSSI DOMÍNGUEZ y la demandada GASEOSAS COLOMBIANAS S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 03 de febrero del 2012 hasta el 14 de septiembre de 2016 y consecuente con ello se condenó a la demandada GASEOSAS COLOMBIANAS S.A. a reconocer y pagar a favor del demandante, las prestaciones sociales, vacaciones, sanción por no pago de cesantías e indemnización por despido, asimismo, se condenó a la demandada GASEOSAS COLOMBIANAS S.A, a pagar un día de salario en la suma de \$22.981, desde el día siguiente a la terminación de la relación laboral, es decir, desde el 14 de septiembre de 2016 y como fecha final, en la que efectivamente se realice el pago, se absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, se declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y se condenó en costas.

Lo anterior, tras considerar la a quo, con las pruebas recaudadas, interrogatorio de parte, testimonios y en especial las documentales se encontró probada la prestación personal del servicio del actor a favor del convocado a juicio, procediendo la aplicación de la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., la que no encontró desvirtuada, concluyendo así, que la relación que ató a las partes tenía carácter laboral, fulminando condena por el interregno en que las partes sostuvieron un contrato comercial, acreditándose en el plenario como extremo el 3 de febrero de 2012, siendo prorrogado en las anualidades 2014 y 2015. Luego, advirtió, se suscribió un contrato el 3 de febrero de 2016, existiendo, además, certificados laborales, acuerdo de comodato y soporte de entrega de dotaciones, lo que da cuenta que la empresa era quién le indicaba al actor cómo debía desempeñar las funciones contratadas como distribuir o manejar el vehículo.

Estimó la juzgadora, la empresa era quien daba las órdenes e instrucciones de la ruta al actor, encontrándose este subordinado por la encartada, siendo claro que el contrato suscrito, aunque tenía la apariencia de ser comercial no se ejecutó en la realidad el mismo, existiendo una verdadera relación laboral entre las partes. Frente al extremo inicial adujo que el actor acreditó la prestación personal del servicio desde el 3 de febrero de 2012 con la suscripción del contrato No. 01961 hasta el 14 de septiembre de 2016. En cuanto al salario devengado mes a mes no encontró prueba al respecto, teniendo por sentado 1 smmlmv.

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

Por lo anterior esta Sala establece como problema jurídico en este asunto, determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo en virtud de la primacía de la realidad prevista en el artículo 24 del C.S.T., y de prosperar dicho anhelo, se establecerá el extremo inicial de la relación.

En autos, la existencia o no de un contrato de trabajo resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, en tanto su declaración judicial constituye la pretensión principal del demandante, mientras que el traído a juicio se opone al afirmar que se trató de un contrato de prestación de servicios de naturaleza comercial desde el 03 de febrero de 2012, razón por la cual frente a esta modalidad contractual, precisa la Sala, no tiene importancia la denominación que al mismo le

asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

De igual forma, es menester señalar a este apelante, que a la parte actora le basta acreditar la prestación personal del servicio, por cuanto en virtud de la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, correspondiendo por tanto al llamado a juicio desvirtuar su existencia (Al respecto, puede consultarse la sentencia CSJ SL2480-2018 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia³).

Así, se advierte, en el caso de marras no se encuentra en discusión la prestación personal del servicio del demandante en favor de la empresa demandada por cuanto la misma fue aceptada desde la contestación de la demanda y se constata con el contrato titulado “CONTRATO COMERCIAL DE COMPRAVENTA Y DISTRIBUCIÓN - No. 01-961”, suscrito entre las partes el día 03 de febrero del 2012, (Pág. 57 y S.S, archivo 01) por una duración de un año. Igualmente, se aportaron las aceptaciones de prórrogas del contrato en las siguientes fechas: 03 de febrero del 2013 hasta el 03 de febrero de 2014, 03 de febrero del 2014 hasta el 02 de febrero de 2015, 03 de febrero del 2015 hasta el 02 de febrero de 2016 y 03 de febrero del 2016 hasta el 02 de febrero de 2017 (Páginas 60 a 66 del archivo 01).

Establecido lo anterior, la Sala verificará si el contrato comercial de compraventa y distribución, suscrito entre las partes el día 03 de febrero del 2012, (Pág. 57 y S.S, archivo 01) al 14 de septiembre de 2016, en virtud de la primacía de la realidad siempre se trató de un contrato laboral.

³ «Sea lo primero recordar que tal y como lo ha reiterado esta Sala, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica –que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral-, no es menester su acreditación cuando la primera se hace manifiesta, pues en tal evento, lo pertinente es hacer uso de la prerrogativa legal prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, según el cual «se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo».

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

Para dilucidar lo anterior, como acervo probatorio en este asunto, se tiene, como pruebas documentales:

- a) Contrato Comercial de Compraventa y Distribución No. 01-961, suscrito entre las partes el día 03 de febrero del 2012, por una duración de un año. (Pág. 57 y s.s., archivo 01).
- b) Aceptaciones de prórroga del contrato desde 03 de febrero del 2013 hasta el 03 de febrero de 2014. (Pág. 60 del archivo 01), 03 de febrero del 2014 hasta el 02 de febrero de 2015 (Pág. 62 del archivo 01), 03 de febrero del 2015 hasta el 02 de febrero de 2016 (Pág. 64 del archivo 01) y 03 de febrero del 2016 hasta el 02 de febrero de 2017 (Pág. 66 del archivo 01).
- c) Solicitud a la demandada de autorización de contratación de empleados a cargo del actor, para realizar las labores de ayudantes (Pág. 34 del archivo 01).
- d) Contrato de comodato por medio del cual la demandada proveía al actor el camión en el cual distribuía los productos y contrato de comodato de fecha 21 de mayo del 2009 (Páginas 35 y 36 del archivo 01).
- e) Autorización de descuento suscrita por el demandante dirigida Fondo de Garantías para compra de uniformes (Páginas 28 y 29 del archivo 01).
- f) Certificados de capacitaciones dictadas por la demandada al actor (Páginas 13 a 19 del archivo 01).
- g) Acuerdo de terminación de contrato firmado entre las partes el 14 de septiembre de 2016 (Página 67 del archivo 01).

Aunado a ello, las partes al absolver interrogatorio de parte manifestaron:

Interrogatorio Representante Legal de la Demandada, Archivo 19, récord 00:44: “José Miguel Russi o lo conozco, entiendo por la demanda que tuvo una relación comercial con la empresa, no es cierto para esta empresa es normal que personas naturales o jurídicas sean contratadas para comercializa ciertos productos, nunca se ha exigido por la empresa que se cree esta sociedad, es usual que la empresa suscriba contratos de distribución de productos como fue el caso del señor Russi, para los distribuidores de las empresas de bebidas es usual encontrar que se ofrezcan cursos incluso en manipulación de alimentos, son formaciones específicas cursos en ventas cuando se trata de distribución, son formaciones a todos nivel a personas que hacen esa

labor, es una formación por la empresa contratante, no sé específicamente del tema del señor Russi, es normal que los contratantes hicieran solicitudes como contratistas en la prestación del servicio, no sé qué facturas se refiere al señor Rusii, no se dio la obligación de entregar dotación pero si un distintivo alusivo a la empresa, Rusii no estaba uniformado sin embargo era usual que un contratista tuviera un tipo de distinción sin que eso implique que sea trabajador, Rusii tenía un contrato de distribución o bebidas, ni al señor Russi ni otra persona se le exigía nada, si existe una prestación personal del servicio, el objeto es tener una disposición final para distribuir las bebidas sea por cuenta propia o de terceros, el alcance es el mismo del contrato, el señor Russi estuvo como distribuidor desde el año 1992, según la prueba documental y entiendo que en el 2016 ya se finalizó el contrato de distribución que inició el 3 de febrero de 2012, no hubo interrupción de la prestación personal del servicio, fue por medio de un contrato de distribución, el alcance y el tipo de contrario no exige horario había libertad para realizar la distribución, no se exige horario o que los contratistas no subcontraten, lo importante es la distribución, para el caso del señor Russi si había una zona específica porque habían unos clientes de la sociedad contratante, por eso se e indicaban los clientes pero en territorios lejanos no se tiene un listado de cliente a visitar, ellos distribuyen y comercializan los productos, para el caso del señor Russi no se hablaba de metas, eso no existía, se debía visitar al cliente y cumplir con el compromiso, no habían objetivos ni indicadores que es distribuir las bebidas, los productos que distribuían el señor Russi eran bebidas, eran no alcohólicas, unas producidas por varias razones sociales, el camión para la distribución no lo sé de quién era, es usual que ese tipo de vehículos sean de razones sociales, es de propiedad de los contratistas pero por el tema documental era un contrato de comodato, ese vehículo no era de propiedad del señor Rusii y en este caso era propiedad de Gaseosas Colombianas o una sociedad con la que la empresa tuviera una relación comercial, esto es usual para garantizar que este tercero ejecute el contrato con el vehículo adecuado, algunos contratantes solicitan se les descuenta para garantizar la afiliación y aportes de sus trabajadores, hay unos servicios adicionales de ahorro, fondos y el resultado de la prestación del servicio donde se agrupan terceros, no son sociedades liquidadas en específico, el contrato de distribución para el 3 de febrero de 2012 era para compraventa y distribución, no creo haberme referido a un contrato en el año 1992, básicamente era lo mismo siempre ha sido un solo contrato de distribución, la relación se terminó porque habría existido una situación en el Club el Nogal donde se distribuían ciertos productos, hubo una situación donde el Club no quiso denunciar pero se advirtió que habían malos manejos con la participación de quien visitaba a ese cliente pero nunca se quiso profundizar sobre eso, por eso se terminó el contrato”.

Interrogatorio Demandante, Archivo 19, récord 44:09: “Tuve un contrato con gaseosas colombianas pero ese contrato viene a graves de unas formalidades que tiene la empresa para desconocer el vínculo laboral, yo ingresé el 17 de mayo de 1992, me dieron un camión para hacer un reparto en la zona norte y alrededores, en ese tiempo se visitaba unos clientes y se llevaba mínimo 5 clientes diarios o sino no lo dejaba ingresar a uno, frente a esa suscripción del contrato no firmé un contrato porque ellos manejan muchas cosas antes se hizo suscribir una escritura pública que decía que yo era gerente y distribuía las bebidas, en el año 1992 no firmé un contrato, el 3 de febrero de 2021 firmé un contrato, también una solicitud de distribución el 3 de febrero de 2012, pero yo no lo solicitaba sino la empresa lo daba para firmarlo a las 5 am firmaba uno, uno no tenía una oportunidad de leerlo, en ese tiempo no existía la tecnología, tocaba salir rápido por el pico y placa de los camiones, si se firmaba esos documentos, yo firme varias prórrogas del contrato en agosto de 2016 me sacaron, Distribuciones Russi Ltda. la constituyó la empresa y me la hizo firmar a mí, todo eso se llevó a la planta y me hicieron firmar, la empresa pagaba todo, incluso pagaba las renovaciones, todo lo hacía la empresa, yo no la constituí, yo fui el representante legal porque la empresa e hizo verlo de es amañera peor yo solo manejaba el camión repartiendo los productos de Postobon, el 16 de agosto de 2016 el jefe de distribución de personal me dijo que no iba más a la sociedad y yo le dije que por qué a lo que me dijo que un cliente se había quejado, nunca me dieron una carta ni nada, solo fue después con un derecho de petición, la sociedad la cancelaron primero y montaron otra figura como persona natural, paso a ser José Rusii Ltda. desde el 2009 hacia acá cuando llego el otro contrato que hicieron firmar”.

Finalmente, se recepcionaron las declaraciones de los señores **WILSON JAVIER RUSSI, LIZARDO VELÁSQUEZ SAAVEDRA y FÉLIX AUGUSTO FALLA**, quienes señalaron:

LIZARDO VELÁSQUEZ SAAVEDRA, récord 00:11:19, archivo 24: *“no tengo vínculo con Russi, somos amigos, preste servicios para la demandada, trabajé entre el 10 de octubre de 2003 hasta junio de 2017, era conductor y vendedor, entregaba, conocí a Russi en la fecha cuando ingresé en el 2003, lo fui conociendo cuando pasaba el tiempo hasta hoy, él era conductor y vender entregador, él tenía que conducir los camiones de Postobon, hacer entrega de pedidos y adicional hacer venta, debía cumplir con el rutero que lo elabora la empresa en la oficina de distribución eso lo entregaba el supervisor en las mañanas, él debía cumplir un horario en la mañana era entre 5:30 a 6 a, y el horario de salida dependía del tiempo que nos demoráramos entregando los productos, podría sr 5, 6 o 7 pm, ese rutero es diario, lo entregaban en la mañana, debíamos estar temprano para recibir el rutero por parte del jefe inmediato que teníamos, debíamos volver a la empresa para entregar el camino y reportar la venta del día, no sé qué clase de contrato tenía el señor Miguel con la empresa, el horario era de 5:30 a 6 pm de lunes a sábado y fin de año había que trabajar los domingos, no sé el salario de él, todo era por comisión, todos llegábamos al mismo sitio y todos recibíamos la misma información y recomendaciones respecto a las ventas y distribuciones, si nos decían qué debíamos hacer, nos é si tuvo llamados de atención, no tengo conocimiento del día exacto, solo sé que fue hasta el 2016, el señor Miguel se fue primero y yo en el 2017, no sé por qué salió, el camión era de Gaseosas Colombianas, nosotros solo hacíamos un examen de conducción, nos daban el vehículo y ya, según el rutero debíamos entregar, jugos, gaseosas de la empresa Postobon, la mayoría de días don Miguel se presentaba con uniforme, el señor Miguel y yo debíamos portar un carné para ingresar a las instalaciones, siempre firmábamos una planilla de asistencia en la mañana, el conductor debía regresar y entregar la información de la venta y el rutero, eso se hacía por una ventanilla, el fondo de garantía es una garantía para la empresa por si se perdía dinero o pérdida de producto, nosotros hacíamos una consignación de ese dinero y una parte correspondía a los productos vendidos y la otra parte era para pagar la seguridad social por si sucedía algo, las afiliaciones las hacía una persona llamado Salvador, luego Carlos Casas por medio de una señora llamada Marina, esas personas estaban en la empresa, el señor Russi debía cumplir con una cuota de venta diaria y si no se cumplía debíamos esperar afuera de la empresa hasta que se autorizara por no cumplir la cuota de ventas, los conductores no tenían que hacer mantenimiento, solo se acercaba al taller y ellos le hacían todo a los camiones, no tengo conocimiento que el señor Miguel tuviera trabajadores, el ayudante del señor Russi no era contratado por la empresa, uno solo recomendaba a una persona pero ella hacia todo el proceso con*

la empresa en selección, la empresa asignaba una ruta en una zona y siempre existía una ruta diferente con la información de clientes, el señor Russi no podía cambiar la ruta, eso ya estaba establecido por la empresa, yo no estaba todo el tiempo con el señor Russi, to estuve un una ruta limitada junto con la de él, sé que no podía manejar las rutas porque todos los conductores hacíamos la misma función, no podíamos cambiar la ruta, no fui testigo que él cambiara la ruta, no fui testigo de contrataciones que hiciera la empresa con Russi, yo fui conductor vendedor y mis compañeros al igual que yo debíamos presentar una hoja de vida en selección porque vi compañeros por eso sé que era así para dicha contratación, no estuve como testigo en las oficinas, no tengo conocimiento del tipo de contrato que suscribió don Miguel, no sé cuándo él tenía que hacer mantenimiento don José, ellos hacían una operación de determinada caja y multiplicaban las cantidades y eso era lo que se establecía que había que vender, mejor dicho decían que teníamos que vender 100 botellas diarias, él manejaba la cuota con el Supervisor, cada ruta cambaba la meta, las metas eran asignadas a todos, era algo que todos teníamos que cumplir, estuve cerca de él y sé que le entregaban el rutero, no sé la meta que tenía, no pude ver que el encargado hiciera con exactitud la afiliación del señor Miguel, eso se hacían con todos nosotros, vi al señor Miguel consignando en las cajas del Fondo, para todos se manejaba de esa forma, esos valores se modificaban, se pagaba \$34.000 en esa época y nos daban un recibo, no recuerdo la fecha exacta, yo no siempre estaba cuando Russi llegaba porque a él el rendía más que a mí, las rutas eran diferentes y no siempre coincidíamos, la planilla se hacia todos los días, yo no estaba todos los días, nos veíamos ocasionalmente, no podía darme cuenta de todos los movimientos, era un supervisor como tal, para cada cantidad de rutas había un supervisor, eran por cada 5 rutas, mi Supervisor era diferente, Distribuciones Russi Ltda. no lo conozco”.

FÉLIX AUGUSTO FALLA, récord 1:02:20, archivo 24: *“No tengo parentesco con Miguel, yo trabaje en Postobon desde 1998 a 2012, en el cargo de conductor vendedor, nos distinguimos unos 20 años y en la empresa nos veíamos, hacíamos lo mismo, debe llegar a la empresa 5:30 para salir antes de pico, ingresábamos al barrio asignado para entregar mercancía, el rutero decían la cantidad de bebidas a entregar al cliente, podíamos volver cuando entregáramos los pedidos, hacíamos una fila con el asistente de gerencia y ellos miraban que si se entregaron los periodos, luego pagábamos en las cajas y luego entregábamos y nos daban paz y salvo para salir, sedaba un pago de lo que salía para un fondo de garantías, era una tirilla, los jefes revisaban, era personal de la empresa ellos lo reciben a uno en la*

mañana, le dábamos las novedades a ellos e incluso nos decía que pedido entregar a tal hora, el contrato que nos daban no lo veíamos y cuando en la mañana íbamos a salir nos hacía firmarlo pero no nos dejaban verlo, lo firmábamos y ya, esos contratos eran como cada año, el contrato era de conductor – vendedor para distribución, no tuve el contrato del señor José Miguel, no dejaban verlo, eso era rápido, José Miguel, tenía que cumplir una meta y no podía regresar sin cumplirla, tocaba llegar temprano siempre para recoger la mercancía, siempre se distribuía Postobon y ya, los pagos de José Miguel la empresa los pagaba, ellos pagaban las cotizaciones, a todos nos tocaba consignar y si no hacíamos lo del paz y salvo no podíamos salir, si no llegábamos con el paz y salvo no podíamos ir a trabajar al día siguiente, José Miguel debía trabajar en la zona asignada, cada uno tiene un trayecto, de lunes a sábado se trabajaba desde las 5:30 de lunes a sábado y los domingos era en temporada en diciembre, los carros de la empresa no se podía llevar sino donde la empresa decía, ellos le hacían mantenimiento, empleados no teníamos,, la empresa era quien contrataba al personal, todos éramos compañeros de trabajo, la persona era contratada por la empresa, la hoja de vida se llevaba a la empresa, el ayudante también lo contrataba Postobon, el pago a seguridad social lo hacía la empresa, los dineros comprendían la venta del día, luego la tirilla era para el fondo de garantía que para para robos, seguridad social y eventualidades, de las ventas se sacaba un porcentaje, teníamos un cargue para poder ingresar a la empresa, se firmaba una planilla para que entregaran el rutero, yo estaba cuando firmaba las planillas, las fechas exactas no sé pero todos los días las tenía que firmar desde que trabajé desde 1998 hasta que salí, todos los días tocaba hacer eso, nos veíamos temprano, yo no estaba pendiente de él, pero todo los días nos saludábamos porque debíamos salir antes de las 6 am por la restricción, yo veía al señor José Miguel todos los días, José Miguel había el pago a seguridad social del valor del flete, dábamos instrucciones a los ayudantes para el desarrollo de la labor, las órdenes diaria la da la empresa y nosotros al ayudante, si uno no iba por alguna situación ponían otro conductor o ayudante, no íbamos pero por un tema de calamidad si uno faltaba por algún motivo lo sancionaban a uno, el pago de los ayudante los hacia la empresa, cada uno tenía un camión pero siempre lo mandaba la empresa a mantenimiento, el Supervisor era el mismo de José Miguel, se llama Mauricio, en ese momento estaba Carlos Esguerra, Isabel Ordoñez o Mauricio”.

WILSON JAVIER RUSSI, récord 1:39:39, archivo 24: “soy sobrino de José Miguel, presté servicios para gaseosas colombianas en 1996 hasta 1998 porque me fui a prestar el servicio militar, volví en el 2000 hasta el 2016, era Vendedor N. 2- debía

llegar a las 5:30 am, uniformado con carne para entrar a las instalaciones a cumplir las funciones que le daban los jefes de Gaseosas, uno debía cumplir órdenes, José Miguel ya estaba trabajando cuando yo entré, sé que estuvo hasta agosto de 2016 porque yo estaba allá, sé que tenía un contrato pero no sé cuál era, lo desconozco, él era el que manejaba el camión, según órdenes de Gaseosas Colombianas, él tenía un jefe supervisor que le decía la ruta, no se podía cambiar, si uno se pasaba una cuadra lo sancionaban a uno, el salario cancelado era por flete, sacábamos una comisión diaria y de ahí salía para combustible de carro, desayuno y almuerzo, un fondo de garantía por si lo robaban a uno, y se pagaba seguridad social, la jornada final no teníamos porque uno llegaba según la ruta, saliendo era las 6 pm, incluso le daba a uno las 9 pm, si uno no cumplía con las cuotas lo dejaban a uno en la fila esperando porque uno no había cumplido o vendido, ellos imponían las metas, el horario era de lunes a sábado y diciembre era de domingo a domingo, las órdenes las daban allá por parte del supervisor y el gerente, mi supervisor era el mismo que José Miguel, era Juna Carlos, Isabel Ordoñez, Alejandro León, ellos decían el recorrido que tocaba hacer, visitar algún cliente, que vender más agua o algo así, el rutero lo entregaba ellos, tenían gente que hacían eso para darnos la ruta, era el área de distribución, habían un tiempo para llevar el carro al taller que decía Gaseosas Colombianas, fuimos varias veces a hacer mantenimiento, yo trabajé con José Miguel, él no podía vender productos ajenos a la empresa es más íbamos a almorzar y si había una bebida que no era Postobon nos quitaban la ruta, no podíamos tomarnos gaseosas de otra empresa, él siempre laboró con la empresa, no sé si existía una empresa Distribuidoras, yo fui vinculado por gaseosas colombiana, ellos me hicieron todo, yo llevé la hoja de vida, que sepa los aportes a seguridad social los pagaba gaseosas colombiana, la plata salía del fondo de garantía, esa plata salía de allá, la empresa pagaba eso, allá pagaban por comisión y ventas, de ahí se sacaba para todo, las rutas asignadas teníamos la ruta de Álamos, era residencial en casa y conjuntos, cuando volví él estaba en el centro internacional, y volví con él mismo, yo fui a hacer lo mismo con él pero en oficinas, el señor José Miguel debería tener todos los documentos, a todos nos daban lo mismo, la jornada iniciaba a las 5:00 am porque nos tocaba salir uniformados, no dejaban salir el vehículo, él tenía que salir con el vendedor número 2, yo tuve un accidente laboral y me incapacitaron 8 días, en esa ausencia pusieron ellos otro vendedor, no lo contrató José Miguel, uno no podía llevar otra persona en el vehículo que no estuviera autorizada, a uno lo sancionaban o lo pidan echar, por eso sé eso, José Miguel, José Miguel era conductor y vendedor, siempre cuando entregaban el rutero estábamos todos, entregaban la ruta se firmaba una planilla y se entregaba

a los que podían salir, uno revisaba el vehículo y hacia podía salir de las instalaciones, no sé porque José Miguel salió”.

Así las cosas, de los medios probatorios ya enunciados se extrae la prestación personal del servicio del señor JOSÉ MIGUEL RUSSI DOMÍNGUEZ en favor de la demandada GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.S., de ahí que, el promotor del juicio se encuentra cobijado por la presunción del artículo 24 del C.S.T., y en ese orden, le correspondía a la sociedad enjuiciada desvanecer la presunción en comento.

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

En este orden, advierte esta Sala de Decisión, una vez revisado el Contrato Comercial de Compraventa y Distribución No. 01-961, suscrito entre las partes el 03 de febrero del 2012, así como las aceptaciones de prórroga del contrato de fechas 03 de febrero del 2013 al 03 de febrero de 2014. 03 de febrero del 2014 al 02 de febrero de 2015, 03 de febrero del 2015 al 02 de febrero de 2016 y 03 de febrero del 2016 al 02 de febrero de 2017, se logró constatar que la empresa demandada acordó con el aquí demandante que debía distribuidor y revender los productos siguiendo para el efecto, todas las instrucciones que determinara GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.S., ajustándose ello a la política comercial vigente para la producción, distribución y colocación de los productos objeto del contrato, siendo esta una clara instrucción de subordinación por parte de la enjuiciada, pues es evidente que el señor RUSSI DOMINGUEZ no actuaba de manera autónoma, contrario a lo afirmado por la sociedad recurrente.

Igualmente, llama la atención que en el aludido contrato comercial se condicionó al demandante a utilizar vehículos adecuados a satisfacción del fabricante vendedor para la venta y distribución de los productos de propiedad de la llamada a juicio GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.S. Nótese, en la cláusula segunda del referido contrato se plasmó que los vehículos automotores podían ser de entera propiedad del actor o del fabricante, es decir, tratándose del último escenario, sería la aquí

demandada quien le facilitaría uno o varios vehículos al actor, restándole ello autonomía al contratista, pues se supone que la empresa GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.S. debería contratar a los distribuidores que tengan sus propias herramientas y capacidad técnica, administrativa y financiera para ejecutar el objeto del contrato. Es más, llama la atención en este clausulado que la empresa GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.S. le impuso al demandante la carga de realizar las reparaciones y mantenimiento de los vehículos facilitados en los talleres de dicha sociedad, situación que además fue corroborada por los testigos recaudados ya que éstos sostuvieron un contrato con la encartada y conocieron todos estos aspectos.

Finalmente, tratándose del contenido del contrato comercial suscrito, debe advertirse, la demandada le indicó al actor que ningún caso podría utilizar emblemas, logotipos o cualquier otro medio de identificación o presentación al público, condicionando al distribuidor a entregar los productos en los establecimientos que le fueran señalados por la sociedad demandada, sujetándose la prestación del servicio a los lineamientos y directrices exclusivas de la empresa, aunado a ello, en las cláusulas subsiguientes, la empresa se reservó el derecho de supervisar la atención al cliente, con el fin de asegurar un oportuno y eficiente servicio de reventa de sus productos, yendo entonces en contravía de la plena capacidad operativa que debía tener el actor.

Sumado a lo que antecede, de los testimonios recepcionados y de la prueba documental aportada al plenario, resulta procedente inferir que entre las partes se sostuvo de manera formal una relación comercial, teniendo el actor la calidad de conductor – vendedor, debiendo realizar actividades de venta y repartición de los productos fabricados por GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.S., además, se resalta, estos deponentes conocieron de manera directa los hechos debatidos al prestar sus servicios para la enjuiciada, como ya se advirtió, lo que le brinda credibilidad y espontaneidad a sus dichos. Adviértase, estos testigos estaban regidos por las mismas condiciones y exigencias dentro del cumplimiento del contrato, coincidiendo todos en que debían cumplir un horario de lunes a sábado y en temporadas altas los domingos, debiéndose presentar entre las 5:30 a.m. a las 6:00 a.m., así como terminaban labores cuando entregaran todos los productos, debiendo acercarse nuevamente a las instalaciones de la demandada a entregar los dineros vendidos y producto sobrante, luego debían pagar una “tirilla” en la ventanilla que comprendía el pago de aportes en seguridad social y el aportes con destino al fondo de garantía; fondo que creó la demandada para los compradores - vendedores.

Igualmente, contrario a lo expuesto por la sociedad en la apelación que ocupa a la Sala, estos deponentes informaron de manera clara y con total certeza que se les entregaba diariamente un rutero por parte del Supervisor, así como el salario consistía en la venta realizada, recibiendo todos los días instrucciones del Supervisor en cuanto a las ventas y manejo de clientes. Ahora, si bien no se aportó el carné que debía utilizar el demandante, lo cierto es que los deponentes atestiguaron que por temas de seguridad y para efectos de ingreso y salida de la empresa así como por visibilidad ante los clientes debían utilizar un distintivo, resultando lógica dicha afirmación, pese a la negación de la parte recurrente.

Finalmente, resulta claro para esta Sala, que quienes efectuaban los pagos a seguridad social eran personas que prestaban servicios a la demandada GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.S. así como quedó desvirtuado que el actor nunca contrató de manera directa ayudantes, pues nótese, los testigos indicaron que si bien recomendaban un conocido, todos llevaban la hoja de vida al área de selección de la demandada y la empresa era quien realizaba todos los filtros para la contratación, actuaciones que eran ajenas a los conductores - vendedores.

En este orden, la demandada no probó que el demandante desarrollara la labor para la que fue contratado, con la independencia, propia de los contratos comerciales, al contrario, de acuerdo a las pruebas practicadas, se estableció que el demandante, siempre mantuvo una relación de subordinación con la pasiva, por cuanto las pruebas testimoniales y documentales apuntan a que el mismo debía seguir actos de subordinación, pues se insiste, el demandante debía cumplir un horario, debiendo asistir para recibir instrucciones de la ruta que debía realizar y los clientes a los que debía visitar, amén, debía firmar planillas de asistencia al ingreso.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, es claro que el contrato suscrito entre las partes, aunque tenía la apariencia de una relación comercial, no reflejaba las condiciones de autonomía e independencia que son de esencia de los contratos civiles o comerciales.

En ese orden de ideas, debe recalcar esta Sala la existencia de indicios que dan cuenta de una relación laboral subordinada, que como lo tiene definido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, algunos de ellos se encuentran enunciados en el artículo 23 del C.S.T., pero deben armonizarse con la

Recomendación No. 198 de la OIT, según se extrae de la sentencia CSJ SL1439-2021.

De tal forma, en aras de determinar la existencia de una relación de trabajo subordinada, es oportuno acudir a la **“técnica de indicios”**, tal como lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia en la Sala Laboral (SL1439-2021), 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)”.

Expuesto esto, es dable concluir que dicha subordinación no fue desvirtuada por la empresa encartada y, por lo tanto, no puede colegirse cosa distinta a que entre el actor y la llamada a juicio existió una verdadera relación de trabajo, y bajo ese entendido, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en este aspecto.

Se aclara, no es de recibo que la empresa contrate a una persona natural o jurídica y estipule obligaciones ajenas a la relación civil o comercial desde el contrato, ejerciendo una clara y evidente subordinación, ya que el contratista debería tener la capacidad administrativa, operativa y financiera para distribuir los productos, siendo facultad del distribuidor determinar las zonas en que realizaría la actividad bajo sus propias condiciones, no siendo además de recibo que la empresa entregue el rutero, supervise al conductor – vendedor y le imponga hora de entrada y salida, aclarándose frente a la imposición del horario, si bien es cierto le asiste razón al recurrente en la medida que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, ha dispuesto que “el cumplimiento de horario no es por sí solo una prueba de subordinación”, en este caso no resulta aplicable dicha premisa ya que no solo se está analizando este aspecto, por el contrario, esta Sala de Decisión valoró todos

los medios probatorios aportados en conjunto, acatando la técnica de indicios dispuesta por la Alta Corporación como se citó en precedencia.

Aunado a lo expuesto, no es de recibo que la demandada suministre uniformes o carnés e incluso, imponga metas para vender ciertos productos de manera diaria. Esto, contrario a lo expuesto por la sociedad en el recurso ya que la *A quo* no valoró las pruebas aportadas de manera indebida, por el contrario, realizó un análisis del contrato y sus posteriores prórrogas celebradas así como estudió las declaraciones rendidas por los señores **WILSON JAVIER RUSSI, LIZARDO VELÁSQUEZ SAAVEDRA** y **FÉLIX AUGUSTO FALLA**, quienes laboraron en la empresa enjuiciada y cumplieron las mismas funciones, adicionalmente, adviértase, estos testigos dieron respuesta a cada pregunta de manera detallada y sin titubear.

Sentado lo anterior, la Sala se abstiene de analizar las condenas impuestas en primer grado, por no haber sido tal asunto objeto de apelación por la empresa demandada, pues solo se atacó la existencia de un contrato de trabajo.

Finalmente, en punto al recurso de la parte demandante, acogiendo los argumentos expuestos en primer grado, se indica, de las pruebas ya reseñadas se puede extraer que entre el actor y la demandada se suscribió un contrato Comercial de Compraventa y Distribución No. 01-961, a partir del 03 de febrero del 2012, siendo prorrogado hasta el 02 de febrero de 2017, no encontrándose una prueba que permita inferir que el actor si prestó los servicios desde el 17 de mayo de 1992, pues ningún medio probatorio se arrimó en tal sentido. Puntualmente, contrario a lo advertido en el recurso, se destaca, ningún declarante informó que el actor hubiese prestado los servicios desde el año 1992 aunado a que los deponentes aseguraron haber sostenido un contrato con la demandada en las siguientes fechas: Del 2000 al 2016 el señor WILSON JAVIER RUSSI, entre el año 1998 al 2012 el señor FÉLIX AUGUSTO FALLA y desde el 10 de octubre de 2003 hasta junio de 2017 el señor LIZARDO VELÁSQUEZ SAAVEDRA. De este modo, le correspondía al actor probar su dicho y allegar todas las pruebas necesarias para demostrar que comenzó con la demandada el 17 de mayo de 1992, no obstante, no ejerció la carga probatoria en los términos del artículo 167 del C.G.P.

Y en cuanto al interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada, siendo este un punto de apelación del demandante, se precisa, esta parte exclamó: *“el señor Russi estuvo como distribuidor desde el año 1992, según*

*la prueba documental y entiendo que en el 2016 ya se finalizó el contrato de distribución que inició el 3 de febrero de 2012”, “no son sociedades liquidadas en específico, el contrato de distribución para el 3 de febrero de 2012 era para compraventa y distribución, **no creo haberme referido a un contrato en el año 1992**”, por ende, no puede esta Sala entrar a declarar que el actor prestó los servicios desde el año 1992, ya que esta parte fue enfática en aclarar que para el caso del demandante no admitió que había prestado los servicios para el año 1992, no pudiéndose acoger el anhelo del actor, pues se insiste, en casos como el presente, cuando no se tiene certeza sobre la prestación de un servicio en un determinado período, no es posible desentrañar los extremos temporales de la relación laboral.*

Por tal motivo, para esta Sala de Decisión tampoco genera convicción para fijar un extremo diferente, al que estableció la *a quo* como de inicio del contrato de trabajo, en especial porque los declarantes quienes ejercieron como compañeros de labores del demandante no mencionaron dicha situación, lo que conlleva a confirmar la sentencia de primer grado

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, habiéndose arribado a las mismas conclusiones a las vertidas por la Juez *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

SIN COSTAS en esta instancia.

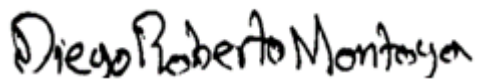
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALBA ROCÍO VELANDIA
DURÁN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 01 2021 00604
01).**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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 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 desatar los recursos de apelación interpuestos 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 (1º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 08 de febrero de 2024 (*Audio archivo 16 - récord 1:13:44*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la parte demandante señora ALBA ROCIO VELANDIA DURAN identificada con C.C. No. 51.848.933, a través del fondo administrado por las sociedades demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES autorizar el traslado de la parte demandante señora ALBA ROCIO VELANDIA DURAN identificada con C.C. No. 51.848.933, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, trasladar con destino a la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES los aportes efectuados por la parte demandante señora ALBA ROCIO VELANDIA DURAN identificada con C.C. No. 51.848.933 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado a cada una de las administradoras de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: Respecto a la pensión de vejez de la demandante, deberá acreditar su desafiliación del sistema, para ir a la entidad de seguridad social, en este caso COLPENSIONES, a fin de que proceda a su reconocimiento pensional, conforme a la parte motiva en la presente decisión.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas vencidas en esta primera instancia, las cuales serán debidamente tasadas por la Secretaría del Despacho conforme a lo dispuesto en el artículo 365 del CGP aplicable por la integración normativa en virtud del artículo 145 del CPTSS.”

Inconforme con la decisión PORVENIR manifestó¹, no es procedente trasladar cualquier otro emolumento distinto a los aportes y rendimientos de manera indexada

¹ **Recurso de Apelación Parte Demandada PORVENIR, récord 1:21:15, archivo 16:** “Gracias su Señoría, me permito interponer recursos de apelación en contra del fallo emitido por el despacho, teniendo en cuenta que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la honorable Corte Suprema de Justicia, debe tenerse en cuenta que la misma corporación ha indicado que no se puede aplicar de manera homogénea en todos los casos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información. En efecto, debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que, para mi representada no se da en el presente asunto, pues la parte demandante, realizó de manera válida su traslado de régimen pensional a través de mi representada, que además se dio de manera voluntaria, sin presiones e informada, todo de conformidad con la normativa vigente para el año en el cual se produjo. Debe decirse que el actor de mi representada llamada a juicio siempre ha sido de buena fe objetiva, pues sus acciones se ejecutaron en virtud de los lineamientos normativos vigentes al momento del traslado del régimen pensional, téngase en cuenta que solo fue hasta la expedición del Decreto 2555 del 2010, la ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015 que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general.

Ahora bien, con independencia de la información otorgada en el momento del traslado del régimen pensional, debe decirse que las características, ventajas, desventajas del RAIS estaban plenamente consagradas en la Ley 100 de 1993, por lo que la parte demandante pudo perfectamente validar en cualquier momento el contenido de dicha información, además que debía actuar con mediana diligencia, lo cual suponía por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, máxime cuando esta información estaba plasmada en normas legales de común conocimiento. Ahora bien, respecto de la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por el medio del cual la demandante realizó el traslado de régimen pensional, debo decir que la suscrita se aparta como quiera que este se dio de manera libre y voluntaria por parte de la demandante, la misma recibió información suficiente y verá sobre las implicaciones de su traslado, también manifestó que lo hacía de manera libre y voluntaria y estuvo permanentemente vinculada al Régimen de Ahorro Individual, con solidaridad por más de 20 años, demostrando su interés de mantenerse en el régimen privado.

y con cargo a los propios recursos de la AFP ya que estos montos corresponden a una obligación de tracto sucesivo, por lo que con estas sumas se financia la prestación pensional de la actora, siendo dineros que la Ley 100 de 1993 estipuló como una cuota de administración, materializada en la buena gestión que hizo la AFP de los aportes, evidenciado en los rendimientos financieros que se le generaron

Ahora bien, aun cuando no haya certeza de si el afiliado recibió al momento de su traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanecer en el régimen y que contaba con los elementos para forjar con plena convicción su elección. Dichos comportamientos o actos de relacionamiento en los actos de afiliación pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados, tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambios de claves, entre otros cómo lo ha establecido la corporación en el fallo emitido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL413 del 2018. En virtud de dicha sentencia se tiene que los traslados horizontales dentro del régimen de ahorro individual, es decir, los cambios entre administradoras de fondos privados de pensiones reúnen los elementos propios de unos actos de relacionamiento, lo cual permite suponer que el afiliado desea continuar en dicho régimen, aunque bajo la asesoría y beneficios que le puede proveer otra administradora de pensiones, las cuales compiten entre sí.

Incluso tales actuaciones presuponen cierto conocimiento de la persona respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios y desventajas y su modo de operar, de ahí que su intención sea firme en continuar aun teniendo la posibilidad eventual de retornar a Colpensiones. Ahora bien, téngase en cuenta que los efectos de la declaratoria de la ineficacia del traslado implican devolver las cosas a su estado anterior, por lo que respecto de la devolución y el retorno a Colpensiones de los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante para la suscrita, esta condena resulta improcedente como quiera que dentro de estos rubros se encuentran los gastos de administración y seguro previsional, los cuales gozan de una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por mi representada, de suerte que los mismos ya fueron debidamente invertidos en la forma exigida por la ley, por cuanto los primeros constituyen los gastos que empleó la AFP para poder generar un mayor valor en los recursos aportados por la afiliada, y lo segundo porque mientras el acto de la afiliación fue válido, la cobertura de los seguros estuvo a cargo de las compañías aseguradoras que tenía contratadas para tal efecto la AFP, motivo por el cual estos dineros ya no están en poder de mi representada.

Asimismo, la suscrita se aparta de la condena relativa a la devolución del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y que se haga con cargo a los propios recursos de la administradora demandada, por cuanto los efectos de la ineficacia del traslado, en particular la de devolver las cosas al estado en que se hallaba antes de que se produjera el acto ineficaz, traen como lógica la consecuencia que esos recursos deban ser entregados a la entidad que administra el Régimen de Prima Media con el fin de financiar las pensiones, de suerte que no tienen sentido de que permanezcan en un fondo en el cual ya no se beneficiará al afiliado. Si no fuera así, no se encuentra ninguna razón, que ya no están en poder de la administradora demandada, sean devueltas con cargo a los propios recursos de esto.

Asimismo, solicitó a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objeto de la condena impuesta a mi representada en la medida que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encontrara en la cuenta individual de ahorro de la demandante, lo cual lo ha estipulado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali como el de Cundinamarca, en los cuales ha establecido en casos similares que no es viable ordenar la indexación, toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda. Por último, lo que corresponde a las agencias en derecho debe aclararse que desestimada la ineficacia del traslado de régimen y la consecuente devolución de los valores a los que fue condenada mi representada, en el mismo sentido desestimarse la condena en costas. Por lo anterior, solicito respetuosamente al Honorable Tribunal Superior revocar la sentencia de instancia respecto de las condenas impuestas en contra de la AFP Porvenir. En estos términos interpongo mi recurso de apelación su Señoría, muchas gracias”.

y que corresponden a un valor no menor de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante.

Frente a la indexación, razonó, las sumas mencionadas ya se encuentran actualizadas monetariamente y la declaración de pago indexado está generando una doble condena que no tiene por qué asumir la AFP, pues los rendimientos financieros que hoy se ordenan trasladar son sumas completamente actualizadas y que superan con creces cualquier devaluación económica que se pudo haber presentado frente a las sumas a retornar. Añadió, los gastos de administración están sujetos al fenómeno prescriptivo porque no forman parte integral de la pensión, ni de los dineros con los que se financia la pensión de vejez de la demandante, no pudiéndose desconocer que en el régimen de Prima Media se destina un porcentaje de la cotización a financiar estos gastos de administración y que si se ordena la devolución de los rendimientos financieros, debería este concepto quedarse en cabeza de la administradora que hizo la gestión de administración de los dineros.

En cuanto a los seguros previsionales, esgrimió, hubo una cobertura durante la vigencia de la póliza con la que cumplió la compañía aseguradora, entonces tampoco es procedente ordenar la devolución de estos seguros ni del porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Destacó, si bien, dichos recursos son recaudados y administrados por el fondo, no hacen parte directamente de la cuenta de ahorro individual de la demandante ya que se encuentran en una cuenta especial destinada para tal fin.

Completó, los cambios entre administradoras de fondos privados de pensiones reúnen los elementos propios de unos actos de relacionamiento, lo cual permite suponer que el afiliado desea continuar en dicho régimen, aunque bajo la asesoría y beneficios que le puede proveer otra administradora de pensiones, las cuales compiten entre sí. Incluso, en su sentir, tales actuaciones presuponen cierto conocimiento de la persona respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios y desventajas y su modo de operar, de ahí que su intención sea firme en continuar aun teniendo la posibilidad eventual de retornar a Colpensiones.

Por último, pidió se revoque la condena en costas.

Por su parte, la encartada Colpensiones, adujo², del traslado del régimen de Prima Media a Régimen de Ahorro Individual conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de la entidad, porque si bien es cierto, existe un criterio jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto que debe analizarse cada caso en particular, pues la hoy demandante no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, esto, de acuerdo con el Decreto 2241 del año 2010, que establece expresamente las obligaciones del afiliado del Sistema General de Pensiones. Igualmente, argumentó, la hoy demandante no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar contratos y

² **Recurso de Apelación Demandada COLPENSIONES, récord 1:16:19, archivo 16:** “Gracias, Señoría. Me permito interponer el recurso de apelación contra el fallo que se acaba de proferir, toda vez que no se comparte el criterio del despacho por cuanto la declaración de ineficacia del traslado de régimen de Prima Media al régimen de Ahorro Individual conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de la entidad que represento Colpensiones. Porque si bien es cierto, existe un criterio jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto que debe analizarse cada caso en particular, la hoy demandante no puede estar exonerada de su deber de Ilustrarse en frente a la decisión del cambio de régimen pensional, esto de acuerdo con el Decreto 2241 del año 2010, donde se establece expresamente las obligaciones de los afiliados del sistema general de pensiones.

Igualmente, la hoy demandante no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependería su futuro pensionar, es decir, fue negligente frente a este aspecto. Igualmente, la hoy demandante no hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto las afiliaciones a los fondos privados, como son el retracto y la rescisión, asimismo es menester tener en cuenta el pronunciamiento en la Corte Constitucional, sentencia C- 242 del año 2009, magistrado ponente el doctor Mauricio González Cuervo, respecto al tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y el mismo principio constitucional contemplado en el artículo 48, adicionado por el artículo 1º del acto legislativo número 1 del año 2005, debo recalcar que el principio del interés general debe primar sobre el particular, por cuanto con dicha declaración de ineficaz se va a afectar el patrimonio público, toda vez que al tenerse que pagar una pensión que llegara a percibir la parte demandante, ya que su ahorro lo hizo de manera individual, no financió las pensiones del Régimen de Prima Media y su propio ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión. Es decir, con esta declaración de ineficacia se está vulnerando los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, esto de acuerdo con las sentencias C- 1024 del año 2004 y la SU 062 del año 2010.

Ahora bien, igualmente debo resaltar que no se comparte el criterio de condenar en costas a la entidad que represento Colpensiones. Por ello, en caso de que los señores Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá confirmen el fallo, debo solicitarles especialmente que se apartes de dicha condena y se modifique o se revoque por los siguientes argumentos. El primero de ellos es que Colpensiones no intervino en la decisión que la demandante realizó al hacer el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual. Un segundo aspecto es que Colpensiones no es el causante de que hoy se declare la ineficacia y así quedó consignado en las partes considerativas de este fallo. Tercero, Colpensiones es un convidado por obligación toda vez que es la única entidad que maneja el Régimen de Prima Media. Cuarto, si bien es cierto Colpensiones, se ha negado tanto administrativamente como en este proceso judicial, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, ha sido con fundamento en las normas jurídicas vigentes. Téngase en cuenta que la entidad que represento es una entidad del estado que no puede apartarse de las normas jurídicas. En estos términos, pues dejó presentado el recurso de apelación con el único fin de que sea modificado o revocado en los ítems expuestos. Muchas gracias”.

teniendo en cuenta que de su elección dependería su futuro pensional, es decir, fue negligente frente a este aspecto.

Complementó, la hoy demandante tampoco hizo uso de los mecanismos legales que le dan para dejar sin efecto la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, estos son, el retracto y la rescisión, los cuales se encuentran estipulados en el mismo formulario suscrito.

Expuso, la Corte Constitucional en sentencia C- 242 del 2009, Magistrado Ponente, Doctor Mauricio González Cuervo respecto al tema de la Sostenibilidad Financiera del Sistema Pensional y el mismo principio constitucional contemplado en el artículo 48, adicionado por el artículo 1º del acto legislativo No. 01 del 2005. Indicó que el interés general debe primar sobre el interés particular, por cuanto con esta declaración de ineficacia se va a afectar el patrimonio público ya que la entidad tendría que pagar una pensión que llegare a percibir la parte demandante aun cuando el ahorro lo hizo de forma individual y no financió las pensiones del régimen de prima media no siendo suficiente para financiar su propia pensión. Sumó, con esta declaración de ineficacia se está vulnerando los principios constitucionales de la solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera en el sistema de Seguridad Social en pensiones, según sentencias C - 1024 del año 2004 y SU 062 del año 2010.

Finalmente, solicitó esta recurrente, absolver a la entidad de las costas, teniendo en cuenta que la entidad no intervino en la decisión que tomó la hoy demandante de trasladarse del régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, aunado a que Colpensiones no es la causante de la declaratoria de la ineficacia del traslado.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de subsanación de la demanda (Exp. Digital «Archivo05», página 4), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 2 a 4 ibidem), aspirando se declare:

- 1) SE DECLARE LA INEFICACIA DE AFILIACION AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD de la señora ALBA ROCIO VELANDIA DURAN, con las AFP PROTECCIÓN S.A PENSIONES Y CESANTIAS y con la AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.
- 2) SE CONDENE a la AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, a trasladar todos los aportes de la señora ALBA ROCIO VELANDIA DURAN (todo el saldo de su cuenta de ahorro individual, con los respectivos rendimientos indexados, las cuotas de administración y todas las deducciones que le realizaban), al régimen de prima media con prestación definida RPM, administrado el día de hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.
- 3) SE ORDENE A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, a recibir todos los aportes de la demandante ALBA ROCIO VELANDIA DURAN, a aceptar su traslado-regreso al RPM régimen de prima media con prestación definida, realizando su consecuente re-activación en esta entidad, para que sea quien administre sus aportes a pensión y a futuro reconozca y pague su pensión.
- 4) Condenar a la administradora colombiana de pensiones a reconocer y pagar la pensión a la señora ALBA ROCIO VELANDIA DURAN y los retroactivos a los que hubiera lugar.
- 5) Se condene en costas a las accionadas.
- 6) Se condene ultra y extra petita.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del acto de traslado del régimen, ordenándose a la AFP PORVENIR y PROTECCIÓN, trasladar con destino a Colpensiones los aportes efectuados por la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de las administradoras de fondos de pensiones sin que le sea dable efectuar descuento alguno a la cotización total realizada por la accionante y declaró que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la aquí demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. Asimismo, ordenó respecto a la pensión de vejez de la demandante, deberá acreditar su desafiliación del sistema, para ir a la entidad de seguridad social, en este caso COLPENSIONES, a fin de que proceda a su reconocimiento pensional.

Lo anterior tras considerar el a quo, 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. Igualmente, respecto a la pensión de vejez, explicó el juzgador, no es posible confundir la causación de la pensión de vejez con su disfrute y, en el presente caso, la causación ocurre desde el momento en que la afiliada cumplió con los requisitos mínimos exigidos de edad y de cotizaciones y el disfrute de la pensión y su cuantía dependerá en el momento en que la afiliada solicite su pensión, siempre y cuando se haya acreditado su desafiliación al sistema general de pensiones. Por ello, consideró, no hay lugar a condenar a Colpensiones, a reconocer suma alguna por retroactivo pensional.

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

Así las cosas, en el expediente se registra como fecha de nacimiento de la actora el **05 de junio de 1966** (Página 227 y 28 archivo 05, expediente digital), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES 21 de enero de 2021 (Páginas 29 a 31, ibidem), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional -tenía 54 años; y de otra parte, 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,

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

contaba apenas con **295,29⁴** semanas (pág. 54 y 34 «*archivo07 y 09.pdf*»), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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 **26 de septiembre de 2001 con fecha de efectividad 01 de noviembre de 2001** (páginas 34 y 77, *archivo 08 del expediente digital*»), por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber

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
2067	295.29	0	0.00	0	0.00	4806	686.57	0	0.00	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 2067		SEMANAS: 295.29		DIAS: 4806		SEMANAS: 686.57					
El número de semanas se calculó con días calendario											



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 julio/2022
ACTUALIZADO A: 19 julio 2022

INFORMACIÓN DEL AFILIADO			
Tipo de Documento: Cédula de Ciudadanía		Fecha de Nacimiento: 05/06/1966	
Número de Documento: 51848933		Fecha Afiliación: 03/08/1988	
Nombre: ALBA ROCIO VELANDIA DURAN		Correo Electrónico:	
Dirección: CR 20 33 15		Ubicación:	
Estado Afiliación: Traslado			

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
1008211295	INST COL DE AHORRO Y	03/08/1988	31/05/1989	\$41.040	43,14	0,00	0,00	43,14
1008231368	RED MULTICOLOR	01/06/1989	31/12/1994	\$220.000	291,43	0,00	0,00	291,43
800057898	ASOCIACION RED MULTI	01/01/1995	30/11/1995	\$266.000	47,14	0,00	0,00	47,14

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*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 (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:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón

por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

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

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 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias CSJ

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

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

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

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

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

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

“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».

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.

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 accionante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que le informaron que el extinto ISS se acabaría siendo mucho mejor afiliarse a un fondo privado, siendo enfática en afirmar que no fue informada sobre las ventajas o desventajas de dicho traslado, pues solo tuvo conocimiento de las implicaciones con los años cuando una de sus compañeras de trabajo se trasladó y le comenzaron a informar las condiciones propias de Colpensiones.

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

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (página 34, Archivo 08 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

⁷ *Récord 16:42, archivo 16, Interrogatorio Demandante: “Mi profesión, administradora de empresas, actualmente estoy trabajando, hace 22 años no estoy afiliada al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, cuando me pasé a Colpensiones me dijeron que el Seguro Social se iba a acabar, por eso me fui a otro fondo de empleados donde me ofrecieron que a través de ellos sí me podría pensionar porque conocí, sé que en Colpensiones tengo mejor oportunidad de pensión, la verdad, primero no veía tan cerca el tiempo, cierto, y segundo, pues no, no fui asesorada, no sabía, no sabía que podía hacerlo, que podía retornar nuevamente a Colpensiones, no solicité asesoría al Seguro Social ni a las AFP, cuando me afilié a Porvenir me dijeron que a través de Porvenir sí me podía pensionar, si me lograba pensionar, mientras que a través del Seguro Social no lo iba a hacer, cuando el asesor de Protección me abordó me dijo que yo ya no tenía la posibilidad de volver a hacerlo y me ofreció que él me reconstruiría mi historia laboral porque eso era un tema difícil y que él me daba ese beneficio, me iba a reconstruir a través del de los fondos donde había estado, me traía la historia laboral, no recuerdo bien las fechas exactas, del traslado no las recuerdo, pero nunca pedí asesoría, mi única empresa laboral ha sido en la que estoy actualmente, no he laborado en otra empresa, no estoy pensionada, me abordó un asesor, me abordó fue a la empresa al informarnos de que teníamos esa posibilidad de afiliarme a un fondo privado porque el seguro social se acababa, yo estaba laborando y fue un momento en que fue el asesor y nos abordó y nos tomó a varias personas. No creo que haya pasado media hora, no recuerdo mucho, fue hace mucho tiempo, pero más de media hora no pasó, no me hablaron de beneficio económicos, cuenta de ahorro, rendimientos, heredabilidad, leí los datos que coloqué que coloque, pero no más, la afiliación fue libre y voluntaria, no realicé aportes voluntarios, no recibí extractos, ya cuando mis compañeras se empezaron a pensionar fue donde ellas empezaron a informarnos a través que a través de Colpensiones podríamos volverlo a hacer y se nos beneficiaba más que estando en el fondo privado, me trasladé a Porvenir por el motivo que me ofrecieron traerme la reconstrucción de mi historia laboral, no intente retornar a Colpensiones, no conozco los requisitos para pensionarme en el fondo privado, durante el tiempo de afiliación con Porvenir no presenté queja o manifestación acerca del momento de la afiliación o la administración que se le dieron de los aportes”.*

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

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

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

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

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

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

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993

diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

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

...

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

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

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

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

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 2001, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (26 de septiembre de 2001, efectivo el 01 de noviembre de 2001) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Igualmente, 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.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (Historial vinculaciones SIAFP pág. 27 archivo 09 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 reporte SIAFP.

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.

Con relación al hecho de permanecer en el RAIS por mucho tiempo, a la que se ha hecho referencia por PORVENIR en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar a la recurrente, que como ya se refirió a lo largo de esta providencia la información que se le debía suministrar a la demandante al momento de su traslado no fue acreditada por dicha AFP, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones PORVENIR y PROTECCIÓN 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.

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de COLPENSIONES, que se adicionará el ordinal tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que tanto PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES, además de lo ordenado por el *a quo* las **comisiones** debidamente **indexadas**, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia CSJ SL2877-2020 en la cual sostuvo:

«(...)

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor**, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y*

*Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. **En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**».*

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

Precisándose, respecto al recurso interpuesto por PORVENIR, 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).

Frente a los argumentos de apelación de PORVENIR, relacionados con la devolución de los rendimientos, gastos de administración, porcentaje destinado a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos conceptos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración, rendimientos, primas y seguros previsionales. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

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

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

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

Sobre este aspecto, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *«el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas»* (Sentencia CSJ SL2877-2020).

Aunado a lo anterior, 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.

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁸, a favor de quien se surte la consulta (página 20, «Archivo 07»), 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 y sus consecuentes condenas como los gastos de administración, entre otros, no están sujetos 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, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

Finalmente, respecto a la pretensión dirigida al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la demandante, adviértase, el juez *a quo* resolvió: “**SEXTO:** Respecto a la pensión de vejez de la demandante, deberá acreditar su desafiliación del sistema, para ir a la entidad de seguridad social, en este caso COLPENSIONES, a fin de que proceda a su reconocimiento pensional, conforme a la parte motiva en la presente decisión”, no siendo objeto de reproche dicha decisión por parte del extremo activo.

⁸ Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto 21 de marzo de 2023 (Archivo 07 y 12).

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 **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, devolver a **COLPENSIONES** además de lo ordenado por el Juez *a quo* las **comisiones** debidamente **indexadas** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

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.

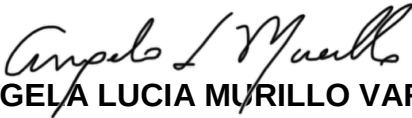
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ÁNGEL IVAN FORERO ROJAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. Y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- (RAD. 06 2022 00397 01).

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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 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 surtir el recurso de apelación presentado por COLFONDOS y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, de la sentencia proferida por la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 04 de diciembre del 2023 (*Audiencia virtual, récord: 33:21, archivo 29*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado del demandante ***ANGEL IVAN FORERO ROJAS***, al régimen de Ahorro Individual, con los efectos indicados en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: En consecuencia, SE CONDENA a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales y devolver el porcentaje correspondiente a rendimientos, gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales, de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Valores debidamente indexados y comisiones a cargo de sus propios recursos. Al momento de cumplirse la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que lo justifique.

TERCERO: SE ORDENA a COLPENSIONES admitir el traslado del afiliado **ANGEL IVAN FORERO ROJAS** al Régimen de Prima Media con prestación definida con ocasión de la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

CUARTO: La excepción de prescripción se **DECLARA NO APROBADA** y se absuelven y las restantes pretensiones, incluida la absolución, a la UGPP de las pretensiones de la demanda, de conformidad con respuesta en la parte motiva de la presente decisión.

QUINTO: COSTAS a cargo de **COLFONDOS S.A.**, se fija la suma de \$ 4.500.000 por concepto de agencias en derecho.”.

Inconforme con la decisión COLFONDOS la apeló¹, manifestando, se ordenó el traslado o vínculo inicial del actor, esto es, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al RAIS, sin embargo, es evidente determinar que la única motivación del demandante es por su parte económica y no conoce los beneficios

¹ **Recurso de Apelación COLFONDOS, récord 35:04, archivo 29:** “Gracias su Señoría, encontrándome dentro de la oportunidad procesal, me permito de la manera más respetuosa, interponer recurso de apelación en contra de la sentencia acaba de proferir por parte de su honorable despacho, a efectos de que su superior jerárquico Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá se sirva revocar la referida providencia bajo los siguientes argumentos, su honorable despacho resolvió decretar la ineficacia de afiliación que efectuare el demandante ante el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de ello, se ordene su traslado o vínculo inicial, Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Sin embargo, es evidente determinar que la única motivación del demandante es por su parte económica y no conoce los beneficios que tiene el RAIS.

Por ende, resulta improcedente la declaratoria de la ineficacia de afiliación y adicionalmente se hace énfasis en la sentencia acabada de proferir a la devolución de los gastos de administración debidamente indexados y a todos los conceptos que se generaron por su afiliación. Y tal como se manifestó en los alegatos de conclusión su Señoría, los gastos de administración están sustentados por mandato legal. En segundo lugar, por lo indicado por parte de Colfondos, el demandante en la actualidad no tiene la suma de dinero suficiente en su cuenta de ahorro individual, porque lo que genera esos gastos de administración es lograr multiplicar la cuenta individual del demandante. En esta medida no hay lugar a la devolución de gastos administrativos y así se debe estimar que el afiliado no se vio afectado por el cobro de estos conceptos dado que, si hubiera estado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, igual se hubiera causado el 3% para sufragar los gastos de administración y obtener la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte. Por ende, ha de anotarse que los gastos de administración devueltos no ingresan al fondo común del Régimen de Prima Media, sino que son recibidos por Colpensiones y, por tanto, aumentan su patrimonio.

Asimismo, en cuanto a la póliza provisional, es contratada por la AFP en beneficio y provecho de los afiliados, razón por la cual la entidad solo tiene un rol de intermediaria. En consecuencia, la AFP recauda las primas de seguro en nombre y por cuenta de la aseguradora y dichos recursos no ingresan al patrimonio de la administradora. Por lo anterior, sería improcedente que la AFP devuelva unos recursos que ella nunca recibió. Asimismo, se solicita que se modifique la sentencia a distancia en lo atinente a la condena en costas impuestas a Colfondos, ya que nos encontramos sujetos a la disposición legal. Todo es que este tipo de procesos no puede ser conciliable porque dependemos del Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones para poder recibir la afiliación del actor. Pero adicionalmente mi representada no puede generar la devolución por cuanto la ley tiene la prioridad de que cuando a las partes le faltaren menos de 10 años para adquirir su edad de pensión no se puede generar su traslado. Entonces los fondos de pensiones, en este caso Colfondos, llegamos a este proceso sin tener otra posibilidad de concurrir al mismo, e incluso no se puede presentar un acuerdo conciliatorio por cuanto Colpensiones y su comité de conciliación no permite tal conciliación. En ese sentido su Señoría, se debe estimar que se dio cumplimiento a la información requerida para el año 1995, de esta manera he sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias”.

que tiene el RAIS, resultando improcedente la declaratoria de la ineficacia de afiliación.

Añadió, se ordena la devolución de los gastos de administración debidamente indexados junto con todos los conceptos que se generaron por la afiliación del actor aun, cuando los gastos de administración están sustentados por mandato legal. Igualmente esgrimió, el demandante en la actualidad no tiene la suma de dinero suficiente en su cuenta de ahorro individual, porque lo que genera esos gastos de administración es lograr multiplicar la cuenta individual del demandante. En esta medida, explicó, no hay lugar a la devolución de gastos administrativos y así se debe estimar que el afiliado no se vio afectado por el cobro de estos conceptos dado que, si hubiera estado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, igual se hubiera causado el 3% para sufragar los gastos de administración y obtener la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte. Por ende, los gastos de administración devueltos no ingresan al fondo común del Régimen de Prima Media, sino que son recibidos por Colpensiones y, por tanto, aumentan su patrimonio.

Asimismo, agregó en cuanto a la póliza provisional, ésta es contratada por la AFP en beneficio y provecho de los afiliados, razón por la cual la entidad solo tiene un rol de intermediaria. En consecuencia, la AFP recauda las primas de seguro en nombre y por cuenta de la aseguradora y dichos recursos no ingresan al patrimonio de la administradora. Por ende, sería improcedente que la AFP devuelva unos recursos que nunca recibió.

Asimismo, pidió, se modifique la sentencia en la condena en costas impuestas a Colfondos, ya que está sujeta a la disposición legal. Esto, por cuanto este tipo de procesos no puede ser conciliable porque depende del Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones para poder recibir la afiliación del actor. Adicionalmente la AFP no puede generar la devolución por cuanto la ley tiene la prohibición de que cuando a las partes le faltaren menos de 10 años para adquirir su edad de pensión no se puede generar su traslado, entonces los fondos de pensiones, en este caso Colfondos, llega a este proceso sin tener otra posibilidad de concurrir al mismo, e incluso no se puede presentar un acuerdo conciliatorio por cuanto Colpensiones y su Comité de Conciliación no permite la misma.

Por su parte, COLPENSIONES, indicó², no es justo que se condene a la entidad a recibir los aportes del demandante, por cuanto no fue la causante del traslado del RAIS ni incentivó al demandante a que se desafilara de Colpensiones, entonces, al no haber un hecho generador o una prueba que indique que Colpensiones hizo incurrir en error al actor no puede ser posible la condena de recibir los aportes de

² **Recurso de Apelación COLPENSIONES, récord 38:02, archivo 29:** “Gracias, señora juez. En atención a la oportunidad procesal en la que nos encontramos me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión adoptada en primera instancia y la procedo a sustentar de la siguiente manera. Para esta representación no es justo que se condene a Colpensiones a recibir los aportes del demandante, por cuanto no fue la causante del traslado del RAIS ni incentivó al demandante a que se desafilara al de Colpensiones. Entonces, al no haber hecho generador o una prueba que indique que Colpensiones hizo incurrir en error al actor no puede ser posible la condena de recibir los aportes de la cuenta de ahorro individual por existir otras formas de restablecer el derecho del demandante sin que se afecte a la entidad que represento. Conforme a lo anterior, se le solicita de manera respetuosa a los Honorables Magistrados revocar la decisión en primera instancia, toda vez que en ese tipo de procesos que persiguen la nulidad del traslado o la ineficacia de este mismo podrían asumir una decisión más ajustada para que sea revisada y posteriormente, para que la Corte haga un pronunciamiento sobre ello. Y es que se puede implementar una nueva línea o precedente jurisprudencial que redirija las condenas de los procesos de ineficacia a los fondos privados que causaron la desinformación del afiliado.

La regla general en el RAIS se caracteriza por reconocer pensiones conforme al total del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual del afiliado. Sin embargo, debe implementarse nuevas condenas que asuman la realidad de la omisión y como consecuencia de ello, el fondo privado trate al afiliado conforme a las reglas de Régimen de Prima Media para cálculos pensionales, siendo esta la consecuencia de actuar al momento de afiliarlo en el régimen privado, por lo que la condena podría emitirse a manera de ejemplo de la siguiente manera, si se demuestra durante el proceso que existió la omisión y la falta de información de parte del fondo privado y el afiliado realizó varios traslados, se condene a el primer fondo, en este caso a Colfondos, como excepción a la norma y por vía de mandato judicial que trate al afiliado conforme a las Reglas del Régimen de Prima Media, incluyendo el reconocimiento de la pensión por ser este fondo quien incurrió en la omisión de la información. El presente fundamento tiene una función primordial y extraordinaria de proteger efectivamente los dineros que se encuentran en la bolsa común de Colpensiones, que corresponde a todos los afiliados de Régimen de Prima Media.

Lo anterior se ha venido afectando seriamente como consecuencia de las miles de sentencias condenatorias derivadas de los procesos de ineficacia que ordena el traslado de los valores de la cuenta de ahorro individual, para luego generar el reconocimiento de la pensión de vejez que no estuvo sustentada por la cotización periódica, afectando el sistema piramidal de las pensiones que otorga Colpensiones por nacer de la bolsa común.

Por lo tanto, allí radica el verdadero daño financiero que se le ocasiona a Colpensiones como un tercero de buena fe en el trámite del traslado. La sentencia de primera instancia que decidió la ineficacia y que condenó y ordenó el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, junto con los gastos de administración, no suple el hueco financiero del daño ocasionado a Colpensiones, por cuanto los valores destinados a seguros previsionales, fondo de garantía de atención mínima y fondo de solidaridad pensional generalmente quedan en el aire y no existe garantía para Colpensiones de recuperar esos valores que disminuyen considerablemente el capital ahorrado. Así las cosas en el presente caso se tiene que el demandante se encuentra afiliado al RAIS desde su traslado y las cotizaciones realizadas desde el año en que hizo dicho traslado hasta la actualidad, dejaron de ser utilizadas por Colpensiones para cubrir las pensiones de las personas mayores que han cumplido sus requisitos, afectando el ciclo piramidal, que consiste en que las cotizaciones de pensiones de las personas activas laboralmente son utilizadas para cubrir las pensiones de las personas que cumplieron con los requisitos para pensionarse.

Inclusive en muchos casos Colpensiones siendo condenado al pago de costas. Sin embargo, este no es el caso que nos ocupa, quedando entonces así demostrado que no le asiste derecho al reconocimiento o mejor a la orden que le han dado a Colpensiones de recibir al demandante con todos y sus rendimientos de los aportes realizados en Colfondos en este caso. Por tanto, entonces está afectando el principio de sostenibilidad financiera al que está sometido Colpensiones. Así las cosas, solicito de manera respetuosa los Honorables Magistrados, revocar la sentencia de primera instancia y en consecuencia revocar las decisiones adoptadas por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito y, como consecuencia, absolver a Colpensiones a recibir al demandante en el régimen de prima media, quedando sustentado en esos términos el recurso interpuesto en contra de la decisión de primera instancia”.

la cuenta de ahorro individual por existir otras formas de restablecer el derecho del demandante sin que se afecte a la entidad.

Añadió, en ese tipo de procesos que persiguen la nulidad del traslado o la ineficacia de este mismo, los operadores judiciales podrían asumir una decisión más ajustada para que sea revisada y posteriormente, para que la Corte haga un pronunciamiento sobre ello, esto, por cuanto se puede implementar una nueva línea o precedente jurisprudencial que redireccione las condenas de los procesos de ineficacia a los fondos privados que causaron la desinformación del afiliado.

Siguió, la regla general en el RAIS se caracteriza por reconocer pensiones conforme al total del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin embargo, debe implementarse nuevas condenas que asuman la realidad de la omisión y como consecuencia de ello, el fondo privado trate al afiliado conforme a las reglas de Régimen de Prima Media para cálculos pensionales, siendo esta la consecuencia de actuar al momento de afiliarlo en el régimen privado, por lo que la condena podría emitirse a manera de ejemplo de la siguiente manera: si se demuestra durante el proceso que existió la omisión y la falta de información de parte del fondo privado y el afiliado realizó varios traslados, se condene al primer fondo, por ser este fondo quien incurrió en la omisión de la información. Este fundamento tiene una función primordial y extraordinaria de proteger efectivamente los dineros que se encuentran en la bolsa común de Colpensiones, que corresponde a todos los afiliados de Régimen de Prima Media.

Explicó, lo anterior se ha venido afectando seriamente como consecuencia de los miles de sentencias condenatorias derivadas de los procesos de ineficacia que ordena el traslado de los valores de la cuenta de ahorro individual, para luego generar el reconocimiento de la pensión de vejez que no estuvo sustentada por la cotización periódica, afectando el sistema piramidal de las pensiones que otorga Colpensiones por nacer de la bolsa común. Por lo tanto, allí radica el verdadero daño financiero que se le ocasiona a Colpensiones como un tercero de buena fe en el trámite del traslado.

En su sentir, la sentencia de primera instancia que decidió la ineficacia y que condenó y ordenó el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, junto con los gastos de administración, no suple el hueco financiero del daño ocasionado a Colpensiones, por cuanto los valores destinados a seguros previsionales, fondo de garantía de atención mínima y fondo

de solidaridad pensional generalmente quedan en el aire y no existe garantía para Colpensiones de recuperar esos valores que disminuyen considerablemente el capital ahorrado, por ende, en el presente caso se tiene que el demandante se encuentra afiliado al RAIS desde su traslado y las cotizaciones realizadas desde el año en que hizo dicho traslado hasta la actualidad, dejaron de ser utilizadas por Colpensiones para cubrir las pensiones de las personas mayores que han cumplido sus requisitos, afectando el ciclo piramidal, que consiste en que las cotizaciones de pensiones de las personas activas laboralmente son utilizadas para cubrir las pensiones de las personas que cumplieron con los requisitos para pensionarse.

Finalmente, expresó, en muchos casos Colpensiones es condenado al pago de costas, sin embargo, este no es el caso que nos ocupa, quedando entonces así demostrado que no le asiste derecho al reconocimiento o mejor a la orden que le han dado a Colpensiones de recibir al demandante con todos y sus rendimientos de los aportes realizados en Colfondos en este caso. Entonces se está afectando el principio de sostenibilidad financiera al que está sometido Colpensiones.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (*Páginas 2 y 3, archivo 02 Expediente Digitalizado*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 3 a 6, ibidem*), aspirando:

Declarativas

1. **SE DECLARE** la ineficacia del traslado del régimen pensional que el señor **ÁNGEL IVAN FORERO ROJAS** efectuó el día 28 de abril de 1995 del régimen de prima media con prestación definida administrado por la extinta **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EICE EN LIQUIDACIÓN** hoy **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES-UGPP**, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, por cuanto no hubo por parte del fondo de pensiones una decisión instruida, íntegra, consiente y necesaria para determinar los efectos que esto generaría.
2. **SE DECLARE** que, al momento de la vinculación, los agentes o promotores de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, nunca le proporcionaron una información completa y comprensible sobre las consecuencias de elección de régimen pensional al señor **ÁNGEL IVAN FORERO ROJAS** a fin de ilustrarlo en las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, en los dos regímenes pensionales existentes en nuestro país.
3. **SE DECLARE** que la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, le ocasionó perjuicios al señor **ÁNGEL IVAN FORERO ROJAS** debido al error al que fue inducido al no brindar una información clara y suficiente en lo concerniente al cambio o traslado de un régimen pensión al a otro.
4. **SE DECLARE** que mi poderdante **NO HA SIDO DESAFILIADO O DESVINCULADO DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA** con prestación definida administrado por el **ISS** hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con las consecuencias que ello genere.
5. **SE DECLARE** que la única afiliación válida al régimen de pensiones que ha tenido el señor **ÁNGEL IVAN FORERO ROJAS** ha sido la efectuada al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"**.
6. **SE DECLARE** que el señor **ÁNGEL IVAN FORERO ROJAS**, conforme a la declaración de nulidad de la vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (ante el fondo privado), trae como consecuencia su regreso automático al régimen de prima media hoy administrado por **COLPENSIONES**.

Condenatorias

1. **SE CONDENE** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, **A TRASLADAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual, como lo son aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración y demás emolumentos inherentes con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, a la cuenta de ahorro individual de la demandante **debidamente indexados**.
2. **SE CONDENE** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, al pago de los perjuicios ocasionados al señor **ÁNGEL IVAN FORERO ROJAS**.
3. **SE CONDENE** a **COLPENSIONES** que proceda a recibir por parte de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.** la totalidad de lo ahorrado por el demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, en caso de que resulte inferior al monto del aporte legal correspondiente, si hubiese permanecido en el régimen de prima media.
4. **SE CONDENE** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, **A ACTIVAR LA AFILIACIÓN DEL DEMANDANTE** al régimen de prima media con prestación definida.
5. **SE ORDENE** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** que una vez recibido todos los aportes por parte de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.** actualizar la historia laboral del señor **ÁNGEL IVAN FORERO ROJAS**.
6. En ejercicio del principio de favorabilidad al trabajador y la facultad ultra y extra petita, las demás condenas que el despacho considere necesarias en aras de hacer efectiva la protección de los derechos laborales a mi representado.
7. **SE CONDENE** a las demandadas a las Costas y Agencias en derecho.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado del demandante ANGEL IVAN FORERO ROJAS, al régimen de Ahorro Individual, se condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales y devolver el porcentaje correspondiente a rendimientos, gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales, de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Valores debidamente indexados y comisiones a cargo de sus propios recursos. Igualmente, estimó la juzgadora que, al momento de cumplirse la 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 justificué, se ordenó a COLPENSIONES admitir el traslado del afiliado ANGEL IVAN FORERO ROJAS al Régimen de Prima Media con prestación definida con ocasión de la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual y se condenó en costas a COLFONDOS. 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 2002³.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 29 de mayo de 1963 (*Página 25, Archivo 02 Expediente Digitalizado*), por lo que la edad de 62 años, los cumplirá el mismo día y mes del año 2025, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevadas ante COLPENSIONES el 15 de julio de 2022 (*páginas 33 a 38, ibidem*), esto es, dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 454,14 semanas de servicios prestados, pues se encontraba vinculado al Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-⁴ (*CETIL archivo 1.1 e historia laboral de Colpensiones*),⁵ por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen 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 El Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, era un organismo que hacía parte del “sector central de la Rama Ejecutiva del poder público de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 y era del orden nacional.

⁵ CETIL

D. VINCULACIONES LABORALES VALIDAS PARA BONO PENSIONAL O PENSION (Si falta espacio utilice hoja adicional firmada con el mismo número consecutivo)															
Diligenciar de acuerdo con lo estipulado en el Artículo 3° del Decreto 1748 de 1995, adicionado por el Artículo 3° del Decreto 1513 de 1998.															
25. PERIODOS DE VINCULACION LABORAL						26. ENTIDAD EMPLEADORA	27. Cargo / Observaciones	28. INTERRUPCIONES LABORALES NO REMUNERADAS (para cada periodo)						29. Total de días de Interrupción	
DESDE			HASTA					DESDE			HASTA				
Día	Mes	Año	Día	Mes	Año			Día	Mes	Año	Día	Mes	Año		
1	11	12	1985	30	01	1997	D.A.S.	SUB DIRECTOR SECCIONAL 119-20	x	x	x	x	x	x	0
2	25	02	1997	20	10	1997	D.A.S.	SUB DIRECTOR SECCIONAL 119-20	x	x	x	x	x	x	0
3	16	05	2000	06	04	2001	D.A.S.	DETECTIVE PROFESIONAL 207-10	x	x	x	x	x	x	0
4	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	0
5	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	0
6	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	0
7	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	0

COLPENSIONES



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES

PERIODO DE INFORME: Enero 1967 octubre/2022

ACTUALIZADO A: 26 octubre 2022

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento: Cédula de Ciudadanía

Número de Documento: 79286672

Nombre: ANGEL IVAN FORERO ROJAS

Dirección: CALLE 31 SUR 18-11

Estado Afiliación: Traslado

Fecha de Nacimiento: 29/05/1963

Fecha Afiliación: 18/07/1985

Correo Electrónico: ivanf43@hotmail.com

Ubicación:

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
1006404402	ELIS DOUER Y CIA S E	18/07/1985	01/03/1986	\$17.790	32,43	0,00	0,00	32,43
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:								32,43
[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"):								0,00

prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como lo sostiene Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior es con fundamento en la ausencia del suministro de información que 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 **28 de abril de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1º de mayo de 1995** (*Páginas 30 y 26 del archivo 10 y 02 expediente digital*) por afiliación que hiciera a COLFONDOS, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 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.

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

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

fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

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

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

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

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

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

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

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una

disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

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

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

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

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

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de

la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

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

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

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN –

PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante⁸ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que se trasladó a COLFONDOS porque llegó un asesor que era esposo de una compañera de trabajo y le dijo que tendría los mismos beneficios, como, por ejemplo, pensionarse de manera anticipada.

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

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 COLFONDOS (*Página 26 Archivo 02 expediente digital*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente

⁸ **Interrogatorio Demandante, récord 15:00, archivo 18:** “Soy Abogado desde el año 1996, soy especialista en derechos humanos, diplomados en seguridad social no ni económicos, en el año 1995yo era detective del DAS ara ese entonces llegó a las oficinas un asesor de Colfondos y era esposo de una compañera y me vendó un producto sin información porque luego de muchos años me entero que este señor no tenía mucha información ni experiencia, eso no paso de 10 minutos que firmé el formulario, yo tenía un régimen especial y él me dijo que era lo mismo por eso pensé que no había ninguna diferencias no me dio información más allá de eso, eso fue por colaborarle a la compañera, él no me dijo nada de rendimientos, solo se conocía en 1991 alguna normatividad porque además se estaba desarrollando, yo llegué a la conclusión de que el asesor no tenía capacidad porque llevaba poco en Colfondos, yo estuve como servidor hasta el 2011 en el DAS e INPEC luego empecé como independiente y deje de cotizar cuando no estaba laborando, seguí cotizando porque no tenía opción como independiente, lo que él me dijo era que podía pensionarme joven y eso no era así, con mis aportes solo alcanzaría a un salario mínimo, yo solo recibía mis extractos por correo pero no solicité nada más, no me acuerdo la fecha de los extractos, es difícil, yo los leu de manera general ya, veía los aportes y no más, solo los datos que me interesa. No recibí asesoría por parte de Colfondos, solo me dijeron cómo me podía pensionar, la proyección se elaboró en laguna oportunidad, eso fue hace más de 6 o 7 años atrás, yo fui a una oficina e hicieron la proyección, pero nada más, no recuerdo haber presentado queja por eso, no lo hice, me decían que, si me quería pensionar con un mínimo y ya, yo en el año 1995 y tenía un régimen especial y nunca me hicieron un análisis y me explicaron que perdería todo, eso no paso”.

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

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

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

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

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

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del

otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

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

...

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (28 de abril de 1995 con fecha de efectividad a partir del 1º de mayo 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.

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

En cuanto al hecho de que el demandante antes del traslado estuviese afiliado en pensiones a CAJANAL, como se puede leer del CETIL (*Archivo 1.1. del expediente digital*) baste con indicar, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende, siendo el accionante afiliado a dicha Caja de Previsión Social, continuó después de la vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley

100 de 1993), vinculado al régimen de prima media con prestación definida, destacando, incluso con posterioridad en el Decreto 2196 de 2009, mediante el cual se dispuso la liquidación de CAJANAL, se estableció de forma expresa en su artículo 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 del 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 gracia a la discusión, se recalca el aquí demandante efectuó cotizaciones al extinto Instituto de Seguros Sociales al afiliarse desde el 08 de julio de 1985.

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 COLFONDOS, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (*pág. 30 Archivo 10 expediente digital*), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia¹¹ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con

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.

cargo a sus propias utilidades¹², por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, 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.

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

Precisándose, respecto al recurso interpuesto por COLFONDOS, 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:

¹² 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).

Frente a los argumentos de apelación de COLFONDOS, relacionados con la devolución de los gastos de administración, porcentaje destinado a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos conceptos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración, rendimientos, primas y seguros previsionales. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

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

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

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

Sobre este aspecto, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *«el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas»* (Sentencia CSJ SL2877-2020).

Aunado a lo anterior, 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 afiliado.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES¹³ (Página 19, archivo 06 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.

Respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLFONDOS, 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 estas demandadas, lo atinente a derecho es que sean condenadas en costas, iterando

¹³ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 19 de mayo del 2023, archivo 11 expediente digital.

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 este aspecto.

Agotada la competencia de la Sala en virtud del recurso de apelación de Colfondos y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, conforme las motivaciones que preceden, 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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SONIA GUTIÉRREZ
BARRETO CONTRA COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A (Rad. 07 2022
00325 01)**

Bogotá D.C. veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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 de la sentencia proferida por el Juez 7 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 1º de enero de 2024 (*Audiencia virtual, archivo 21 expediente digital, récord: 1:07:10*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la señora demandante SONIA GUTIÉRREZ BARRETO, con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 29 de marzo de 1999.

SEGUNDO: SE CONDENA a PROTECCIÓN, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora SONIA GUTIÉRREZ BARRETO dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: SE CONDENA a PROTECCIÓN, a devolver a COLPENSIONES, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la trabajadora demandante desde marzo de 1999 cuando ocurrió el traslado del régimen pensional, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a PROTECCIÓN el término de treinta días, contados a partir de la notificación del auto de obediencia al Superior, debe presentar al juzgado un informe discriminando debidamente con todos los respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, el valor de los descuentos objeto

de devolución, el valor de la indexación que debe reintegrar igualmente a COLPENSIONES y toda la información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: SE CONDENA a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como su afiliada a la trabajadora demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial al instituto de seguros sociales en 1989.

QUINTO: DADAS las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, y PROTECCIÓN, en sus contestaciones.

SEXTO: LAS COSTAS son a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN. Las agencias en derecho se tasan en favor de la demandante en 2 salarios mínimos mensuales legales vigentes, al momento del pago, a cargo de cada uno de los demandados.

SÉPTIMO: ORDENESE la consulta de esta sentencia ante el Superior a favor de COLPENSIONES, como entidad garantizada por la nación y a fin el superior revise la legalidad de lo decidido”

Frente a tal decisión la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, manifestando su reproche en cuanto a que se declaró la ineficacia del traslado del régimen de la demandante fundamentada en la falta del deber de información que debían brindar las AFP al momento de la suscripción del formulario, pasando por alto que para la fecha la normativa aplicable era la ley 100 de 1993 y solo bastaba con la aceptación espontánea, libre y expresa del afiliado para trasladarse del régimen, señalando no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen pues tal exigencia desvirtúa el principio de la confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además, como lo expresaba el artículo 29 de la carta política, el ajuste de las normas pre existentes al acto que se juzga, por lo que el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite del traslado, es quien debe afrontar la carga de la prestación, esto con base a que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica en torno a que Colpensiones es un tercero en este asunto.

Pone en consideración que en este asunto el accionante ha permanecido en el RAIS por más de 24 años, por lo que la administradora colombiana de pensiones resulta lesionada con la decisión adoptada, esto en cuanto a la afectación del equilibrio de la sostenibilidad financiera del sistema, consagrado en el artículo 48

de la Constitución Política adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 del 2005, asimismo, indica se debe recordar el artículo segundo de la ley 797 del 2013, en el que se hace una prohibición expresa de que el afiliado no podrá trasladarse de regimen cuando le faltaron 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Solicita que en caso de que se llegare a confirmar la decisión, se mantenga la condena impuesta a la AFP.

Y finalmente en cuanto a la condena en costas, manifiesta que a la demandante no le asiste el derecho reclamado, aunado a que Colpensiones es un tercero en este asunto y ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal y tampoco tuvo que ver con la decisión que tomó la demandante de trasladarse de régimen pues revisando el expediente se denota que fue una decisión autónoma, libre y voluntaria, por lo que no puede cargarse impositivamente a su representada, que en nada influenció en la decisión de la demandante, solicitando se absuelva de estas. (*Audiencia virtual, archivo 21 expediente digital, récord: 1:09:36*¹)

¹ Gracias su señoría encontrándome en la etapa procesal pertinente y con el respeto que merece el despacho me permito interponer el recurso de apelación contra el fallo emitido por el juzgado séptimo laboral del circuito de Bogotá el cual sustentare a continuación honorable magistrados es de manifestar mi reproche en cuanto a que se declaró la ineficacia del traslado del régimen de la demandante, pues se fundamentó en la falta del deber de información que debían brindarlas afps al momento de la suscripción del formulario, pasando por alto que para la fecha la normativa aplicable era la ley 100 de 1993 y solo bastaba con la aceptación espontánea, libre y expresa del afiliado para trasladarse del régimen, la cual se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación. asimismo, cabe resaltar que para la fecha de la suscripción y firma del formulario no existían la ley 1748 del 2014 ni el decreto 2071 del 2015, con los cual nace la obligación de las afp de brindar una doble asesoría a sus afiliados así las cosas, en el análisis de la información suministrada por la afp el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación deben ser valoradas bajo la normativa vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado. en este asunto ley 100 de 1993, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen pues tal exigencia que desvirtúa el principio de la confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además, como lo expresaba el artículo 29 de la carta política, el ajuste de las normas pre existentes al acto que se juzga, el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite del traslado, es quien debe afrontar la carga de la prestación, esto con base a que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica en torno a qué Colpensiones es un tercero en este asunto.

Ahora bien, en cuanto a lo manifestado en que la carga de la prueba recae únicamente y exclusivamente encabeza de la afp y a trasladar lo señalado por la corte de la sentencia de referencia en primera instancia este tipo de decisiones encontramos que hasta el año 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para aprobar el conocimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y el 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación, donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad es por eso que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituyen en una situación de carácter imposible.

Finalmente, pongo en consideración de los honorables magistrados que en este asunto el accionante ha permanecido en el RAIS por más de 24 años, por lo que la administradora colombiana de pensiones resulta lesionada con la decisión adoptada. esto en cuanto a la afectación del equilibrio de la sostenibilidad financiera del sistema, consagrados en el artículo 48 de la constitución política adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 del 2005, asimismo, es de recordar el artículo segundo de la ley 797 del 2013, en el que se

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 72 Archivo 01 expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 71 y 72 ibidem), aspirando principalmente se declare ineficaz el traslado del RPM al RAIS y en consecuencia se ordene a PROTECCIÓN proceda a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y a COLPENSIONES se ordene recibirla como afiliada, llevando a cabo todas las acciones tendientes agilizar el traslado de régimen como a recibir la totalidad de los aportes de esta. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora al RAIS, ordenando a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores depositados en las cuentas de ahorro individual, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, se ordenó a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los descuentos realizados frente a los aportes pensionales desde el año 1999, fecha de su afiliación inicial, tales como los**

hace una prohibición expresa de que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaron 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, no es un artículo caprichoso y tiene su razón de ser al respecto debe entenderse que el principal propósito que tuvo el legislador de establecer esta prohibición es proteger el fondo común por medio del cual Colpensiones usa para pagar las respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplen con los requisitos estipulados en la normativa pensional y así no generar un desequilibrio patrimonial expuesto lo anterior, los recursos que recibe la administradora colombiana de pensiones por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo. esto se sustenta además con la jurisprudencia de la honorable corte constitucional en sentencias c 1024 del 2004 y que es reiterada en la C 062 del 2010. ahora bien, en caso de que se llegare pues a confirmar la decisión por parte del honorable tribunal, ruego se mantenga la condena e impuesta a la afp, en el entendido que esta debe reintegrar a Colpensiones la totalidad de la cotización el que recibió por parte de la demandante esto frente a los recursos de la cuenta individual cuentas abonadas a la afp rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros, previsionales, cuotas de administración y en general todos los aportes efectuados por la acción ante a la afp.

En cuanto a la condena en costas, es de manifestar que la demandante pues no le asiste derecho reclamado, aunado a que Colpensiones es un tercero en este asunto y ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal tampoco tuvo que ver con la decisión que tomó la demandante de trasladarse de régimen y revisando el expediente denota que fue una decisión autónoma, libre y voluntaria, por lo que no puede cargarse impositivamente a mi representada, que en nada influenció en la decisión de la demandante, por lo cual ruego a los honorarios magistrados se absuelva de estas a mi representada, conforme a lo manifestado en el artículo 48 inciso quinto de la constitución política y el artículo 365 del código general del proceso, numeral quinto con lo anterior dejo sustentado mi recursos reiterándolo a los honorables magistrados, se revoque la decisión proferida el día de hoy y en consecuencia se absuelva a mi representada, muchas gracias.

descuentos realizados por porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Igualmente, el *a quo*, ordenó, al momento de cumplirse esta orden judicial, se le concede a PROTECCIÓN el término de treinta (30) días, para presentar al juzgado un informe debidamente discriminado con todos los valores objeto de devolución, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, descuentos de los aportes que se devuelven, el valor de la indexación que se devuelve y toda la información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de la sentencia, ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial al ISS y condenó en costas a Colpensiones y Protección. **Ello tras considerar**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 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 9 de julio de 1965 (*página 2, archivo 01 expediente digital*), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado a través de la petición elevada ante COLPENSIONES 13 de julio del 2022 (págs. 26 y 27 Archivo 01 expediente digital), esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la

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”.

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 174,43 semanas cotizadas (Historia Laboral válida para bono pensional: *archivo 8 pág. 97 y Archivo 11*), 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.

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
1321	188.71	22	3.14	78	11.14	3601	514.43	22	3.14	612	87.43
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DÍAS: 1221		SEMANAS: 174.43		DÍAS: 2967		SEMANAS: 423.86					
El número de semanas se calculó con días calendario											



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 noviembre/2022
ACTUALIZADO A: 09 noviembre 2022

INFORMACIÓN DEL AFILIADO			
Tipo de Documento:	Cédula de Ciudadanía	Fecha de Nacimiento:	09/07/1965
Número de Documento:	51782375	Fecha Afiliación:	21/02/1989
Nombre:	SONIA GUTIERREZ BARRETO	Correo Electrónico:	
Dirección:	CL 17 NRO 2 23 APTO 201	Ubicación:	
Estado Afiliación:	Trasladado		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

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

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1008229118	FANNY CECILIA ERAZO	21/02/1989	31/05/1989	\$70.260	14,29	0,00	0,00	14,29
1008214120	INST COL ORTOP REHAB	06/11/1991	01/10/1992	\$136.290	47,29	0,00	0,00	47,29
29000600029	FUNDACION SAN JUAN D	23/03/1993	31/12/1993	\$183.104	40,57	0,00	0,00	40,57
29000602444	FUNDACION SAN JUAN D	01/01/1994	30/11/1994	\$177.023	47,71	0,00	0,00	47,71
1008205484	CLINICA EMMANUEL COR	29/04/1994	19/10/1994	\$178.000	24,86	0,00	24,86	0,00
1008242245	CENTRO HOSP.SN JUAN	01/12/1994	31/12/1994	\$228.508	4,43	0,00	0,00	4,43

Ahora es con fundamento en la ausencia del suministro de información que pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **29 de marzo de 1999** con fecha de efectividad a partir del **1° de mayo de 1999** (*páginas 38 y 92 archivo 8 expediente digital*), por afiliación que hiciera inicialmente a COLMENA hoy PROTECCIÓN, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136-2016, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

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

retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*³, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo 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».

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

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

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

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

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

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

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

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

suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 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 dña demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

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

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

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

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

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

“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,

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia CSJ SL1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

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

(...)

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

(...).

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

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.

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

Al punto sea del caso precisar, al absolver el interrogatorio de parte la demandante⁵ refirió que se su traslado al RAIS se efectuó porque a su trabajo llegó asesora de COLMENA quien la invitó a afiliarse a ese fondo por dos razones, la primera porque se podía pensionar mejor y segundo dado que el ISS se iba acabar.

Es por ello que, 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 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, iterándose, aunque el demandante adujo conocer aspectos como la existencia.

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 38 Archivo 8 expediente digital*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por 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

⁵ Audiencia 1º de enero del 2024, récord 10:13.

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

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró 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	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1999, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP 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 (29 de marzo de 1999, efectivo el 1° de mayo de ese 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, 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.

Aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, en relación con el principio de la relatividad jurídica, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliada.

Por otro lado, con relación al hecho de permanecer la demandante en el RAIS por mucho tiempo -24 años-, a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar a la impugnante, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar a la demandante al momento de su traslado no fue acreditada por esa AFP razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, así como la activación de su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto, como también el hecho de que la citada AFP deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, y también resulta acertado, la decisión impuesta por el a quo en cuanto a que para el momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. 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, que se adicionará el ordinal tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que PROTECCIÓN S.A. debe devolver a COLPENSIONES, además de lo ordenado por el a quo las **comisiones debidamente indexadas**, 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**».*

Y en relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado de los anteriores conceptos, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder

adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial como lo sostiene SKANDIA en su apelación, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo 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 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 alegado por COLPENSIONES en su apelación, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *«el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas»* (Sentencia CSJ SL2877-2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES – entidad a favor de quien se surte la consulta (págs. 30 y 31 Archivo 09 expediente digital)⁶ basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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, estos conceptos 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 COLPENSIONES, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas y agencias en derecho, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso.

⁶ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 26 de octubre del 2022 (Archivo 20 expediente digital).

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

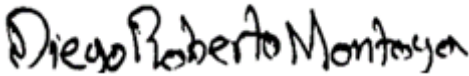
R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el fallo de primer grado en su numeral **TERCERO**, en el sentido de **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a retornar las **comisiones** debidamente **indexadas** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

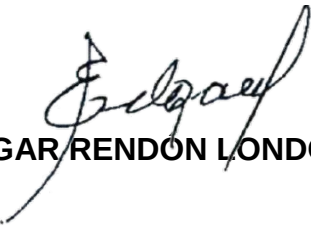
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR PEDRO SIMÓN
CAICEDO SÁNCHEZ CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP (RAD. 25 2019 00806 01).**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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 la Juez 45¹ Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 24 de agosto de 2023 (*Audio archivo 30 récord: 9:21*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra por PEDRO SIMÓN CAICEDO SÁNCHEZ.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP.

TERCERO: COSTAS a cargo del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$200.000. Líquidense por secretaría.

¹ Mediante auto del 9 de mayo del 2023 el Juzgado 25 Laboral dispuso la remisión del expediente al Juzgado 45 Laboral del Circuito en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo CSJBTA23-15 de 22 de marzo de 2023 (Archivo 22 expediente digital).

CUARTO: EN CASO de no ser apelada esta decisión consúltese, la presente por ser adversa a los intereses del demandante, ante el honorable tribunal superior de Bogotá, sala Laboral, en los términos del artículo 69 del código procesal del trabajo y de la seguridad social.”

Inconforme con la decisión la apoderada del demandante apela la decisión señalando que el señor PEDRO SIMÓN CAICEDO SÁNCHEZ reúne los requisitos de antigüedad por haber prestado servicios por más de 10 años, y haber sido despedido sin justa causa, por lo que asegura se abriría paso a la pensión restringida de jubilación reclamada, advirtiendo no hay prueba de que la finalización del vínculo se hubiera dado con justa causa, precisando el actor fue desvinculado el 30 de agosto del año 1993 con ocasión de la terminación de la empresa puertos de Colombia, y en esa medida, aduce si bien es una causa legal de terminación del vínculo laboral, no es una causa justa dando lugar al reconocimiento de las pensiones sanción, aduciendo la demandada no negó que el actor hubiera sido desvinculado sin justa causa, de modo que proceden todas sus aspiraciones que incluyen la indexación de la primera mesada pensional y los intereses moratorios. (Audio archivo Audio archivo 30 récord: 10:28²)

² Muchas gracias, señora juez comedidamente interpongo recurso apelación contra la decisión que acaba de proferirse para que la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá sirva revocarla en todas y cada una de sus partes solicitando comedidamente se acceda a las peticiones de la demanda teniendo en cuenta que el argumento principal de la negativa de los derechos del actor en la sentencia radica en el hecho de que no se demostró en el sentir del despacho la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo del actor, sobre el punto quisiera traer a colación las documentales obrantes a folios 49 y 50 donde se señala, por unos documentos adjuntados a través de derecho de petición elevado por la parte actora al ministerio de salud y protección social custodio de la hoja de vida del actor que también obran el expediente a folio 53 y siguientes dónde se solicitó en ese momento al ministerio, donde se expidiera la copia de los documentos, donde constarán las causales de terminación de la relación laboral del señor pedro simón Caicedo de la empresa puertos de Colombia, en estos documentos se evidencia los certificados de liquidación y en estos certificados de liquidación no se lee ni se revisan ni se encuentra por ningún lugar que se esté terminando el contrato de trabajo por justa causa, por otra parte el actor cumplió con su deber a la luz del artículo 68 del código general del proceso de solicitar por derecho de petición estas documentales a la entidad correspondiente, y no podía más que buscar estos documentos en el custodio de su hoja de vida que si en esta hoja de vida no existía un registro de alguna carta de terminación porque pues la respuesta del ministerio de salud es clara y reiteró obran en el expediente de que pues no existía una carta de terminación por justa causa se debe entender y teniendo en cuenta las normas que se citan en los hechos de la demanda que dan lugar a la liquidación y cierre de la empresa puertos de Colombia, pues que realmente la desvinculación del actor quedó demostrado que se obedeció a la desaparición de la vida jurídica de la empresa puerto de Colombia, que era una empresa público privada así mismo, la jurisprudencia de la corte suprema en varias sentencias de procesos idénticos entornos al presente al respecto podríamos citarla la 1658 del 2020, la 14532 del 2016, la 12371 del año 2017 y la 5341 del año 2019, han concluido que estas terminaciones de contratos de trabajo relativos a la empresa puertos de Colombia justamente se dieron con ocasión de la liquidación de la empresa y en esa medida, si bien es una causa legal, de terminación del vínculo laboral, no es una causa justa dando lugar al reconocimiento de las pensiones sanción que se solicita al respecto también quisiera reiterar los argumentos contenidos en la demanda donde se hace un breve recuento normativo de las normas que dieron fin a la vida jurídica de la empresa puertos de Colombia más aún cuando la demandada ugpp, que es también quien debería tener la custodia de los documentos de terminación o de la hoja de vida en vista de la subrogación que existió como parte de los procesos de la empresa puertos de Colombia a esta unidad de gestión pensional y parafiscal pues tampoco negó que el actor hubiera sido despedido de manera unilateral y sin justa causa, sino que simplemente mencionó que no le constaba, de manera que tampoco obran el expediente un documento o una

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 éste ordinario, las pretensiones relacionadas en la página 1 y 2 (Archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos relatados en las páginas 2 a 4 (ibídem), encaminadas a que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 con efectividad a partir del 2 de marzo del 2011, junto con la indexación de la primera mesada pensional, intereses moratorios y las costas de proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia adversa a sus aspiraciones,** por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones, tras considerar que no se acreditó la causa de terminación del vínculo del demandante para determinar si fue o no una justa causa, y en esa medida aseguró no es procedente el reconocimiento de la prestación al tenor del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 aplicable, por la fecha de desvinculación del actor de la empresa de Puertos de Colombia.

Así las cosas, asume la Sala el conocimiento de las diligencias en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, advirtiéndose el problema jurídico a resolver se contrae en establecer si el demandante tiene o no derecho al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación en los términos dispuestos por la Ley 171 de 1961.

De tal manera y para resolver el presente asunto, ha de recordarse el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 consagra una pensión para los trabajadores que **fuesen**

afirmación de la parte accionada respecto de la que el actor no hubiera sido o hubiera sido más bien desvinculado con justa causa, así las cosas queda demostrado en realidad que el actor finalmente fue desvinculado el 30 de agosto del año 1993 con ocasión de la terminación de la empresa puertos de Colombia, en el marco de una causa legal más no justa y en ese sentido, teniendo en cuenta también que se cumple el requisito de tiempo servido como bien lo concluyó el despacho procede acceder a las peticiones de la demanda de manera que solicito entonces se acceda concesión de la pensión sanciona al actor con las condenas subsiguientes que se solicitan, como son la indexación de la primera mesa pensional, los intereses moratorios teniendo en cuenta el nuevo criterio de la sala laboral de la corte suprema de justicia en la que los intereses moratorios proceden incluso para pensiones causadas bajo la egida de normas diferentes a la ley 100 de 1993 y el pago del retroactivo pensional debidamente indexado, muchas gracias, señora juez.

despedidos sin justa causa con diez o más años de servicio y menos de quince, o quienes después de quince se retiraran voluntariamente. Al respecto, la norma establece:

***ARTÍCULO 8°._** 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 la vigencia de la presente 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.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En todos los demás aspectos de la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.

Advirtiéndose la pensión consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, tuvo como una de sus finalidades sancionar al empleador que impedía al trabajador, mediante la cancelación injustificada de su contrato, completar el tiempo de servicios para acceder a la pensión plena de jubilación, motivo por el cual no procedía cuando aquél había laborado el tiempo necesario para adquirir ese derecho.

Ahora, bien y en punto a la discusión puesta consideración de esta Corporación se tiene conforme la documental aportada por ambas partes, el actor laboró al servicio de la EMPRESA DE PUERTOS DE COLOMBIA hoy liquidada desempeñando como último cargo el de INGENIERO MÉCANICO del 9 de agosto de 1978 al 26 de septiembre de 1989 y del 25 de junio de 1991 al 30 de agosto de 1993, esto es, por espacio de 4794 días equivalentes a **13 años, 3 meses y 18 días**

(Ver certificado pagina 55 archivo 04 expediente digital)³, por lo que su caso se enmarca en la hipótesis del inciso primero del artículo precedentemente citado esto es:

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 la vigencia de la presente 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.

Conforme a lo anterior, le incumbía al accionante acreditar dentro del presente litigio que en efecto como se afirma en su apelación el motivo de su desvinculación lo fue sin justa causa o en su defecto por la terminación de contrato de trabajo por supresión del cargo, ante la liquidación de su empresa empleadora, lo cual como bien lo adujo la Juez de primer grado no se encuentra acreditado dentro del plenario, sin que sea viable así presumirlo por el hecho de que en efecto la EMPRESA DE PUERTOS DE COLOMBIA se extinguió como se sugiere en la alzada.

Nótese fue con la Ley 1° del 10 de enero de 1991 que se ordenó la liquidación de la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA señalando lo siguiente:

***Artículo 33. Liquidación.** Líquidese la Empresa Puertos de Colombia, Colpuertos. Su Gerente, o la persona que designe el Presidente de la República, en coordinación con su Junta Directiva, actuará como Liquidador. La liquidación tendrá una duración máxima de tres años, contados a partir de la publicación de la presente Ley. Todos los activos que no se vendan o que no se aporten a una sociedad portuaria, pasarán a ser de propiedad de la Nación por obra de esta Ley. Si en el proceso de liquidación se encuentra que alguno de los bienes que ha venido poseyendo la Empresa Puertos de Colombia en forma quieta y pacífica durante por lo menos un año carece de título, o que éste no ha sido registrado debiéndolo haber sido, se dictará un acto administrativo.*

***Artículo 36. Protección del empleo.** Durante el proceso de liquidación de la empresa Puertos de Colombia se creará una Comisión de Promoción de Empleo que hará acuerdos con el Servicio Nacional de Aprendizaje y la Corporación*

3

D. VINCULACIONES LABORALES VALIDAS (Si falta espacio utilice hoja adicional firmada con el mismo número consecutivo)
Diligenciar de acuerdo con lo estipulado en el Artículo 3° del Decreto 1748 de 1995, adicionado por el Artículo 3° del Decreto 1513 de 1998.

25. PERIODOS DE VINCULACION LABORAL			26. ENTIDAD EMPLEADORA	27. CARGO (ULTIMO)	28. INTERRUPCIONES LABORALES NO REMUNERADAS (para cada periodo)		29. Total de días de Interrupción
DESDE		HASTA			DESDE	HASTA	
DIA	MES	AÑO			DIA	MES	AÑO
1	9-ago-1978	26-sep-1989	EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA - LIQUIDADA	INGENIERO MECANICO I			0
							0
							0
2	25-jun-1991	30-ago-1993		INGENIERO DE OPERACIONES			0
							
GRAN TOTAL DIAS INTERRUPCION							0

E. APORTES PARA PENSIONES correspondientes a las vinculaciones detalladas en el punto anterior.

Financiera Popular para capacitar a los trabajadores cesantes en oficios alternativos, para asesorarlos en la búsqueda de empleo y para facilitarles la asesoría y los recursos financieros para que ellos puedan formar, si lo desean, sociedades o empresas de operadores portuarios.

El liquidador de Puertos de Colombia, siguiendo las pautas que cree la Comisión de Promoción de Empleo, indemnizará a los trabajadores oficiales cuyos cargos se suprima, de conformidad con las normas vigentes; pero podrá ofrecer a aquéllos cuya colaboración sea especialmente útil, la opción de vincularse a un cargo específico, en las condiciones laborales propias de éste.

En la misma dirección el Decreto 32 del 3 de enero de 1992 “*por el cual se dictan normas sobre el régimen labor de la Empresa Puertos De Colombia, en liquidación*” señaló:

Artículo 1º La Junta Directiva de la Empresa Puertos de Colombia suprimirá los cargos vacantes y los desempeñados por servidores públicos de acuerdo con el programa de supresión de empleos que apruebe la misma Junta Directiva, siguiendo las pautas que establezca la Comisión de Empleo de que trata el artículo 36 de la Ley 1ª de 1991, dentro del proceso de la liquidación.

De esta manera y si bien en efecto la empresa empleadora del actor, como ya se dijo fue liquidada, ello no es sinónimo de que el vínculo contractual que sostenían las partes hubiera finalizado por ese modo legal de terminación como se alega en la alzada, máxime que como se vio los cargos del personal que allí laboraba se fueron suprimiendo gradualmente conforme a un programa de supresión de empleos, sin embargo, nada de ello fue aportado al plenario y en esa medida se reitera desconoce la Sala cual fue el motivo de la terminación de la relación contractual del demandante.

Por ende para esta Sala de decisión no se acreditan los requisitos establecidos en la Ley 171 de 1961 para el reconocimiento pensional aquí solicitado, precisándose las documentales que obran en las páginas 60 y 61 del Archivo 04 del expediente digital en donde se efectúa la liquidación de prestaciones sociales del actor nada indican sobre el motivo de la desvinculación del accionante sin que puedan efectuarse suposiciones o elucubraciones al respecto, advirtiéndose las mismas consideraciones fueron señaladas por la UGPP por ejemplo en el acto administrativo Rad. No. SOP201601035564 (Archivo 21 pág. 39) donde se dijo:

Dicho lo anterior, en cuanto a la carga probatoria, le compete al peticionario demostrar conforme a la ley lo que se está solicitando y dado el señor PEDRO SIMON CAICEDO SANCHEZ no aportó los documentos antes señalados se niega la solicitud de pensión de jubilación solicitada.

Adicionalmente vale aclarar que el peticionario junto con sus certificados de tiempos de servicios y factores de salario dentro de dichos documentos debe especificarse de manera clara el terminal marítimo con el cual se encontraba vinculado a la empresa Puertos de Colombia, y la causal de retiro de la extinta portuaria.

Así las cosas y sin lugar a más consideraciones, agotada como se encuentra esta instancia por el estudio de los motivos objeto de apelación, habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por la *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

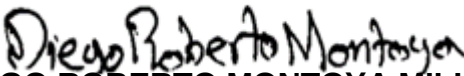
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

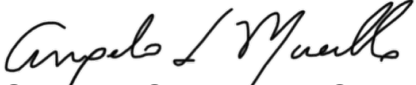
RESUELVE

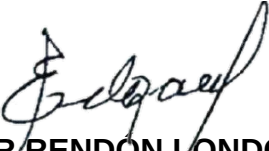
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 45 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

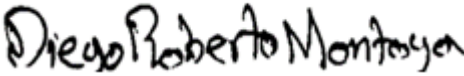
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$1.300.000, 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 MARLENI ESPERANZA PÉREZ SOLER LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. (RAD. 26 2022 00071 01).

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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 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 presentado por la demandante contra la sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 26 de octubre de 2023 (*Exp. Digital: audio archivo 34 Grabación Audiencia, récord: 14:05*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, SKANDIA S.A, PROTECCION S.A** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante señora **MARLENI ESPERANZA PÉREZ SOLER**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la demandante **MARLENI ESPERANZA PÉREZ SOLER** fijándose como agencias en Derecho la suma de **UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL PESOS (\$1'200.000)**.

TERCERO: En caso de que la presente Sentencia no sea apelada por ninguna de las partes, remítanse las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta allí el grado Jurisdiccional de **CONSULTA**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”.

Inconforme con la decisión absolutoria el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación¹, manifestando, si bien es cierto la actora dio clara muestra de conocer algunos detalles sobre su vinculación al Régimen de Prima Media, no es cierto que conociera en debida forma los alcances del régimen de ahorro individual y mucho menos las consecuencias que ello acarrearía en su futuro pensional. Resaltó, tan pronto la demandante comenzó a tener inquietudes, ella solicitó ante la entidad vinculada al Régimen de Ahorro Individual que le informaran el cálculo actuarial sobre su mesada pensional, situación que nunca le fue comunicada ni aclarada, por lo tanto, la actora nunca tuvo la precisión ni la real convicción de que esa era su mejor decisión.

Añadió, dicho extremo concebía que el Seguro Social y Colpensiones, eran entidades que estaban tendientes a desaparecer de su vida para efectos de

¹ **Recurso de Apelación Demandante, récord 14:40, archivo 34:** *“Con todo respeto, su Señoría, no estoy de acuerdo con la decisión que hoy se tomó en este proceso y por lo tanto presento en debida forma recurso de apelación a la decisión que tomó con respecto a las pretensiones de la presente demanda. Si me permite puedo sustentar en debida forma mi inconformidad con la decisión tomada. Su Señoría, si bien es cierto mi mandante, en su testimonio, dio claras muestras de conocer algunos detalles sobre su vinculación al Régimen de Prima Media, no es cierto que conociera en debida forma que los alcances de su decisión al estar vinculada a un régimen de ahorro individual le acarrearían en un futuro pensional consecuencias. Tan pronto, mi mandante comienza a tener sus inquietudes, ella solicita ante la entidad vinculada como Régimen de Prima Individual que le informaran con un cálculo actuarial sobre la necesidad de cuál sería su mesada pensional.*

Situación que nunca le fue comunicada, ni nunca le fue aclarada, por lo tanto, mi mandante nunca tuvo la precisión ni tuvo la real convicción de que ese era su mejor decisión. Siempre tuvo claro que el Seguro Social y Colpensiones, las entidades que estaban tendientes a desaparecer de su vida para efectos de garantizar su régimen pensional, por lo tanto, considero que ha habido una indebida valoración del testimonio de mi mandante. Mi mandante, a pesar de ser una mujer profesional en su área contable no es una mujer que tenga toda la capacidad legal y jurídica para entender los alcances de los Régimen de Prima Media y el Régimen de Prima Individual.

Por lo tanto, cuando mi mandante comienza a entender la situación a la cual se veía abocada y a ver que su futuro inmediato de su condición pensional, no iba a estar acorde a la realidad de su vida laboral durante el cual se ha mantenido, solicitó el traslado, si bien es cierto en algún momento, en algún formulario aparece una asesoría pre impresa donde se le manifiesta que ya no puede trasladarse al régimen de Prima Media, lo cierto es que tampoco conocía los alcances de esta decisión consistente en que la norma sustancial prohibía que antes de los 10 años podía trasladarse, por eso recurrió a instancias, por tanto, su Señoría, considero que ha habido una indebida valoración del testimonio de mi mandante, ha habido una indebida valoración de los documentos y las pruebas aportadas en este proceso y por lo tanto, considero que se debe llevar esta apelación hacia el superior inmediato para que en segunda instancia, se determine realmente la ineficacia y las pretensiones a las cuales nos abocamos en este proceso.

Su Señoría, en el término de ejecutoria ampliaré este recurso de apelación, si me lo permite para tener la certeza de que el superior inmediato y jerárquico, va a tomar una decisión acorde a la que realmente se busca con este proceso, que es la que mi mandante pueda regresar a régimen de prima media para obtener los beneficios pensionales a las cuales tiene derecho”.

garantizar su régimen pensional, por lo tanto, ha habido una indebida valoración de la declaración dada por la accionante, quien, a pesar de ser una mujer profesional en su área contable no es una mujer que tenga la capacidad legal y jurídica para entender los alcances de los Regímenes de Prima Media y Ahorro individual.

Discurrió, cuando la actora comenzó a entender la situación a la cual se veía abocada y a ver que su condición pensional no iba a estar acorde a la realidad de su vida laboral, solicitó el traslado, el cual, si bien es cierto en algún momento, en algún formulario se relaciona una asesoría donde se le manifiesta que ya no podía trasladarse al régimen de Prima Media, lo cierto es que tampoco conocía los alcances de esta decisión consistente en que la norma sustancial prohibía que faltándole 10 años o menos ya no podía trasladarse de régimen, existiendo con ello una indebida valoración de la declaración, los documentos y las pruebas aportadas en este proceso.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 2 a 3, del archivo 04 expediente digital*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 3 a 4, ibidem*), aspirando:

PRIMERO: DECLARE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL realizada de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES hoy, RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL – SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS SA NIT 800148514-2 representada legalmente por JUAN SEBASTIAN RESTREPO SERNA; COLFONDOS SA. ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS identificada con NIT 800.227. 940-6 y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE

FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION SA NIT 800. 138.188-1
Regímenes de ahorro individual RAIS

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales, mi poderdante se encuentra válidamente afiliado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual, a trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual, junto con todos los rendimientos causados, bonos pensionales, y sumas adicionales con sus respectivos intereses a COLPENSIONES.

CUARTO: CONDENAR a las demandadas en ejercicio de las facultades *ultra y extra petita*, a los derechos que se encuentren causados en el trámite del proceso.

QUINTO: CONDENAR a las demandas al pago de COSTAS y AGENCIAS EN DERECHO.

Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones, por cuanto se absolvió a las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, SKANDIA S.A. y PROTECCION S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante señora MARLENI ESPERANZA PÉREZ SOLER y se condenó en costas. **Lo anterior tras considerar la a quo**, la demandante al absolver interrogatorio manifestó que si hubo una asesoría clara y transparente respecto a las características propias del régimen de ahorro individual ya que si bien es cierto no declaró de manera precisa, sí relató que entendía cómo era el régimen al revisar los extractos enviados por Colfondos S.A., entendiendo como operaba el régimen de ahorro individual, conociendo que daban rendimientos, así como solicitó la elaboración del cálculo actuarial para conocer el monto de la mesada pensional.

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

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

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 julio de 1969 (Páginas 156 y 157, Archivo 04 expediente digital), por lo que la edad de 57 años, los cumplirá el mismo día y mes del año 2026, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante SKANDIA S.A. y COLPENSIONES el 24 de noviembre de 2021 (pág. 118 a 121 y 135 a 138 del archivo 04), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, había cotizado un total de **155,99** semanas (Historia Laboral, archivo 09.1, 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.³

Ver Imagen:



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES

septiembre/2022

29 septiembre 2022

PERIODO DE INFORME: Enero 1967

ACTUALIZADO A:

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento: Cédula de Ciudadanía

Número de Documento: 46665182

Nombre: MARLENI ESPERANZA PEREZ SOLER

Dirección:

Estado Afiliación: Traslado

Fecha de Nacimiento: 29/07/1969

Fecha Afiliación: 02/05/1990

Correo Electrónico:

Ubicación:

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
1004008308	ING. ESTRUCTURAL COL.	02/05/1990	30/04/1991	\$54.630	52,00	0,00	0,00	52,00
1006143320	G Y J FERRETERIAS Y	26/07/1991	08/03/1992	\$89.070	32,43	0,00	0,00	32,43
1006200688	ASCREDI BANCO	08/05/1992	13/10/1992	\$150.270	22,71	0,00	0,00	22,71
1008232988	INFOMASTER COLOMBIA	22/04/1993	10/08/1994	\$244.120	68,00	0,00	0,00	68,00

[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:

175,14

[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO (INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 * "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"): 0,00

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 Al 1º de abril de 1994 la demandante se encontraba vinculada a la CLINICA SANTA RITA DE CASCIA LTDA, sociedad limitada en liquidación, matriculada el 4 de junio de 1992 en la Cámara de Comercio de Villavicencio de carácter privado e identificada con NIT. 800174566-5 dedicándose principalmente a actividades de hospitales y clínicas, con internación.

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 **08 de agosto de 1994** con fecha de efectividad a partir del **1º de septiembre de 1994** (*Página 53 Archivo 10 expediente digital*) por afiliación que hiciera a COLFONDOS S.A., **precisándose**, aun cuando no obra el formulario de afiliación a esta AFP se debe indicar, para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito no constituye un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente. Lo anterior impone entonces a la AFP COLFONDOS, acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la

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

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

(…)

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

(…).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado 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

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.

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, esto, contrario a lo considerado por la juez *a quo*, ya que en este asunto, nótese, ni siquiera se aportó el formulario inicial así como Colfondos no acreditó que la demandante conoció las consecuencias del traslado, pues si bien a la parte actora le asiste un deber de colaboración lo cierto es que en esta litis la carga probatoria le asiste a la AFP que realizó el traslado de régimen, tal como se mencionó en líneas anteriores.

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 el asesor de COLFONDOS llegó al lugar de su trabajo y le indicó que el ISS prontamente iba a ser liquidado y la opción que tenían era pasarse a un fondo privado, que se iban a perder los aportes que allí tenía, que era más benéfico, y por ello tomó la decisión de firmar el formulario, pero no le dieron más información, precisándose, si bien

⁶ **Interrogatorio Demandante, récord 0:11:18. archivo 25:** *“En agosto de 1994 hice el proceso, estaba en la oficina que hoy es Movistar, llegaron unos asesores de Colfondos hicieron la presentación diciendo que nos teníamos que pasar a Colfondos porque correríamos el riesgo de perder los aportes, por eso acepté la vinculación, esa asesoría se hizo de manera grupal, se hizo un comunicado argumentando que se había acabado el Seguro Social, la empresa les dio un espacio a los asesores, dijeron quién era Colfondos, cómo operaban y qué hacían, básicamente se argumentó que el riesgo era alto y que perderíamos los aportes, escogí ese fondo porque fue el primer fondo que hizo la presentación, de hecho no asistió otro fondo en su momento, solo fue la AFP COLFONDOS, realicé preguntas como qué pasa si no me traslado y me dijeron que se perdería todo, pregunté qué tocaba hacer para el traslado y ya, pero no fue nada más, si leí el formulario, más adelante solicité un cálculo actuarial y nunca lo hicieron, solicité me informaran cómo se iba a liquidar mi pensión pero no contestaron nada, eso fue como unos 4 años, yo estuve en Colfondos desde 1994 a 2010, eso fue en la oficina de Cafam Floresta, no regresé al Seguro Social porque siempre había temor de que se acabara en su momento, si recibí extractos, los leía, me dijeron que podía acceder a una pensión anticipada, pero no me preocupé por eso, no pensé en llegar al momento de la pensión, hablaron de rendimientos, los fondos decían y hablaban eso, no me dijeron cómo se conformaría mis rendimientos, por eso solicité el cálculo pero no dijeron nada, ellos dijeron que se podía, eso no lo dijeron el día del traslado, eso fue después, desde la mitad de mi vida laboral he tenido buenos aportes y por eso Colpensiones tiene un porcentaje más alto, mis ingresos en mis primeros trabajos era 1 smmlv pero después he tenido un salario mucho mejor, al momento del traslado era como \$700.000 más o menos, si me traslado creo que los dineros se pasan al fondo, en 1994 solo sabía que tenía que aportar apensiones con privado pero nada más, lo que sabía es que iba aportando y cumplía un monto y yo podía pensionarme de manera anticipada pero no estaba en mis planes, me trasladé a Protección porque llegó un asesor y dijo que los intereses se sumarian a mi capital pero eso no sucedió, si me iba a dar más dinero no iba a desaprovechar, solo me vendió el tema y me dijeron que era más alto, cuando me trasladé a Protección ya tenía 47 años, no me dijeron que no podía trasladarme a Colpensiones, solo me habló de rentabilidad, el formulario diligenciaba mis datos personales, era normal y solo pedían información, pedí los extractos de la cuenta, miraba cómo se incrementaba pero no los miraba porque decía que igual no podía hacer uso de ese dinero, a Skandia me trasladé porque en realidad este fondo demostraba solidez, algunos fondos decían que no les estaban yendo tan bien, indicó el asesor que me iba a ir bien porque tenían buenos manejos, había un respaldo sólido, solo hago aportes legales, me indicaron que se podía hacer aportes voluntarios, yo le dije que retomaría el tema en otro momento porque en dicha época o podía por el estudio de mí hijo, al momento del traslado dijeron que se trabajarían los dineros para no perder, básicamente fue que no se perdería el dinero pero si en el ISS, no informaron las modalidades, creo que es anticipada o si no cumplía las semanas, fue algo así, no hice muchas preguntas al respecto.”.*

habló de rendimientos y de pensión anticipada, le correspondía a COLFONDOS demostrar en este asunto que al momento del traslado, esto es, .08 de agosto de 1994 la actora sí conoció todas las implicaciones que acarrearían su decisión y ello no aconteció. Se insiste, 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 la AFP COLFONDOS S.A., haya cumplido con su obligación de buen consejo.

En este orden, apartándose la Sala de la decisión emitida en primer grado, se puede constatar que ninguna prueba existe sobre 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 conoce la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatiza en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomara en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

Aunado a ello 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 COLFONDOS, 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. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características.

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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 **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, sin que sea reprochable a la actora el hecho de verificar los extractos o solicitar el cálculo actuarial.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (**08 de agosto de 1994 efectivo el 1º de septiembre 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.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., ésta última como actual administradora del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se revocará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

Asimismo, se deberán retornar los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁷, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁸, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, pues al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos, comisiones y deducciones quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si los mismos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las demás sumadas indicadas. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

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

[...]

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

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

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

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

«Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...).

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

«(...)

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

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

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

Así lo 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 PROTECCIÓN S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor». (Negrillas y subrayas fuera de texto)

En lo que 05 a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁹, (Página 11 «09ContestacionDeDemandaColpensiones.pdf»), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el recurso de apelación interpuesto por la demandante, se revocará la decisión de primer grado para en su lugar declarar la Ineficacia del traslado de régimen pensional de la accionante, ordenando a las demandadas COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., efectuar el traslado del saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro de la demandante, para que Colpensiones reciba dichas sumas y la tenga como afiliada.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de las demandadas COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.

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

RESUELVE

REVOCAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar se dispone:

⁹Se tuvo por contestada mediante auto de 17 de enero de 2023 (archivo 13 del expediente digital).

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional efectuado por MARLENI ESPERANZA PEREZ SOLER el 08 de agosto de 1994 (con fecha de efectividad 1° de septiembre de 1994) al Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia para todos los efectos se tendrá que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: CONDENAR a las demandadas **COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente **indexados** con cargo a sus propias utilidades, conforme lo considerado.

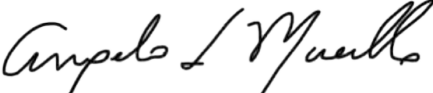
CUARTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a recibir los saldos trasladados de la **AFP COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.**, a favor de la accionante, teniéndola válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: 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.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de las demandadas COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARTHA LILIANA CASTILLO CORREDOR CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A. (RAD. 30 2020 00359 01).

Bogotá D.C. veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez 30 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 13 de diciembre del 2023 (*Audiencia virtual, archivo 23 expediente digital, récord: 1:36:47*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora **Martha Liliana Castillo Corredor**, identificada con cédula de ciudadanía No.20.714.581, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a partir del 1º de abril de 1995, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a **Martha Liliana Castillo Corredor** al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, sin solución de continuidad, conforme a la argumentación expuesta.

TERCERO: CONDENAR a la administradora **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a devolver todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de **Martha Liliana Castillo Corredor**, junto a sus rendimientos y los costos

cobrados por concepto de administración incluyendo los valores destinados a la adquisición de seguros previsionales y aquellos destinados a financiar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por el lapso en que permaneció en dicha administradora esto es desde el **1° de diciembre del 2001** y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

CUARTO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a devolver a COLPENSIONES todos los costos cobrados por concepto de administración incluyendo el valor de los seguros previsionales y las sumas descontadas para la constitución del Fondo de Garantía a la Pensión Mínima, por el lapso en que la demandante permaneció en dicha administradora, esto es, a partir del **1° de abril de 1995** y hasta el **30 de noviembre del 2001**, dichas sumas deberán ser cubiertas con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

QUINTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de **Martha Liliana Castillo Corredor**, reactive su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM y, actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan tal Régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, por secretaría líquidense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de Tres Millones Seiscientos Mil Pesos (\$3'600.000) a favor de la demandante. Sin condena en costas ni a favor ni en contra de **COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTIAS** ni de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**.

OCTAVO: CONCEDER el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de **COLPENSIONES**. Remitir las presentes diligencias a la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá para lo de su cargo.”.

Inconforme con la decisión la demandada COLFONDOS interpuso recurso de apelación, manifestando¹, cuando se hizo el traslado de la demandante, no existía

¹ **Recurso de Apelación Parte Demandada COLFONDOS S.A., récord 1:40:46, link archivo 23:** “Su señoría, muchas gracias. Se da esta oportunidad para poder interponer el recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia, emitida por su juzgado. Teniendo en cuenta que Colfondos, dado que, para la fecha, cuando se hizo el traslado de la demandante, no existía obligación diferente para las administradoras de los fondos de pensiones de brindar información completa, veraz y eficaz, como realmente sucedió en este caso. Además de atender las inquietudes que los potenciales afiliados pudiesen tener al respecto del RAIS. Pero no es obligación realizar el estudio escrito ni conservar ningún tipo de evidencia documental, salvo el formulario de la afiliación, mediante el cual el afiliado expresaba su voluntad de dicho traslado, por lo que no puede exigir salvo a lo que no se está obligado a hacer. Igualmente, es importante tener en cuenta que la accionante ha permanecido afiliada en el RAIS, producto de un traslado de régimen por más de 20 años.

Posteriormente, se trasladó igualmente de Protección a Colfondos, dado e indicando para ello que conocía y aceptaba los beneficios y las normas que existían en este régimen. Igual así, decidió permanecer en ellos. No es posible acceder igualmente a las pretensiones de la demanda, sabiendo que existe una aceptación tácita de la afiliación por parte de la actora, mi representada, producto de un traslado de AFP, donde actualmente se encuentra afiliada presentando cuenta activa, lo cual es un claro reflejo de que el permanecer en el RAIS, lo que se tiene como una señal nítida de la voluntad y al hacer las cotizaciones, pagos de aporte, solicitud de proyección personal de actualización de la historia laboral, está confirmando su deseo y compromiso de permanecer en un régimen pensional. Posteriormente, a lo antes expuesto, reitero que queda comprobado

obligación diferente para las administradoras de los fondos de pensiones de brindar información completa, veraz y eficaz, como realmente sucedió en este caso, además de atender las inquietudes que los potenciales afiliados pudiesen tener respecto del RAIS. Añadió, no es obligación realizar el estudio escrito ni conservar ningún tipo de evidencia documental, salvo el formulario de la afiliación, mediante el cual el afiliado expresaba su voluntad de dicho traslado, por lo que no puede exigirse dicha carga.

Resaltó, es importante tener en cuenta que la accionante ha permanecido afiliada en el RAIS, producto de un traslado de régimen por más de 20 años, pues se trasladó de Protección a Colfondos, indicando con ello que conocía y aceptaba los beneficios y las normas que existían en este régimen. Igualmente, decidió permanecer en los fondos privados.

Agregó, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, sabiendo que existe una aceptación tácita de la afiliación por parte de la actora, producto de un traslado de AFP, donde actualmente se encuentra afiliada presentando cuenta activa, teniendo una clara intención de permanecer al hacer las cotizaciones y solicitar la proyección personal de actualización de la historia laboral, con esto, está confirmando su deseo y compromiso de permanecer en un régimen pensional. Insistió, quedó comprobado que no se cuenta con presupuestos fácticos y jurídicos para declarar la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual respecto a Colfondos, toda vez que la misma se realizó conforme a la ley vigente aplicable al caso y con los documentos aportados.

Completó, la parte actora no cumple con el requisito de ley para regresar a Colpensiones, dado que no cuenta con la edad para ello.

Por su parte, la demandada COLPENSIONES² señaló, se da íntegra aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que habla sobre el principio de inescindibilidad,

que no se cuenta con presupuestos fácticos y jurídicos para declarar la nulidad de afiliación al Régimen de Ahorro Individual, respecto a Colfondos, toda vez que la misma se realizó conforme a la ley vigente aplicable al caso y con los documentos aportados. Anudado a ello, la parte actora, no cumple el requisito de ley para poder hacer este regreso a Colpensiones, dado que no cuenta con la edad para ello. Por lo que, solicito respetuosamente, se absuelva a mi representada de todos los cargos y condenas que haya lugar, dado que la misma ha actuado siempre de buena fe. Muchas gracias”.

² **Recurso de Apelación Parte Demandada COLPENSIONES, récord 1:43:26, link archivo 23:** “Gracias señor Juez, y muy respetuosamente interpongo recurso de apelación frente a la sentencia emitida el día de hoy, efecto de que los Honorables Magistrados de la sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, se sirvan a revocar en su totalidad la sentencia y en su lugar se absuelva a mi representada de cada uno de los cargos impuestos teniendo en cuenta los siguientes argumentos. Lo primero es señalar que se da íntegra aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993 dando atención al principio de inescindibilidad, pues son las autoridades administrativas las señaladas y competentes, caso tal en que Colpensiones no

aun cuando son las autoridades administrativas las señaladas y competentes, caso tal en que Colpensiones no resultaría afectada de dicha declaratoria de ineficacia.

Como segundo aspecto, esgrimió, con esta declaratoria de ineficacia injustificada se contribuye con la descapitalización del sistema pensional que pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, aun cuando debe tenerse en cuenta la sentencia C - 24 del 2004, C - 062 del 2010 y la C - 130 del 2013 donde la Corte regula la materia del traslado e ineficacia y señala que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados al sistema, dado que el Régimen de Prima Medida con prestación Definida se descapitalizaría. A su vez, la sentencia T - 489 del 2010, señala que no se puede permitir la descapitalización del fondo, si personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento, cuando ya les falta menos de 10 años, estando en su edad pensional y entran a beneficiarse de un ahorro comunitario cuyo pago desfinanciaría el sistema. En su sentir, desde la perspectiva social se contraría el valor de justicia material al permitir que personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos

resultaría afectada de dicha declaratoria de ineficacia. Como segundo aspecto, debo señalar que con esta declaratoria de ineficacia injustificada se contribuye con la descapitalización del sistema pensional que pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Téngase en cuenta la sentencia C24 del 2004, la C062 del 2010 y la C130 del 2013 donde la Corte regula la materia del traslado e ineficacia del traslado, en la cual señala que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados al sistema, dado que el Régimen de Prima Medida con prestación definida se descapitalizaría. A su vez, la sentencia T489 del 2010, donde señala que no se puede permitir la descapitalización del fondo, si personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento, cuando ya les falta menos de 10 años, estando en su edad pensional, entren a beneficiarse de un ahorro comunitario cuyo pago desfinanciaría el sistema. Y esto, desde la perspectiva social, se contraría el valor de justicia material al permitir que personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos entren a beneficiarse y a subsidiarse, a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas.

En gracia de discusión, Honorables Magistrados, de no acogerse a los argumentos expuestos por mi representada y, en consecuencia, la sala confirme la providencia objeto de alzada y sin que de ninguna manera sean reconocidas las pretensiones. Solicito que se ratifique o se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas sobrantes de la Cuenta de Ahorro Individual de la demandante por la AFP, como lo son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos de administración y los que la demanda hubiera lugar. Estos clara y debidamente indexados por el periodo en que permaneció la afiliada a cada uno de los fondos privados, como quiera que mi representante no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP reitere los recursos, actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos.

Asimismo, solicito, Honorables Magistrados, que se ordene a la AFP no realizar descuentos por concepto de seguros previsionales, tales como invalidez y sobrevivencia, toda vez que dichos gastos, o el asumir dichos gastos, contribuiría con la descapitalización del sistema pensional. En igual sentido, solicito, Honorables Magistrados, no se condene en costas a mi representada en ninguna de las dos instancias, toda vez que no participó en el acto, que se presupone ineficaz y es un tercero de buena fe, que al que se le causa daño injustificado por un contrato entre dos partes ajenas a Colpensiones. Dejo aquí su sentado mi recurso de apelación. Muchas gracias”.

entren a beneficiarse y a subsidiarse, a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas.

En gracia a la discusión solicitó, se ratifique o se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas sobrantes de la cuenta de ahorro individual de la demandante por la AFP, como lo son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos de administración y demás conceptos pertinentes debidamente indexados por el periodo en que permaneció la afiliada a cada uno de los fondos privados, como quiera que la entidad no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP reitere los recursos y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos.

Pidió, se ordene a la AFP no realizar descuentos por concepto de seguros previsionales, tales como invalidez y sobrevivencia, toda vez que, al asumir dichos gastos, contribuiría con la descapitalización del sistema pensional.

Finalmente, suplicó no se condene en costas a la entidad en ninguna de las dos instancias, toda vez que no participó en el acto que se presupone ineficaz y es un tercero de buena fe, al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre dos partes ajenas a Colpensiones.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Páginas 4 y 5, archivo 02 expediente digital*), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Páginas 2 a 4, ibidem*), aspirando se declare la ineficacia del traslado que la señora MARTHA LILIANA CASTILLO CORREDOR, efectuó del régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual, materializado por medio de formulario de afiliación inicialmente ante PROTECCIÓN S.A, el día 7 de marzo del año 1995, y posteriormente por el traslado horizontal ante la AFP COLFONDOS

S.A, el día 29 de octubre del año 2001, se declare la libertad de la actora de afiliarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al declararse la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCION S.A y COLFONDOS y S.A. Consecuente con ello, pidió se condene a Colpensiones recibir a la demandante como afiliado cotizante, a PROTECCION S.A. a liberar de sus bases de datos a la demandante y devolver todos los recursos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de las cotizaciones a COLPENSIONES junto con el pago de costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora, condenando a COLFONDOS S.A. a devolver todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración incluyendo los valores destinados a la adquisición de seguros previsionales y aquellos destinados a financiar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por el lapso en que permaneció en dicha administradora la actora, esto es, desde el 1° de diciembre del 2001 y hasta que se haga efectivo el traslado, debidamente indexados. Igualmente, se condenó a PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los costos cobrados por concepto de administración incluyendo el valor de los seguros previsionales y las sumas descontadas para la constitución del Fondo de Garantía a la Pensión Mínima, por el lapso en que la demandante permaneció en dicha administradora, esto es, a partir del 1° de abril de 1995 y hasta el 30 de noviembre del 2001, debidamente indexados. Se ordenó a –COLPENSIONES- a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de Martha Liliana Castillo Corredor, reactive su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM y, actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan tal régimen, y se condenó en costas. **Lo anterior tras considerar el a quo**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, no se logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía a la AFP con la demandante al momento del traslado.

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

la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 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 17 de diciembre de 1965 (*Página 29, Archivo 02 expediente digitalizado*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PROTECCIÓN, COLFONDOS y COLPENSIONES el 27 de febrero del 2020 (*Páginas 30 a 47, archivo 02*), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 190⁴ semanas cotizadas al sistema (*Pagina 708, archivo 10 expediente digital Historia Laboral Colpensiones*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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

4



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES

PERIODO DE INFORME: Enero 1967 marzo/2022

ACTUALIZADO A: 14 marzo 2022

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento: Cédula de Ciudadanía

Número de Documento: 20714581

Nombre: MARTHA LILIANA CASTILLO CORREDOR

Dirección: CL 90 17 58

Estado Afiliación: Asignado al RAI por Decreto 3995/2008

Fecha de Nacimiento: 17/12/1965

Fecha Afiliación: 25/01/1995

Correo Electrónico:

Ubicación:

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
1008203023	LAB BIO CLINICO GOME	26/02/1988	09/09/1988	\$25.530	28,14	0,00	0,00	28,14
1006126526	LEXCO S.A	27/02/1991	18/04/1994	\$372.030	163,86	0,00	0,00	163,86
18016102525	DOTAMOS LTDA.	22/08/1994	01/10/1994	\$98.700	5,86	0,00	0,00	5,86
800227487	CELLSTAR DE COLOMBIA	01/02/1995	28/02/1995	\$180.000	2,57	0,00	0,00	2,57
800227487	CELLSTAR DE COLOMBIA	01/03/1995	31/03/1995	\$300.000	4,29	0,00	0,00	4,29
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:								204,71
[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO (INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"):								0,00

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende 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 **07 de marzo de 1995** con fecha de efectividad a partir del **1° de abril de 1995** (páginas 31 y 05 archivo 07 y 08, respectivamente del expediente digital), por afiliación que hiciera a PROTECCIÓN S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

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

traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

“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.

(...)

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

(...).

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que se trasladó dado que el asesor llegó a la empresa y le informó que el Instituto de Seguros

⁷ **Archivo 23, récord: 22:50, Interrogatorio Demandante:** “Cuando me afilié a Protección llegó un asesor en a la empresa, me dijo que el ISS se acabaría y que podía hacer aportes, pensionarme cuando quisiera con una pensión más alta y que si yo fallecía los dineros eran heredables sin ninguna limitación, no habían restricciones, no hice preguntas, esa fue la información que me dio porque fue convincente, no me hablaron de rendimientos, me dijo que los dineros pueden ser heredados peor nada más, me trasladé luego a Colfondos porque el asesor me dijo que los aportes iban a estar seguros y la pensión sería mayor, no miré si el ISS se acabó yo confié en lo que dijeron, hace 4 años fui a Colfondos a averiguar sobre mi situación pensional y me dijeron que era un mínimo cuando yo pensaba que era superior, les dije que ¿e dieran los aportes y me dijeron que no, por eso decidí que es mejor Colpensiones pero en Colpensiones no me quisieron recibir, estaba como alrededor de 3 o 4 smlmv, me dedico al hogar desde junio de 2023, el asesor dijo que me podía pensionar anticipadamente pero no sé cómo, si dijo que la AFP administraba los aportes, me quiero trasladar porque la mesada no es acorde con lo que he ganado, además como me dijeron todo eso cuando no se puede hacer, no he solicitado la pensión, no fui a Colpensiones para retornar en ese momento, confié en lo que me dio el asesor, creí de buena fe en el asesor, Colfondos dijo que la pensión sería más alta, no me hicieron comparativos, yo trabajaba en la empresa Group en servicio al cliente, luego en otra empresa también en servicio al cliente”.

Sociales - ISS- se acabaría, que iba a tener una mesada más rentable en el fondo privado, siendo heredable los aportes efectuados, pudiéndose pensionar cuando quisiera.

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

Valga anotar, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. (Pág. 05, archivo 08) este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esa demandada (sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (07 de marzo de 1995, efectivo el 1º de abril de ese año), el deber de información para con la promotora de este juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136 de 2014, ello deriva en la

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

Valga acotar, con relación al hecho de permanecer en el RAIS por mucho tiempo, a la que se ha hecho referencia por COLFONDOS en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar a la recurrente, que como ya se refirió a lo largo de esta providencia la información que se le debía suministrar a la demandante al momento de su traslado no fue acreditada por dicha AFP, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada.

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

Del mismo modo se advierte, contrario a lo aludido por el apoderado de COLPENSIONES, no se enmarca el asunto en lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues la ineficacia en ese caso es consecuencia de *impedir o atentar “en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral”*, que no es el supuesto que aquí se discurre.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN y COLFONDOS, ésta última 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, bono pensional (si lo hubiere) gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, todo debidamente indexado, como también la activación de su afiliación por parte de COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmara la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de COLPENSIONES, que se adicionará el ordinal

tercero y cuarto del fallo de primer grado, en cuanto a que COLFONDOS S.A. debe devolver a COLPENSIONES, además de lo ordenado por el *a quo* las **comisiones** debidamente **indexadas**, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

En igual sentido, la demandada PROTECCIÓN S.A. deberá retornar las **comisiones** debidamente **indexadas** junto con los rendimientos

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**».*

En igual sentido, 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 equilibrio financiero, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual 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).

Respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, téngase en cuenta que no hay lugar a pronunciamiento alguno por parte de esta Sala de Decisión, atendiendo que esta encartada no fue condenada al pago de dicho concepto, conforme se puede apreciar en el numeral 7º de la sentencia proferida en primer grado.

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, en lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁸, (*páginas 25, archivo 10 expediente digital*), entidad esta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

⁸ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 14 de julio del 2023, archivo 17 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 el numeral **TERCERO** del fallo de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.** a retornar además de lo señalado por el Juez de primer grado, **las comisiones debidamente indexadas**, con cargo a sus propias utilidades, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **CUARTO** del fallo de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** a retornar además de lo señalado por el Juez de primer grado, **las comisiones y rendimientos debidamente indexados**, con cargo a sus propias utilidades, conforme a lo considerado.

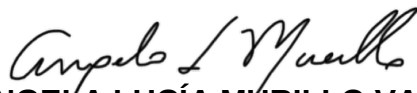
TERCERO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

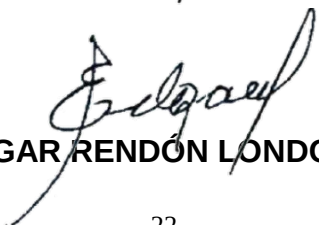
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primera instancia de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GLORIA PATRICIA MARTÍNEZ GARCÍA CONTRA COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. Y COMO LLAMADA EN GARANTIA MAPFRE S.A. (33 2019 00662 01).

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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 1º de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 24 de enero de 2024 (archivo 25, récord: 1:15:18), en la que se resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia, del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y con esto la afiliación realizada a Gloria Patricia Martínez García identificada con la cedula de ciudadanía 51.656.190, afiliada el 4 de diciembre de 1998 a Porvenir.

SEGUNDO: Declarar que Gloria Patricia Martínez García actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones.

TERCERO: Ordenar a Skandia, fondo actual de la demandante a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de Gloria Patricia Martinez García a Colpensiones junto con los respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales a que haya lugar.

CUARTO: Ordenar a Colpensiones a recibir el traslado de las sumas antes descritas, así como a activar la afiliación de Gloria Patricia Martínez García al régimen de prima Media, integrada en su totalidad a la historia laboral de la

demandante.

QUINTO: Condenar a Skandia y a Porvenir a transferir a Colpensiones las cuotas de administración, los dineros descontados para seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexado con cargo a sus propios recursos hasta el momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con los respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEXTO: Conminar a Colpensiones a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros ordenados como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior.

SÉPTIMO: Declarar no probadas las excepciones inexistencia del derecho y prescripción y demás presentadas por las demandadas de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: Absolver a Mapfre Colombia vida seguros de las demás pretensiones incoadas en su contra en el llamamiento en garantía.

NOVENO: Costas de esta instancia quedan a cargo de Porvenir, Skandia y Colpensiones. Agencias en derecho: Quedan de la siguiente manera, Porvenir 2.5 salarios mínimos legales mensuales, vigentes, Skandia 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes por Colpensiones 1 salario mínimo legal mensual vigente, esto en favor de la parte demandante”.

Inconforme con la decisión la demandada SKANDIA S.A. interpuso recurso, exteriorizando¹, se debe revocar la condena impuesta en relación a las cuotas de

¹ **Recurso de apelación Skandia, récord 1:21:37, archivo 25:** “Me permito interponer el presente recurso de apelación contra la sentencia que prefirió el despacho precisamente por la condena que refiere a mi representada Skandia, referente a la devolución de los aportes referidos a gastos o cuotas de administración de seguros previsionales de madera indexada, lo anterior bajo los siguientes argumentos: el primero de ellos es que si en el presente caso se ha declarado ineficacia del traslado, esta ineficacia pues trae como consecuencia un traslado de unos recursos, efectivamente el Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media, encontramos que existe el Decreto 3995 del año 2008, artículo 7°, que ha regulado de manera taxativa, más no facultativa, qué emolumentos deben trasladarse del régimen de ahorro individual como en el presente caso, como consecuencia ineficacia del traslado hacia el régimen de prima media, encontrando que dicha norma no contempla los referidos rubros señalados anteriormente, referidos a los casos de administración o cuotas de administración y los seguros y las primas de seguros previsionales.

Todo ello, considerado la suscrita porque dicha norma, que fue expedida en el año 2008, posterior a la Ley 100, debe o guarda una relación armónica con las disposiciones, especialmente el artículo 20 de Ley 100 que da una estimación específica a este porcentaje y precisamente en función de estas normas es que Skandia en las dos oportunidades que estuvo la demandante afiliada mi representada Skandia le dio una correcta y sobre todo, eficiente administración a los aportes realizados por la demandante con Skandia generando así unos rendimientos. En consecuencia señor magistrado atendiendo los postulados de orden legal solicito se revoque esta decisión referida a los rubros señalados anteriormente, igualmente, si se llega a confirmar la decisión de retomar dichos conceptos, solicitó la revocatoria de la decisión de que sean dichos traslados de manera indexada, considerando que se está ordenando la devolución de unos rendimientos, pues de esta manera se estaría compensando cualquier depreciación al poder adquisitivo de la moneda y así evitaríamos que se genere doble sanción por el mismo hecho a mi representada Skandia, este numeral, es decir numeral quinto que se presenta el recurso de apelación, me lleva a su vez a formular y presentar en esta instancia el recurso de apelación contra el numeral octavo de la sentencia, esto es, porque en el numeral octavo se absuelve a la aseguradora Mapfre y en ese orden de ideas atendiendo que en el numeral tercero, se ha materializado una condena en contra de mi prohilada referente a la condena de las primas de seguros previsionales, por ende, solicito respetuosamente al señor magistrado revoque la decisión de numeral octavo y en su lugar se condene a la aseguradora Mapfre, referente a la devolución de esas primas durante el tiempo que estuvo vigente contra la relación contractual con Mapfre, esto es, en los periodos que estuvo la demandante desde el año 2007 hasta el año 2009 y nuevamente del año 2015 hasta el año 2018, que fue la fecha en la que estuvo vigente el contrato con la aseguradora Mapfre,

Todo ello considerando que, como vemos acá al darse la ineficacia del traslado, esto trae como consecuencia, Honorables Magistrados que pierde por completo uno de los elementos esenciales del contrato de seguros

administración de los seguros previsionales toda vez que SKANDIA no puede retornar unos rubros que tuvieron un uso específico en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esto es, administró la cuenta de ahorro individual de la demandante, causando unas gestiones administrativas e inversiones por las que se incrementó el capital en la cuenta de ahorro individual, no pudiéndose obviar esas gestiones administrativas que realizó la AFP como quiera que se está ordenando retornar los rendimientos. Agregó, de la misma manera se tiene que es no es procedente la devolución de los seguros previsionales como quiera que dichos emolumentos descontados ya fueron pagados y trasladados en virtud de un contrato de aseguramiento a nombre de la afiliada.

En este sentido, explicó, SKANDIA nunca administró dichos recursos, pues la AFP no cuenta con estos dineros como quiera que ya fueron utilizados a favor de la actora, por lo que se estaría causando un perjuicio económico hacia el patrimonio propio de la AFP al tener que retornar unos emolumentos, de los cuales ya gozó la demandante durante el tiempo de afiliación con SKANDIA, motivo por el cual si bien es cierto las pretensiones de la presente demanda van encaminadas hacia la declaratoria de la ineficacia, lo cierto es que también se debe aplicar la teoría de las restituciones mutuas a favor de la AFP.

Explicó, la devolución ordenada va en contravía de los gastos de administración y los seguros previsionales, debiéndose aplicar el artículo 7º del Decreto 3995 del año 2008, el cual indica que únicamente se debe trasladar los recursos pensionales cuando se trate de trasladar los aportes, rendimientos y el fondo de pensión de garantía mínima.

Relató, la Superintendencia Financiera de Colombia en el año 2020 indicó específicamente para los temas de la ineficacia de la afiliación, que lo único que se debe trasladar son los aportes y los rendimientos por la gestión administrativa realizada.

previsionales, que es que el interés asegurable al declararse la ineficacia se pierde y, en consecuencia, el artículo 1137 del Código de Comercio indica que cuando falte alguna de las elementos esenciales de ese contrato, el contrato de seguros previsionales, no produce efecto alguno y en ese orden de ideas debe, según el caso particular, la aseguradora Mapfre restituir las sumas percibidas, en ese orden de ideas señores Magistrados encontrando pues regulación que la materia puede acogerse Skandia para solicitar y reiterar las retenciones contenidas en la demanda, del llamamiento en garantía, solicito se revoque esa decisión y se condene a la aseguradora Mapfre y no a Skandia frente al pago de estas primas a las que fue condenada mi representada en esta instancia y se revoque el numeral octavo, en ese orden de ideas dejó por sentado parcialmente bajo los numerales señalados el recurso frente a la sentencia que aquí se acaba de notificar”.

Por su parte, COLPENSIONES, manifestó² la entidad no vulneró los derechos de la demandante y siempre actuó conforme a derecho, debiéndose dar aplicación a la prohibición del artículo 2º de la Ley 797 del 2003, el cual contempla que después de un año de vigencia de la ley el afiliado no podrá trasladarse al cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

En cuanto a las costas solicitó desestimar la condena teniendo en cuenta el artículo 48 inciso 5º de la Constitución Política de Colombia y el artículo 365, numeral 5º del Código General del Proceso.

Finalmente, la codemandada PORVENIR expuso³, la parte demandante al momento del traslado era una persona capaz y por ende tenía conocimientos que

² **Recurso de apelación Colpensiones, récord: 1:26:36, archivo 25:** “Siendo este el momento procesal oportuno, me permito presentar recurso de apelación en los siguientes términos: considerando que Colpensiones no vulneró los derechos de la parte accionante, por el contrario, actuó de conformidad al ordenamiento jurídico legal, esto, teniendo en cuenta la declaración de nulidad de afiliación por parte del demandante.

Asimismo, lo estipulado en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, donde se hace la especificación de que después de un año de la vigencia de la ley, el afiliado no podrá de ninguna forma trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, en el caso concreto que nos ocupa. El 18 de diciembre del 2019 para esa época contaba con 57 años de edad, considerando su fecha de nacimiento se refiere la imposibilidad de trasladarse del régimen según lo citado en líneas anteriores. Asimismo, su Señoría en cuanto a las costas, se debe desestimar las condenas impuestas anteriormente, teniendo en cuenta el artículo 48 inciso 5 de la Constitución Política y el artículo 365 numeral 5 del Código General del proceso, en ese sentido su señora dejó presentado mi recurso”.

³**Recurso de Apelación Porvenir, récord 1:18:14, archivo 25:** “Muchas gracias, señor juez, siendo el momento, procesal oportuno me permito interponer recurso de apelación contra la decisión que acaba de adoptar el despacho bajo los siguientes argumentos, en primer lugar, la parte demandante al momento del traslado era una persona capaz y por ende tenía conocimientos que la hacían tomar una decisión libre, voluntaria e informada de trasladarse del régimen ahorro a Porvenir ya que dicha situación fue ratificada nuevamente en su segunda afiliación con mi representada, motivo por el cual eso demuestra su clara intención de permanecer al RAIS.

También se debe tener en cuenta que para el año 2004 existió una publicación a través del diario El Tiempo en la cual se daba la posibilidad de trasladarse y se denota una actitud pasiva por parte de extremo actor, por otro lado, conviene precisar que la parte demandante también se encuentra inmersa en la prohibición de los 10 años que trae la Ley 100 en su artículo 13, también cabe destacar al despacho que a la demandante le asistía el deber de estar informada y estudiar los servicios que deseaba contratar o utilizar, luego tenía la obligación de indagar sobre las características y condiciones generales y restricciones al querer pertenecer al RAIS y pese a ello, tampoco lo hizo siendo este un deber que le asiste a todos y cada uno de los consumidores del sistema financiero.

Por otro lado, no se comparte la visión del despacho, toda vez que el artículo 113 de la Ley 100 menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen pensional, y esto es ahora “el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos”, en consecuencia, no se comparte la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el citado artículo, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que pagar los valores adicionales configuraría un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones, quien no administraba los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, pero además indicar que se deben reintegrar los gastos de administración, las primas de seguros previsionales tanto como en una compañía de seguros que si no se ha presentado el siniestro pagador devuelva el valor de la póliza. Con relación a estos conceptos la Superintendencia Financiera mediante concepto No. 2019 1522 169 003 000 del 17 enero 2020, reiteró que los eventos de proceder a la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución de ningún otro emolumento toda vez que esto terminaría afectando

la hacían tomar una decisión libre, voluntaria e informada de trasladarse del régimen ahorro a Porvenir ya que dicha situación fue ratificada en la segunda afiliación con la AFP, motivo por el cual eso demuestra su clara intención de permanecer en el RAIS.

Narró, se debe tener en cuenta que para el año 2004 existió una publicación a través del diario El Tiempo en la cual se daba la posibilidad de trasladarse y se denota una actitud pasiva por parte de la actora. Por otro lado, la parte demandante también se encuentra inmersa en la prohibición de los 10 años que trae la Ley 100 en su artículo 13, por lo que a la demandante le asistía el deber de estar informada y estudiar los servicios que deseaba contratar o utilizar, luego tenía la obligación de indagar sobre las características y condiciones generales y restricciones al querer pertenecer al RAIS y pese a ello, tampoco lo hizo siendo este un deber que le asiste a todos y cada uno de los consumidores del sistema financiero.

Por otro lado, explicó, el artículo 113 de la Ley 100 menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen pensional, esto es, “el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos”, en consecuencia, no se comparte la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el citado artículo, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que pagar los valores adicionales configuraría un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones, quien no administraba los dineros de la cuenta de ahorro individual de la actora.

Relató, se deben reintegrar los gastos de administración y las primas de seguros previsionales a una compañía de seguros así no se haya presentado el siniestro pagador para que devuelva el valor de la póliza. En suma, adujo, con relación a estos conceptos la Superintendencia Financiera mediante concepto No. 2019 1522

derechos de buena fe como son las compañías administradoras, las compañías aseguradoras. En este orden de ideas, los gastos de administración y seguros previsionales no corresponden a valores que pierden los afiliados en ninguno de los dos regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación y no son parte integrante de ellos y en ese sentido, no deberían de ser devueltos de ninguna manera.

Por otro lado, respecto a la devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía mínima es de señalar que este porcentaje fue pagado de forma progresiva y muchos están prescritos, además, este se descuenta por mandato legal y, en caso de retornar, se debería hacer con cargo a la cuenta a la cual está destinado y no con cargo a los propios recursos de mi representada.

Finalmente, tampoco se comparte la indexación, toda vez que los rendimientos que se han generado en el RAIS a la parte actora suplen drásticamente la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, la cual es la finalidad de la indexación y en el buen sentido, esto constituye una doble condena en contra de mi representada bajo estos argumentos, instaría al Tribunal Superior, que revoque la decisión que acaba de proferir el despacho, muchas gracias”.

169 003 000 del 17 enero 2020, reiteró que, de proceder la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución de ningún otro emolumento, toda vez que esto terminaría afectando derechos de buena fe como de las compañías administradoras y las compañías aseguradoras.

Por otro lado, esgrimió respecto a la devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía mínima, el mismo fue pagado de forma progresiva y muchos están prescritos, además, este se descuenta por mandato legal y, en caso de retornar, se debería hacer con cargo a la cuenta a la cual está destinado y no con cargo a los propios recursos de la AFP.

Finalmente, atacó la indexación ordenada, toda vez que los rendimientos que se han generado en el RAIS suplen drásticamente la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, la cual es la finalidad de la indexación, constituyendo esto una doble condena.

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 13 y 14, «01. Expediente.pdf») las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 7 a 13 ibidem), aspirando:

1. Que se Declare la NULIDAD DE LA AFILIACIÓN EN PENSIÓN realizada por la Señora GLORIA PATRICIA MARTÍNEZ GARCÍA, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), a través la vinculación que realizó en la Administradora de Pensiones (AFP) ☒ SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 4 de noviembre de 1998, mediante el formulario Nro. 0362968.
2. Que se declare la NULIDAD DE LA AFILIACIÓN EN PENSIÓN realizada con el Fondo de Pensiones SKANDIA hoy OLD MUTUAL ☒ PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., el 19 de noviembre de 2007, mediante formulario radicado Nro. 00290426.
3. Que se declare la NULIDAD DE LA AFILIACIÓN EN PENSIÓN realizada con la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE ☒ PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 09 de diciembre de 2008, mediante formulario Nro. 13044073.
4. Que se declare la NULIDAD DE LA AFILIACIÓN EN PENSIÓN realizada con el Fondo de Pensiones SKANDIA hoy OLD MUTUAL ☒ PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., el 01 de octubre de 2012, mediante formulario radicado Nro. 00256747, la cual se encuentra activa al día de hoy.

5. De manera subsidiaria, solicito que se Declare la INEFICACIA DE LAS AFILIACIONES EN PENSIÓN realizadas por la Señora GLORIA PATRICIA MARTÍNEZ GARCÍA, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), a través la vinculación que realizó con las administradoras de pensiones (AFP) SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 4 de noviembre de 1998, mediante el formulario Nro. 0362968; SKANDIA hoy OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., el 19 de noviembre de 2007, mediante formulario radicado Nro. 00290426; PORVENIR S.A., el 09 de diciembre de 2008, mediante formulario Nro. 13044073 y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., el 01 de octubre de 2012, mediante formulario radicado Nro. 00256747.

Y como consecuencia de lo anterior condene a las demandadas así:

1. Que OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., traslade a COLPENSIONES la totalidad de la cuenta de ahorro individual de la Señora GLORIA PATRICIA MARTÍNEZ GARCÍA, incluidos los rendimientos que hubiere lugar.
2. Que COLPENSIONES, active la afiliación en pensión de la Señora GLORIA PATRICIA MARTÍNEZ GARCÍA.
3. Se le condene ultra y extra petita.
4. Se le condene a pagar las costas del proceso, si se opone a él, así como los gastos que se causen incluyendo las agencias en derecho.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual realizada por la actora el 4 de diciembre de 1998 a Porvenir, se declaró que Gloria Patricia Martínez García actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones, se ordenó a Skandia a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora a Colpensiones junto con los respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales a que haya lugar, se ordenó a Colpensiones recibir el traslado de las sumas ordenadas, así como activar la afiliación de la demandante al régimen de prima Media, se condenó a Skandia y Porvenir a transferir a Colpensiones las cuotas de administración, los dineros descontados para seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, debiendo aparecer discriminados con los respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, se conminó a Colpensiones a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros ordenados como consecuencia de la declaración y se condenó en costas a las codemandadas.

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

para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

Así las cosas, en el expediente se encuentra acreditado que la fecha de nacimiento de la actora fue el 20 de abril de 1962 (pág. 28, archivo 01Expediente), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 30 de noviembre de 2020 (páginas 3 a 5, archivo 05), esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 58 años-; de otra parte, se tiene, la actora no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 691,14⁵ semanas cotizadas al sistema (Pagina 1, archivo 04 expediente digital), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende 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

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



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES

PERIODO DE INFORME: Enero 1967 marzo/2020

ACTUALIZADO A: 16 marzo 2020

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento: Cédula de Ciudadanía

Número de Documento: 51656190

Nombre: GLORIA PATRICIA MARTINEZ GARCIA

Dirección: AV 116 54 23 APTO 408

Estado Afiliación: Asignado al RAI por Decreto 3995/2008

Fecha de Nacimiento: 20/04/1962

Fecha Afiliación: 28/11/1980

Correo Electrónico: paty0169@yahoo.com

Ubicación:

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
1006200370	BANCO NACIONAL EN LI	28/11/1980	07/10/1982	\$21.420	97,00	0,00	0,00	97,00
1006200097	BANCO CAFETERO S A S	13/10/1982	01/10/1993	\$321.540	572,43	3,43	0,00	569,00
1008237455	TELEGIROS LTDA	05/10/1993	10/11/1994	\$550.000	57,43	0,00	0,00	57,43

proceso, acaeció el **04 de diciembre de 1998 siendo efectivo el 1º de febrero de 1999**, específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación con PORVENIR y el registro SIAFP (pág. 75 y 64, archivo 06 y 08, respectivamente del expediente digital).

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136-2016, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

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

«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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

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

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

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

2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019,

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

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

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

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

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

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radificaciones 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.

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.

“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.

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 demandante⁸, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría, sin que le fuera expuesto al momento del traslado las implicaciones del cambio de régimen, enfatizó, no le fue informado por parte de ningún asesor las condiciones o características de dicho 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 la AFP PORVENIR S.A., haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues nótese, la demandante indicó que se trasladó por el miedo o angustia generada.

⁸ **Interrogatorio de Parte Demandante, récord 00:12:34, archivo 25:** “ Soy técnico en Comercio Internacional, estando en las oficinas de Tierra al Aire se acercaron funcionarios de porvenir y nos dijeron que se debía hacer el traslado por ser más favorable, yo después de estar en Porvenir me moví a Skandia, una asesora me trató de dar indicaciones pero no se llevó a cabo, después de tantos años tuve información por parte de mi Abogado, me hizo una proyección y si existe una diferencia, la presión fue del miedo porque el ISS se acaba y veíamos noticia y también ignorancia, por eso muchos compañeros y yo nos unimos a esa gestión, no me enteré de Colpensiones, no tengo pensión ni he hecho solicitud alguna, no me indicaron sobre los ahorros o traslados, firmé el formulario peor fue un estado de angustia e ignorancia, incluso muchos amigos lo hicieron, yo solo pensaba en trabajar y levantar los hijos, no más, cuando nos indicaron de la urgencia de pasarnos nos dijeron que nos darían un buen servicio y eso no pasó, eran espacios muy cortos, uno pensaba era en investigar, me devolví a la AFP porque e hablaban de un ahorro que podía hacer porque iba a comprar mi apartamento, empecé el tema del juicio y deje todo quieto, los asesores acudieron a mi para la afiliación, yo recibo información periódica, no sé si fue en una asesoría con SKANDIA y PORVENIR, lo que sé es que consulté con los abogados y no me dieron esperanza, los puestos de trabajo estaban inter conectados así que si llegaban los asesores no era privado, no me dieron información y yo no pregunté, solo dijeron que el ISS se acabaría, uno solo escuchaba las noticias, era voz populi, no leí el formulario”.

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

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

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

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

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

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

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

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

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.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 - 1999**, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (**04 de diciembre de 1998**, efectivo el **1º de febrero de 1999**) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL**

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

Ahora, con relación al hecho de permanecer la demandante en el RAIS por mucho tiempo, a la que se ha hecho referencia por PORVENIR en su apelación, esta Sala de decisión se permite señalar al recurrente, que como ya se refirió a lo largo de ésta providencia la información que se le debía suministrar a la actora al momento de su traslado no fue acreditada por dicha AFP, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada, pese a que se trataba de una segunda afiliación en la misma AFP.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de SKANDIA S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, intereses y bonos pensionales a que haya lugar, así como la activación de su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Igualmente, resulta procedente que PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., transfieran a Colpensiones las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados con cargo a sus propios recursos, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Sin embargo, debe precisarse en este punto, ésta Sala de Decisión adicionará el ordinal **tercero** y **quinto** del fallo de primer grado, en cuanto a que **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** además de lo ordenado por la Juez *a quo* deberán retornar las **comisiones, debidamente indexadas** con cargo a sus propias utilidades⁹, en los términos atrás expuestos. En igual sentido, **PORVENIR S.A.** deberá devolver los intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar, **debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades.

Todo lo anterior, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado

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

inicial, pues así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

«(...)

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

Precisándose en punto al recurso interpuesto por PORVENIR y SKANDIA, frente a la orden de la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y rendimientos, estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir, es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

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

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

A la par, en cuanto al recurso de SKANDIA, y PORVENIR, con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado de los anteriores conceptos, incluidos los gastos de administración y los conceptos anteriormente enunciados, 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 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación No. 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia.

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

Por otro lado, en punto al recurso de COLPENSIONES, conviene indicar, 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.

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por SKANDIA S.A. que el concepto emitido por la Superintendencia Financiera no resulta vinculante, y en todo caso, se aclara al apelante que justamente con la decisión que aquí se está tomando se está ordenando la devolución de los rendimientos y todos los rubros implícitos al declararse la ineficacia del traslado.

En lo que atañe a la excepción de prescripción, aclara esta Sala de Decisión, una vez revisado el escrito de contestación de manera rigurosa por parte de COLPENSIONES (archivo 02, páginas 07 a 36), a favor de quien se surte la consulta, se observa, no fue propuesto este medio exceptivo, por lo que no es dable emitir pronunciamiento al respecto.

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, son los resultados del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado.

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 08 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 108¹⁰ de la Ley 100 de 1993, que impone a las administradoras de fondos de pensiones el deber de contratar seguros colectivos previsionales que concurren a la financiación de las pensiones de invalidez y sobrevivientes que deban reconocerse a los afiliados del RAIS, lo cual implica que la garantía contratada solo se activa cuando ocurre el reconocimiento de dichas prestaciones –invalidez y sobrevivientes- y se requiere completar el capital respectivo para su pago al beneficiario, aspectos no comprendidos en la discusión de autos, lo que desde luego conlleva la absolución de la aseguradora convocada al proceso. Se confirma la decisión.

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.

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

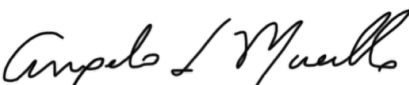
PRIMERO: ADICIONAR los numerales **TERCERO y QUINTO** del fallo de primer grado, para ordenar a **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** a retornar las **comisiones**. Asimismo, **PORVENIR S.A.** deberá devolver los intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar. Todo lo anterior, **debidamente indexado** con cargo a sus propias utilidades, conforme a lo expuesto.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SAIRA LILIAM WALTEROS RIVERA CONTRA COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., MAPFRE S.A. y SKANDIA S.A. (33 2021 00134 01).

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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 1º de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 07 de febrero de 2024 (archivo 35, récord: 47:09), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada a la señora SAIRA LILIAM WALTEROS RIVERA identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.954.677, afiliada el 29 de septiembre de 1994 a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: DECLARAR que SAIRA LILIAM WALTEROS RIVERA actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a SKANDIA S.A., fondo actual de la demandante, a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de SAIRA LILIAM WALTEROS RIVERA a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de la señora SAIRA LILIAM WALTEROS RIVERA e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante.

QUINTO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A., a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEXTO: CONMINAR a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior.

SÉPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: ABSOLVER a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS de las pretensiones incoadas en su contra.

NOVENO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de **PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A.,** Se fijan como Agencias en Derecho la suma de **UN (1) SMLMV** a cargo de **PROTECCIÓN S.A., UN (1) SMLMV** a cargo de **COLPENSIONES, UN (1) SMLMV** a cargo de **COLFONDOS S.A., UN (1) SMLMV** a cargo de **SKANDIA S.A.,** estos conceptos en favor de la parte demandante.

DÉCIMO: COSTAS DEL LLAMADO EN GARANTÍA, Las costas del llamado en garantía quedan a cargo de **SKANDIA S.A** a favor de **MAPFRE,** las agencias en derecho serán igual a **UN (1) SMLMV.**”.

Inconforme con la decisión la demandada SKANDIA S.A. interpuso recurso, exteriorizando¹, se debe revocar la condena impuesta en relación a las cuotas de

¹ **Recurso de Apelación Parte Demandada SKANDIA S.A., récord 52:53, archivo 35:** “Gracias, estando en la etapa procesal correspondiente, me permito interponer recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida por su despacho, en aras de que los Honorables Magistrados, Sala Laboral de Bogotá, revoque la condena impuesta a mi representada en relación a las cuotas de administración de los seguros previsionales toda vez que SKANDIA no puede retornar unos rubros de los cuales ya se le dio ese uso específico establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, siendo así las cosas, se debe indicar a los Honorables Magistrados que SKANDIA ya le dio ese uso específico para el cual fueron diseñados dichos descuentos, es decir, administró la cuenta de ahorro individual de la señora demandante, generándole unas gestiones administrativas, unas inversiones en las que se incrementó el capital de la cuenta de ahorro individual.

Siendo así las cosas, se tiene que dichos rubros ya fueron acaecidos a favor de la señora demandante, no se puede entender cómo se está pretendiendo no tener en cuenta esas gestiones administrativas que realizó SKANDIA en cesantías, cómo quiera que también esta ordenando retornar los rendimientos, de la misma manera se tiene que es gravosa las situaciones de los seguros previsionales como quiera que dichos emolumentos descontados ya fueron pagados y trasladados hacia un contrato de aseguramiento a nombre de la señora demandante.

En este sentido, SKANDIA nunca administró dichos recursos, SKANDIA Pensiones & Cesantías no cuenta con dichos dineros como quiera que ya fueron utilizados, a favor de la señora demandante, lo que se puede indicar enfáticamente es que se estaría causando un perjuicio económico hacia el patrimonio propio de mi representada como quiera que tendría que retornar unos emolumentos, de los cuales ya gozó la señora demandante durante el tiempo de afiliación con SKANDIA Pensiones & Cesantías, motivo por el cual si bien es cierto las pretensiones de la presente demanda van encaminadas hacia la declaratoria de la ineficacia, lo cierto es que también se deben aplicar la teoría de las restituciones mutuas a favor de mi representada.

En las restituciones mutuas queda encaminado a reconocerle ese trabajo mediante la no devolución de los gastos de administración, como los seguros previsionales, lo cual podría conllevarse a indicar que sería un patrón de inequidad y justicia, pues no se entiende cómo se desconoce el trabajo que se ordena a realizar el traslado de los rendimientos, motivo por el cual se solicita también hacer el estudio de la viabilidad de aplicar el Decreto 3995 del año 2008 y el artículo 7º, que nos habla sobre el traslado de los recursos del cual nos

administración de los seguros previsionales toda vez que SKANDIA no puede retornar unos rubros que tuvieron un uso específico en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esto es, administró la cuenta de ahorro individual de la demandante, causando unas gestiones administrativas e inversiones por las que se incrementó el capital en la cuenta de ahorro individual, no pudiéndose obviar esas gestiones administrativas que realizó la AFP como quiera que se está ordenando retornar los rendimientos. Agregó, de la misma manera se tiene que es no es procedente la devolución de los seguros previsionales como quiera que dichos emolumentos descontados ya fueron pagados y trasladados en virtud de un contrato de aseguramiento a nombre de la afiliada.

En este sentido, narró, SKANDIA nunca administró dichos recursos, pues la AFP no cuenta con estos dineros como quiera que ya fueron utilizados a favor de la actora, por lo que se estaría causando un perjuicio económico hacia el patrimonio propio de la AFP al tener que retornar unos emolumentos, de los cuales ya gozó la demandante durante el tiempo de afiliación con SKANDIA, motivo por el cual si bien es cierto las pretensiones de la presente demanda van encaminadas hacia la declaratoria de la ineficacia, lo cierto es que también se debe aplicar la teoría de las restituciones mutuas a favor de la AFP.

Explicó, en las restituciones mutuas se reconoce ese trabajo mediante la no devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, lo cual podría conllevar a indicar que sería un patrón de inequidad y justicia, pues no se entiende cómo se desconoce el trabajo y se ordena efectuar el traslado de los rendimientos, debiéndose aplicar el artículo 7º del Decreto 3995 del año 2008, el cual indica que únicamente se debe trasladar los recursos pensionales cuando se trate de trasladar los aportes, rendimientos y el fondo de pensión de garantía mínima.

Relató, la Superintendencia Financiera de Colombia en el año 2020 indicó específicamente para los temas de la ineficacia de la afiliación, que lo único que se

indica que únicamente se debe trasladar los recursos pensionales cuando se trate de trasladar lo que es los aportes, los rendimientos y el fondo de pensión de garantía mínima.

De la misma manera, la Superintendencia Financiera de Colombia en el año 2020 indicó que específicamente que, para los temas de la ineficacia de la afiliación, lo único que se debe trasladar son precisamente lo mismo que ha manifestado y que está escrito dentro del articulado anterior, es decir, los aportes, los rendimientos por la gestión administrativa realizada, pues resulta en razón de garantía mínima. Por todo lo anterior, les pido muy respetuosamente a los Honorables Magistrados revocar las condenas aquí impuestas y apeladas para que se conceda el recurso. Muchas gracias”.

debe trasladar son los aportes y los rendimientos por la gestión administrativa realizada.

Por su parte, COLPENSIONES, manifestó², la entidad no vulneró los derechos de la demandante y siempre actuó conforme a derecho, debiéndose dar aplicación a la prohibición del artículo 2º de la Ley 797 del 2003, el cual contempla que después de un año de vigencia de la ley el afiliado no podrá trasladarse al cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Denotó, resulta desproporcional endilgar esa carga de la prueba a COLPENSIONES, ya que en este caso es la más afectada al quebrantarse la sostenibilidad del sistema pensional, máxime, teniendo en cuenta que la afiliación se dio hace tiempo, luego entonces, al haber manifestado la parte actora que fue engañada por los asesores de cada AFP, le correspondía probar dicha afirmación.

Finalmente, en cuanto a las costas solicitó desestimar la condena teniendo en cuenta el artículo 48 inciso 5º de la Constitución Política de Colombia y el artículo 365, numeral 5º del Código General del Proceso.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (página 2, «03. Demanda.pdf») las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 3 a 5 ibidem), aspirando:

² **Recurso de Apelación Parte Demandada COLPENSIONES, récord 56:18, archivo 35:** “Muchísimas gracias, doctor. Me permito presentar recurso de apelación parcial, teniendo en cuenta los siguientes términos, esto en cuanto a que COLPENSIONES no vulneró los derechos de la parte demandante actuando conforme a derecho respecto a la declaración de nulidad de afiliación por parte del accionante, de acuerdo a la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 del 2003, donde se mencionan que después de un año la vigencia de la ley el afiliado no podrá trasladarse al cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Asimismo, aclarando que resultaría desproporcional colocar esa carga de la prueba en COLPENSIONES, ya que en este caso es la más afectada en la teniente a la sostenibilidad del sistema pensional, máxime teniendo en cuenta que la afiliación se dio hace un tiempo considerable, luego entonces, pues al haber estado fundado la parte actora en cuanto a las pretensiones y manifestando pues que había sido engañada por los asesores de las AFPs, le correspondía probar a sí mismo en dicha afirmación. En cuanto a las costas solicito desestimar la condena en costas impuestas anteriormente, teniendo en cuenta el artículo 48 inciso 5 de la Constitución Política de Colombia, asimismo el artículo 365, numeral 5º del Código General del Proceso. En ese sentido es presentado ms recurso, Señoría”.

III. PRETENSIONES

1. Que se **DECLARE LA INEFICACIA** de la afiliación de la señora **SAIRA LILIAM WALTEROS RIVERA** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se **ORDENE** a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, a trasladar a la señora **SAIRA LILIAM WALTEROS RIVERA**, junto con todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.
3. Que se **ORDENE** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir como afiliado, sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a la señora **SAIRA LILIAM WALTEROS RIVERA**
4. Lo que ultra y extra petita el señor Juez considere.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora el 29 de septiembre de 1994 por medio de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., se declaró que la demandante actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, se ordenó a SKANDIA S.A., a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar, se ordenó a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de la señora SAIRA LILIAM WALTEROS RIVERA e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante, se condenó a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A., a transferir a Colpensiones las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, destacándose, de ordenó que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen y se condenó en costas a las codemandadas.

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

vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, en el expediente se encuentra acreditado que la fecha de nacimiento de la actora fue el 31 de agosto de 1968 (pág. 163, archivo 03Expediente), por lo que la edad de 57 años, los cumplirá el mismo día y mes del año 2025, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 20 de noviembre de 2020, PROTECCIÓN el 02 de diciembre de 2020, SKANDIA el 21 de diciembre de 2020 y COLFONDOS el 10 de noviembre de 2020 (páginas 161 a 188, archivo 03), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 52 años-; de otra parte, se tiene, la actora no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 220.14⁴ semanas cotizadas al sistema (Pagina 165, archivo 03 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

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

4

 **Colpensiones**
ven por tu futuro 

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 agosto/2020
ACTUALIZADO A: 15 agosto 2020

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento: **Cédula de Ciudadanía**
Número de Documento: **51954677**
Nombre: **SAIRA LILIAM WALTEROS RIVERA**
Dirección:
Estado Afiliación: **Trasladado**

Fecha de Nacimiento: **31/08/1968**
Fecha Afiliación: **16/01/1989**
Correo Electrónico:
Ubicación:

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
1006200318	CAJA COMP FAMILIAR Z	19/12/1989	01/10/1991	\$89.070	93,14	0,00	0,00	93,14
1008200855	LEO BURNETT COLOMBIA	23/10/1991	30/09/1994	\$450.000	153,43	0,00	0,00	153,43
1002100003	GASEOSAS COLOMBIANAS	25/11/1991	02/12/1991	\$165.180	1,14	0,00	1,14	0,00

[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:

246,57

[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"):

0,00

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 1994 siendo efectivo el 1º de octubre de 1994**, específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación con DAVIVIR y el registro SIAFP (págs. 32 y 38, archivo 09 expediente digital).

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

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

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136-2016, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia CSJ SL1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

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

(...)

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

(...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo

“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.

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información al accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en 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 de Parte Demandante, récord 00:00:40, archivo 26:** “Soy publicista con posgrado, yo me afilié a Davivir cuando trabajaba en Leo Burnett y salió el tema de trasladar los aportes a los fondos privados, Leo Burnett manejaba Davivir, el grupo Bolívar no hice parte de esta cuenta pero llegó el boom para trasladarnos a Davivir, en la agencia cuando uno tiene una cuenta se vuelve como una fidelización no recuerdo de que hubiésemos recibido capacitación, en esa época tenía 26 años, no recibí una asesoría sino por ser la nueva cuenta de la agencia nos pasamos del Seguro a Davivir, fue por eso, no nos dieron capacitación, al grupo que le dieron capacitación fue al grupo que manejaría la cuenta, yo no manejaba esa cuenta, yo no leí el formulario, no busque a ningún asesor, consideramos que era algo bueno trasladarnos al grupo Bolívar, y que iba a ser positivo para el tema de pensión, no tuve asesoría, deseo retornar a Colpensiones porque deseo una pensión que se vea compensada por todo el tiempo de trabajo, cuando me hicieron las proyecciones en Skandia tenía 49 años y me di cuenta que había sido un error, no quiero depender de mi esposo y tuve buenos aportes para recibir una mesada tan pequeña, cuando Sali de Leo Burnett ingresé a otra empresa y la comunicación que me dieron en recursos humanos fue que ellos manejaba la cuenta en Colfondos porque nosotros consumimos las marcas que estaban en la agencia por eso dije que me trasladaran, en este caos nunca tuve contacto con alguien de Colfondos, el formulario nos lo dieron e. recursos humanos, si firmé el formulario, no puedo decir si fui la que diligencié, eso fue en el año 2000, pero no recuerdo, no había un asesor que me explicará todo, en esa época recuerdo que el voz a voz estaba critico entonces no me interesaba trasladarme, no era una opción, por eso continué en el fondo privado, el tema con el ISS estaba álgido, entonces era impensable el traslado porque se iba a quebrar e iba a perder todo lo que tenía, no conocí un asesor de Colfondos, no vi a nadie en la compañía, me trasladé a Skandia porque Colfondos era una cuenta de la empresa pero había un asesor que constantemente iba a la agencia y con el grupo que yo estaba todos hablaban bien de él, porque vi que Colfondos era distante y Skandia se acercó y estuve en contacto con Felipe y por eso comenzó la relación con Skandia, ahí fue donde entendí que uno tenía que estar 5 años para el traslado pero en ese momento me pude trasladar, fue un grupo grande de Skandia y me dijo que las ventajas era que se capitalizaría el dinero, me explicó sobre los aportes adicionales, él vivía pendiente de cómo iba, yo lo buscaba para los aportes voluntarios por la declaración de renta, uno si tenía un acompañamiento, digamos que él si fue insistente en que hiciera los aportes voluntarios para que el capital se aumentará hablaba de 3 niveles, en nivel moderado o riesgo, era ese tipo de información que recibía, me dijo que generaría rendimientos, no me hablaron del cobro de la comisión, realmente mi contacto fue en el 2017, yo tenía 47 años, eso fue cuando me retiré de trabajar y lo llamé y me dijo que me tenía que retirar, yo le compartí mi indemnización y me dijo que hiciera aportes a voluntarios y trasladé 5 millones a pensiones voluntarias, me dijo que si iba a volver a cotizar, y le dije que no lo tenía claro, él me dijo que en los últimos 3 años cotizara sobre el salario con el que venía, por eso me quedé tranquila, más adelante lo contacté a ver si había la posibilidad de trasladar los dineros para un crédito hipotecario, él me dijo que me pensionara anticipadamente, pedí la cita con Skandia y mi impresión fue tenaz, Sali aburrida porque me dijeron que la pensión iba a ser de \$1.900.000, menos salud, eso es tenaz, iba a perder todo el valor, me volví a asesorar y me dijeron que no podía retirar el dinero, yo había

implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que en el año 1994, cuando se afilió a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. lo hizo porque manejaba una cuenta donde laboraba en la empresa LEO BURNETT, lo que demostraba cierta fidelización con el cliente, aunado a que dicha AFP hacía parte del grupo Bolívar y consideraba que era bueno y tenía garantías, sin embargo, enfatizó no le fue informado por parte de ningún asesor las condiciones o características de dicho 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 muchos menos que la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., haya cumplido con su obligación de buen consejo.

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

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

cotizado bien y fue sorpresivo, en el año 2017 fue cuando tuve 2 asesorías y me hicieron una proyección peor no tuve otra información de lo que iba a ser mi pensión, eso no existió, en 1989 me gradué de Publicidad, el traslado fue voluntario, no actualizo los datos de manera constante el año pasado me llegó un correo, antes llegaban los extractos de forma impresa y los miraba por encima, luego llegaron vía email y revisaba si había tenido rendimientos y ese tipo de cosas, no los entendía muy bien porque cuando empecé con este tema me percaté que no es el salario el 100% sobre el cual uno aporta, por eso se me hizo raro y me di cuenta que los aportes eran sobre el 70%, hoy día entiendo que debí conseguir las semanas cuando hice unos reemplazos”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (29 de septiembre de 1994, efectivo el 1º de octubre 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.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de SKANDIA S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, intereses y bonos pensionales a que haya lugar, así como la activación de su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Igualmente, resulta procedente que PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A., transfieran a Colpensiones las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados con cargo a sus propios recursos, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Sin embargo, debe precisarse en este punto, ésta Sala de Decisión adicionará el ordinal **tercero** y **quinto** del fallo de primer grado, en cuanto a que **COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.** además de lo ordenado por la Juez a quo deberán retornar las **comisiones, debidamente indexadas** con cargo a sus propias utilidades⁸, en los términos atrás expuestos. En igual sentido, **COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.** deberán devolver los intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar, **debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades.

Todo lo anterior, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, pues así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

«(...)

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

Precisando, frente a la orden de la devolución de los gastos de administración y rendimientos, objeto de apelación de SKANDIA S.A., así como los seguros previsionales, estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir, es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración y seguros previsionales. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral

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

SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

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

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

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

represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo 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 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real» (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia.

*Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,** junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor» (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

Por otro lado, en punto al recurso de COLPENSIONES, conviene indicar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación

definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Advirtiéndose a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera, objeto de apelación, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *«el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas»* (Sentencia CSJ SL2877-2020).

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por SKANDIA S.A. que el concepto emitido por la Superintendencia Financiera no resulta vinculante, y en todo caso, se aclara al apelante que justamente con la decisión que aquí se está tomando se está ordenando la devolución de los rendimientos y todos los rubros implícitos al declararse la ineficacia del traslado.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES – entidad a favor de quien se surte la consulta – pág. 33 *«08. Expediente.pdf»*)⁹ basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

⁹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 27 de septiembre de 2022 (archivo 13. Expediente.pdf).

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.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará la sentencia en los puntos anteriormente expuestos y, se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR los numerales **TERCERO y QUINTO** del fallo de primer grado, para ordenar a **COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.** a retornar las **comisiones**. Asimismo, **COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.** deberán devolver los intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar. Todo lo anterior, **debidamente indexado** con cargo a sus propias utilidades, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALFREDO BABILONIA NEGRETTE CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP - y LA NACIÓN MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL. (RAD. 35 2020 00010 03).

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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 1º de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta, de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de diciembre del 2023 (*Audio Archivo 56 récord: 1:01:47*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional a favor del señor ALFREDO MANUEL BABILONIA NEGRETTE, a partir del 22 de octubre de 2018, en cuantía inicial de \$2.790.963, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, al pago de retroactivo pensional a favor de ALFREDO MANUEL BABILONIA NEGRETTE en cuantía de \$222.353.721,90 correspondiente a las mesadas pensionales generadas desde el 22 de octubre del 2018 al 30 de noviembre del 2023, debidamente indexado.

TERCERO: ORDENAR a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** a incluir al señor **ALFREDO MANUEL BABILONIA NEGRETTE** en nómina de pensionados a partir del 1º de diciembre de 2023, con una mesada equivalente a \$3.628.850, junto con los incrementos anuales conforme al IPC y las mesadas adicionales del mes de junio y diciembre.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: ABSOLVER a **LA NACIÓN-MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL**, de todas las pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: COSTAS a cargo de la parte demandada **UGPP**, se señala como agencias en derecho la suma de \$100.000.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente sentencia **CONSÚLTESE** con el superior.”.

Contra lo decidido, la UGPP interpuso recurso de apelación señalando¹, se debe tener en cuenta que el demandante no tiene derecho al reconocimiento de una pensión sanción restringida de origen convencional, porque contrario a lo dispuesto por la a quo, se debe interpretar que el Acto Legislativo 01 de 2005 impuso una

¹ **Recurso de Apelación UGPP, récord 1:1745, archivo 56:** “Gracias Señoría, por parte de la UGPP nos separamos respetuosamente del criterio adoptado en las sentencias de instancia e interponemos recurso de apelación en contra de las condenas impuestas a la UGPP en la sentencia que acaba de dictarse, siendo así, se debe tener en cuenta que el demandante no tiene derecho al reconocimiento de una pensión-sanción-restringida de origen convencional, porque contrario a lo dispuesto por el despacho, se debe interpretar que el acto legislativo 01 de 2005 impuso una interpretación nueva al ordenamiento jurídico colombiano y como bien se dijo en los alegatos de conclusión, en la contestación de la demanda, es claro que la Constitución Política al ser norma de normas, impera sobre las demás normas, contratos, pactos, laudos que estén vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano. Por lo tanto, lo que se busca con la imposición del acto legislativo 01 de 2005 es precisamente salvaguardar la sociedad económica del sistema pensional colombiano.

Con decisiones como la que se acaba de dictar, se afecta de manera grave poniendo en riesgo el pago de las pensiones de los demás afiliados al sistema y de los demás pensionados en Colombia, ya que reconocer pensiones y requisitos constitucionales se está afectando el erario público directamente de manera lesiva por parte de los despachos judiciales. Por este motivo se debe tener en cuenta no sólo la interpretación que tiene el acto legislativo como una norma simple, sino con su carácter de generador y de moderador del ordenamiento jurídico colombiano, en lo que tiene que ver con el sistema pensional.

Por tanto, el acto legislativo en busca de esta salvaguarda colocó un límite temporal máximo para el reconocimiento de pensiones de origen convencional, el cual fue el 31 de julio de 2010, es decir, que hasta esa fecha tuvieron vigencia los derechos adquiridos con pactos, laudos arbitrales que generaban pensiones restringidas de origen particular por motivos sindicales, como son las convenciones colectivas de trabajo y especialmente la suscrita entre el IDEMA y su sindicato. Por tanto, en este entendido las pensiones, y como bien lo ha asegurado y lo ha manifestado en la reciente jurisprudencia del Tribunal Superior de Bogotá, no se debe entender simplemente el acto legislativo como una norma, sino como un criterio orientador de reconocimiento pensional y de la salvaguarda de la sociedad financiera del sistema, ya que lo colectivo debe primar sobre lo particular. Por tanto, el acto legislativo lo que buscó fue suspender y sacar del bono jurídico los efectos de las convenciones colectivas.”.

interpretación nueva al ordenamiento jurídico colombiano dirigida a salvaguardar la sociedad económica del sistema pensional colombiano.

Agregó, con la decisión proferida se afecta de manera grave y pone en riesgo el pago de las pensiones de los afiliados y pensionados al sistema, ya que, al reconocer pensiones y requisitos constitucionales se está afectando el erario público. Por este motivo se debe tener en cuenta no sólo la interpretación que tiene el acto legislativo como una norma simple, sino con su carácter generador y moderador del ordenamiento jurídico colombiano, en lo que tiene que ver con el sistema pensional.

Por tanto, el acto legislativo estableció un límite temporal para el reconocimiento de pensiones de origen convencional, siendo este, el 31 de julio de 2010, es decir, que hasta esa fecha tuvieron vigencia los derechos adquiridos mediante pactos y laudos arbitrales que generaban pensiones restringidas de origen particular por motivos sindicales, como son las convenciones colectivas de trabajo y especialmente la suscrita entre el “IDEMA” y el sindicato.

Completó, por tanto, no se debe entender simplemente el acto legislativo como una norma, sino como un criterio orientador de reconocimiento pensional y con el fin de salvaguardar el financiamiento del sistema, ya que lo colectivo debe primar sobre lo particular. En su sentir, los derechos no se pueden extender más allá del 31 de julio de 2010 y en este asunto el señor “Babilonia” exigió su pensión en octubre de 2018, esto es, cuando ya los derechos reclamados habían fenecido por aplicación directa de la Constitución, sin que se tenga derecho al reconocimiento de la pensión restringida.

En lo que tiene que ver con la liquidación de la pensión, narró, no se expresó claramente cuáles fueron los factores salariales que se tuvo en cuenta para determinar el IBL desconociéndose lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994, el cual contempla los conceptos a incluir, igualmente, añadió, tampoco se expresó cuáles fueron los IPC para la indexación realizada ni el retroactivo pensional.

Por último, atacó la competencia de la UGPP para proceder al reconocimiento pensional ya que, en su opinión, la sentencia adolece de una causal por vicio legal al imponer una obligación a la entidad que no es competente, pues si bien, el Decreto 1859 de 2021 determinó una asunción de competencias en lo referente a

las pensiones a cargo del Ministerio de Agricultura por el IDEMA en cabeza de la UGPP, se debe tener en cuenta que el parágrafo 2º del artículo 2.2.10.46.1 es claro al expresar literalmente que cuando se trate de providencias judiciales que ordenen el reconocimiento y pago de pensiones por despido injusto o retiro voluntario, se debe tener en cuenta que la competencia de la UGPP se determinará por la edad en la que sea exigida de jubilación, es decir, para quienes cumplieron los 60 años de edad con anterioridad al 30 de noviembre de 2021, la competencia se encuentra en cabeza del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y para las causadas con posterioridad a dicha fecha, serán a cargo de la UGPP. Por tanto, el demandante cumplió los 60 años de edad el 22 de octubre de 2018, es decir, antes del 30 de noviembre de 2021, y la UGPP no tiene competencia para reconocer la pensión aquí ordenada.

Por su parte, el demandante expuso², en primera medida, la cifra tomada por la A quo fue la suma de \$1.004.849, quizás porque en el texto de la demanda se

²**Recurso de Apelación Demandante, récord 1:05:35, archivo 56:** “Interpongo recurso ante el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual sustento de la siguiente forma. Si bien en la audiencia pasada, que corresponde a la del artículo 77 se llegó hasta el punto en donde su Señoría, me disculpa, usted habla un poco veloz. La vez pasada por esa velocidad verbal yo no alcancé a percibir cual era el salario promedio que tomaba su Señoría para efectos de liquidar el ingreso base de liquidación, base de la primera mesada, indexados, lógicamente. Pero después que escuché la audiencia que quedó grabada, me di cuenta y ahorita en la intervención en instancias de alegatos y de continuación y terminación de la primera audiencia, que quedó suspendida desde la vez pasada creo y considero que tengo la oportunidad de controvertir ese aspecto sobre la fijación del litigio, la cifra que su Señoría tomó. Como lo dije en mis alegatos de conclusión, la cifra que su Señoría tuvo a bien de \$1.004.849, quizás tal vez porque en el texto de la demanda interpuesta yo lo menciono como ingreso devengado, ingresos, salario promedio devengados, pero tenemos que atenernos al texto literal de la norma, si aceptamos como lo dejó sentado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral que hay diferencia entre lo que es devengado y lo que es percibido.

Entonces eso nos obliga a trasladarnos al documento de liquidación de prestaciones sociales definitiva. Quiere decir que hasta ahí llegó y hasta ahí recibió. Todo lo que esté comprendido dentro del período del último año de servicio prestado por el trabajador, todo lo que se le haya pagado y lo que haya percibido hace que constituya factor de salario, lógicamente, tiene que hacer parte y componer, concretar en la obtención de salario promedio mensual percibido. En ese sentido es que yo le estoy aclarando, le aclaré en los alegatos de conclusión que no se puede obviar ni ignorar el texto literal que establece el párrafo 2 del artículo 97, porque ahí dice salario percibido. Si es así, entonces tenemos que tomar todos los factores de salario que, como reitero, están relacionados en la liquidación de prestaciones sociales.

A mí me da \$ 1.137.901 y explico. Hay un sueldo básico mensual de \$552.400 pesos para esa época del año 97, un sobresueldo de antigüedad de \$ 121.528, una doceava parte de prima de vacaciones que se registra un total de \$ 1.687.696 dividido doceava parte da \$140.641. Ahí le están pagando al trabajador una prima de vacaciones en un periodo del 5 de diciembre de 1995 al 4 de diciembre de 1996, le están pagando un reajuste de prima de vacaciones por \$ 603.947 que está percibido en el último año de servicios y liquidado dentro de las prestaciones finales sociales. Y también como prima de vacaciones, periodo del 5 de diciembre del 96 al 20 de octubre del 97 que fue despedido. Hay unas primas de vacaciones proporcionales de 286 días que se les estaban adeudando y se las pagaron por \$ 1.083.749 y que también deben componer el total del salario percibido.

Adicionalmente, sigue una doceava parte de primas semestrales que corresponden a \$2.523.329, dividida por 12 partes, tenemos la doceava parte que corresponde a \$210.277 y explico, prima semestral correspondiente a la prima del semestre de Navidad, de julio a diciembre del 96 por \$839.246 pagada en el último año, prima

semestral, enero-junio del 97, observe Señoría, que no se está saliendo el periodo del último año porque estamos hablando de diciembre del 96 a enero o junio del 97. Otra prima semestral que no se la habían pagado por \$1.045.293, y prima semestral de Navidad y julio a diciembre del 97 que no se le había pagado porque observe que el inicio de sus labores comienza el 4 de diciembre, si no estoy mal de 1984, luego él viene cumpliendo cada año de antigüedad en diciembre y cuando liquidaron el IDEMA fue en octubre del 97. Para esa fecha no le habían pagado las primas semestrales, entonces se las incluyen en la liquidación de prestaciones sociales por \$ 638.790, todo esto promediado, vuelvo y repito, me da \$ 1.136.901.

Que, partiendo de allí, indexando esa cantidad por el periodo que ya les expliqué, del 20 de octubre del 97 hasta el 22 de octubre del 2018, que cumplido 60 años con la fórmula de la Corte Suprema y con todos los parámetros que exige la Corte Suprema, arroja un IBL ingreso base de liquidación de 3000000182, aplicando una tasa del 76%, siguiendo el literal del parágrafo 2 del artículo 97 arroja una mesada inicial de \$2.798.820. Solicito su Señoría, que se corrija en ese aspecto y se otorgue la mesada conforme se establece, porque no atender el texto del parágrafo 2º del artículo 97 sería incurrir en un error o vicio sustancial que estaría afectando a la sentencia, para efectos de eso, solicito se corrija.

Respecto a los intereses, voy a ser más, más breve y más corto, sucede que en estos días, incluido mi caso de pensión, que yo también fui servidor del IDEMA el 31 de octubre pasado acababa de salir la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, dictada por la Doctora Magistrada ponente, Ana María Muñoz Segura, en la que afirma y reafirma lo mismo que estableció el Tribunal que proceden los intereses sobre las mesadas adeudadas y cita entre su sustentación, cita varias sentencias a las que llama reiterativas. No entiendo, yo sé que la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la justicia para que el juez se oriente, se guíe, pero ya en periodos más cercano, en días y tiempos más cercanos, hemos optado por reconocer que la jurisprudencia debe marcar un derrotero, debe ser una guía o un faro para que los jueces tomen las decisiones y las tomen en derecho y en justicia, incluso es que en la justicia ordinaria estamos en mora, lo mismo que se aplica en la justicia especial contencioso administrativa, porque el Código Contencioso Administrativo establece claramente que la jurisprudencia debe ser extensiva a casos que contengan parámetros iguales y se estén dentro de los linderos del principio del derecho a la igualdad. En ese sentido, el mismo código ordena hacer extensiva la jurisprudencia, las decisiones, no solo judiciales, administrativas incluso. Es que todavía no hemos llegado a la justicia ordinaria laboral, sobre todo en la justicia ordinaria laboral que se necesita tanto porque lo que estamos tratando son derechos laborales, doctora. Es de gente que no está pidiendo que le regalen nada, un derecho que nació desde el hecho de haber trabajado.

Entonces, en ese sentido el Tribunal y la Corte Suprema de Justicia, establecen que sí es procedente aplicar los intereses moratorios a las mesadas causadas y no pagadas, y así me los liquidan con intereses moratorios y así liquida unas tantas, es que baste con que miremos todas las sentencias que han salido en este año 2023 condenando al Ministerio y al IDEMA por los mismos derechos que estamos tratando hoy en día y están todas condenando por intereses moratorios. En ese sentido, para no tardarnos más, solicito al Juez Magistrado Superior que le corresponde este caso que sirva reconocer y otorgar los intereses moratorios sobre las mesadas causadas y no pagadas hasta el día que se pague, efectivamente y se incluyen nómina y el señor Alfredo Babilonia reciba el pago de sus derechos retroactivos aunado a las mesadas adicionales 14 que a propósito no escuché que su Señoría hubiese hecho claridad al final en la parte resolutive sobre si la mesada 14 hace parte del retroactivo pero sería bueno que se aclarara. En esos términos, dejo planteado mi recurso de apelación y le agradezco a su Señoría haberme escuchado”.

Por tanto, los derechos adquiridos, al contrario de los manifestado en sentencia y motivado en instancia, no se pueden extender más allá del 31 de julio de 2010. En este sentido, el señor Babilonia exige su pensión para octubre de 2018, momento en que ya sus derechos habían fenecido por aplicación directa de la Constitución, sin que tenga derecho a reconocimiento de la pensión restringida. Ahora bien, en lo que tiene que ver con la liquidación de la pensión, el despacho no expresa claramente cuáles son los factores salariales que se tuvo en cuenta para determinar el IBL desconociendo lo dispuesto en el Decreto 1158 del 94 en lo referente a las pensiones reconocidas a los servidores públicos, el cual no puede tenerse en cuenta por la misma sociedad financiera todos los factores devengados, sino que se debe aplicar única y exclusivamente los taxativamente estipulados en esta norma, que también tiene un criterio legal de sostenibilidad económica, el despacho no expresa claramente cuáles fueron los factores salariales que tuvo en cuenta, ni siquiera tampoco expresa cuáles fueron los porcentajes para la indexación realizada, ya que no determina de manera clara y expresa cuáles fueron los índices de IPC determinados para obtener el cálculo en tanto a la mesada pensional como al retroactivo reconocido, y finalmente en lo que compete a la competencia de la UGPP, la sentencia adolece de una causal por vicio-legal y por falta, ya que impone una obligación que carece de competencia para la UGPP, ya que si bien el Decreto 1859 de 2021 determinó una asunción de competencias en lo referente a las pensiones a cargo del Ministerio de Agricultura por el IDEMA en cabeza de la UGPP, se debe tener en cuenta que el parágrafo 2º del artículo 2.2.10.46.1 es claro al expresar literalmente que cuando se trate de providencias judiciales que ordenen el reconocimiento y pago de pensiones por despido injusto o retiro voluntario, es decir,

menciona como salario promedio devengado dicha cifra, no obstante, se debe acatar la literalidad de la norma como lo dejó sentado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral al indicar que hay diferencia entre lo devengado y lo percibido, debiéndose verificar la liquidación de prestaciones sociales definitiva. Ello, atendiendo todo lo que esté comprendido dentro del último año de servicios prestados por el trabajador y que constituye salario.

En ese sentido, no se puede obviar ni ignorar el texto literal que establece el párrafo 2º del artículo 97, porque allí habla de salario percibido, debiéndose tomar todos los factores de salario que están relacionados en la liquidación de prestaciones sociales, el cual arroja un total de \$1.137.901, aun cuando hay un monto básico mensual de \$552.400 aunado a un sobresueldo de antigüedad de \$121.528, una doceava parte de prima de vacaciones por \$1.687.696, cifra que dividida en la doceava parte totaliza \$140.641. Añadió, en la liquidación le pagaron al trabajador una prima de vacaciones entre el 5 de diciembre de 1995 al 4 de diciembre de 1996, asimismo, se relaciona un reajuste de prima de vacaciones por valor de \$603.947, siendo percibido en el último año de servicios junto con la prima de vacaciones causada del 5 de diciembre de 1996 al 20 de octubre de 1997, año en que fue despedido. Explicó, la prima de vacaciones proporcionales arrojó 286 días equivalente a \$1.083.749, debiendo ser parte del total del salario percibido.

Adicionalmente adujo, se evidencia una doceava parte por concepto de primas semestrales que corresponden a \$2.523.329, dividida en 12 corresponde a \$210.277 y la prima semestral por valor de \$839.246 pagada en el último año más otra prima que no se la habían pagado por valor de \$1.045.293.

Siguió, los anteriores conceptos fueron pagados dentro del último año debiéndose incluir en el salario promedio, conforme se relaciona en la liquidación de

la norma no diferencia si la pensión restringida por despido injusto es de origen convencional o de origen legal, simplemente determina que cuando se trate de este tipo de pensiones, se debe tener en cuenta que la competencia de la UGPP se determinará por la edad en la que sea exigida de jubilación.

Para las causas, o sea, para quienes cumplieron los 60 años de edad con anterioridad al 30 de noviembre de 2021, la competencia se encuentra en cabeza del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y para las causadas con posterioridad a dicha fecha, como no se presenta en el presente caso, serán de la UGPP. Por tanto, está demostrado que el demandante cumplió los 60 años de edad el 22 de octubre de 2018, es decir, antes del 30 de noviembre de 2021, y la UGPP no tiene competencia para reconocer la pensión aquí ordenada. Por lo tanto, solicito a su Señoría se conceda el presente recurso de apelación para que los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su sala laboral revoquen cada una de las condenas impuestas a mi poderdante y la absuelva a todas las protecciones de la demanda. Muchas gracias, Señoría”.

prestaciones sociales estableciéndose un total de \$1.136.901, suma que debe indexarse entre el 20 de octubre de 1997 hasta el 22 de octubre del 2018, fecha en que cumplió el actor 60 años, acatando la fórmula de la Corte Suprema, aplicándose una tasa de reemplazo del 76%, siguiendo el literal del párrafo 2º del artículo 97, obteniendo como mesada inicial \$2.798.820.

Con relación a los intereses moratorios, exteriorizó, debe acogerse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, con ponencia de la Doctora Ana María Muñoz Segura, en la que afirma que proceden los intereses sobre las mesadas adeudadas, siendo la jurisprudencia un criterio auxiliar de la justicia para que el juez se oriente y se guíe. Entonces, en este caso es procedente aplicar los intereses moratorios a las mesadas causadas y no pagadas, acogiendo las sentencias proferidas en el año 2023, por medio de las cuales se condenó al Ministerio y al “IDEMA” por los mismos derechos aquí debatidos.

Finalmente, argumentó que no se hizo claridad frente al número de mesadas reconocidas, desconociéndose si fueron 14, debiéndose aclarar este aspecto.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el acápite respectivo de la demanda (Archivo 01 expediente digital págs. 98 a 100), las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos narrados y que se advierten en las páginas 94 a 98 (Archivo 01 expediente digital), aspirando:

PRIMERA. Se **DECLARE** que el actor, por cumplir los requisitos que establece el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo IDEMA / SINTRAIDEMA años 1996 - 1998, 10 o más años de trabajo, despido injusto y la condición de cumplir 60 años de edad, tiene derecho adquirido a que la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, responsable de los pasivos laborales del IDEMA, le reconozca pensión jubilación convencional por despido injusto, efectiva desde el día 22 de Octubre de 2018, que cumplió 60 años de edad condicionada.

SEGUNDA. Que en consecuencia de declarar el derecho convencional al actor, se **CONDENE** a la demandada NACIÓN - MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, a reconocerle a ALFREDO MANUEL BABILONIA NEGRETTE con C.C. 78.010.035, **PENSIÓN CONVENCIONAL POR DESPIDO INJUSTO**, establecida en el artículo 98 de la Convención Colectiva de trabajo, vigente años 1996-1998, pactada IDEMA/SINTRAIDEMA, obligación laboral asumida por el Ministerio de Agricultura conforme estableció el Decreto 1675 de 1.997 de liquidación de la Entidad Instituto de Mercadeo Agropecuario – Idema.

TERCERA. Se **CONDENE** a la demandada a liquidar y pagar la primera mesada, con base en IBL de \$ 1.004.849,00 pesos, promedio salarial base de liquidación de las prestaciones sociales periodo 20/10/1996 hasta 20/10/1997, valor indexado al 20/OCTU/2019, según formula $VA = Vh \times \frac{IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}}$

Mesada inicial \$ 1.597.368,78 aproximada e INDEXADA hasta el pago efectivo.

CUARTA. Que en consecuencia, SE **CONDENE** a la demandada a pagar al actor las mesadas retroactivas causadas, INDEXADAS y ajustadas con IPC, desde el **22 de Octubre de 2018** de efectividad fiscal, hasta su pago definitivo.

QUINTA. SE **CONDENE** a la demandada a pagar los **INTERESES MORATORIOS** sobre el valor de las mesadas causadas y no pagadas hasta su pago efectivo.

SEXTA. SE **CONDENE** a la demandada al reconocimiento y pago de los derechos y prestaciones que resulten probados **EXTRA Y ULTRA PETITA**.

SEPTIMA: Condenar a la demandada en las costas y agencias que se causen en el presente proceso.

Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones, tras considerar la Juez a quo que había lugar al reconocimiento de la pensión solicitada, en atención a que el actor acreditó el despido sin justa causa luego de 10 años de labores al IDEMA, expresando, la edad establecida en la Convención Colectiva es un requisito de exigibilidad y no de causación, disponiendo el pago de la misma a partir del 22 de octubre de 2018, esto es, cuando el actor alcanzó los 60 años de edad, aplicándole una tasa de reemplazo equivalente al 76% sobre el último salario promedio acreditado por el accionante, debidamente indexado, lo cual arrojó una mesada pensional para el año 2018 de \$2.790.963, asimismo, declaró no probada la excepción de prescripción y ordenó el pago indexado de las sumas adeudadas por retroactivo pensional. Con relación a los intereses moratorios deprecados, resaltó la improcedencia de estos, al tener la pensión de jubilación reconocida el carácter extralegal.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, se

abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio, advirtiéndose, el problema jurídico a resolver se contrae a establecer la procedencia de la pensión de jubilación pretendida por el actor, el cumplimiento de los requisitos para acceder a dicha prestación, la liquidación de esta junto con el número de mesadas e intereses moratorios. De prosperar lo anterior, se analizará la competencia de la UGPP para asumir el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación anhelada con base en el Decreto 1859 de 2021.

En esa dirección, lo primero que se advierte, es que inicialmente el contrato de trabajo a término indefinido que ató a las partes tuvo como extremos el **05 de diciembre de 1984**, según acta de posesión No. 006 aportada a página 167 del archivo 01, culminando el **20 de octubre de 1997** la relación sostenida con el IDEMA, según da cuenta la liquidación final de prestaciones sociales que reposa en el archivo 52 de la página 101.

Ahora bien, señala la parte actora que la terminación del contrato de trabajo con fundamento en la supresión del cargo que desempeñaba el demandante constituye un despido sin justa causa (hecho 4, pág. 94, archivo 01), mientras la demandada aduce que ésta se realizó con fundamento en expresas facultades otorgadas por el Decreto 1675 de 1997 (págs. 2 y 3 archivo 04).

En este aspecto, de vieja data la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dejado sentado que la circunstancia de que un contrato de trabajo termine por razón de la existencia de un modo legal de extinción, no significa que esa terminación se haya producido con justa causa, en la medida en que éstas corresponden a uno solo de los modos legales y, las justas causas se encuentran taxativamente establecidas en la ley; así mismo, ha señalado que cuando se hace referencia al despido sin causa justa, no se excluye al que opera por decisión unilateral del empleador con autorización legal distinta a la que establecen las justas causas de despido, porque no se puede equiparar la legalidad de la terminación del vínculo con el despido precedido de justa causa, así, únicamente constituyen justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, las consagradas en los artículos 16, 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945. Tal criterio fue reiterado en sentencia con Radicación No. 43557 del 21 de marzo de 2012³, como también en la SL 3150-2019, SL 2343-2020 y SL 4176-2021.

3 “No encuentra esta Sala que la interpretación que, desde sus inicios como parte de la Corte Suprema de Justicia, le ha otorgado a la diferencia entre los modos legales de terminación del contrato y las justas causas

De tal suerte, a juicio de la Sala, el despido amparado en la supresión del cargo del demandante, si bien se dio por una causa legal, no puede equipararse a una justa causa y en esa medida debe concluirse, el despido del demandante se produjo de manera injustificada, se confirmará en este punto el fallo de primer grado.

Sea del caso advertir, el pedimento de la parte actora se funda en el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita entre el INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO “IDEMA” y el SINDICATO DE TRABAJADORES DEL IDEMA “SINTRAIDEMA” (págs. 49 a 69 Archivo 01), vigente para los años 1996 a 1998 y suscrita el 19 de abril de 1996 (pág. 69 ibidem), la cual fue allegada con la respectiva constancia de depósito dentro del término legal (pág. 48, 50 y 51, ibidem) –Art. 469 del C.S.T.-, cuyo texto es del siguiente tenor (pág. 62, ibidem):

“ARTÍCULO 98: PENSIÓN EN CASO DE DESPIDO INJUSTO: El trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo que sea despedido sin justa causa después de haber laborado más de diez (10) años y menos de quince (15) continuos o discontinuos en el IDEMA, tendrá derecho a la pensión de jubilación, desde la fecha del despido injusto, si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad, con posterioridad al despido.

Si el despido injusto se produjere después de (15) años de los mencionados servicios el trabajador oficial tendrá derecho a la pensión al cumplir cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido si para entonces tiene cumplida la expresada edad (...)”

de despido, no se acompace con las actuales construcciones científicas del derecho, como lo pregona el censor, pues, por el contrario, parte de la base esencial del objetivo protector de las normas laborales en materia de terminación del contrato de trabajo y, en particular, del criterio jurídico según el cual el trabajador no puede verse afectado por situaciones empresariales ajenas a su voluntad, como la liquidación de la entidad para la cual presta sus servicios.

No desconoce la Corte que fenómenos como el de la extinción jurídica de la empresa justifican plenamente la terminación del contrato de trabajo y de ahí que la ley, en este caso el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, consagre ese hecho como motivo de finalización del vínculo laboral. Mas ello no significa que esa terminación, con amparo en la ley, no dé lugar al surgimiento de algunos derechos para el trabajador, derivados, precisamente, de la culminación de la relación de trabajo por razones que no le son oponibles y que le impiden la consolidación de otros derechos laborales, como el de la pensión de jubilación.

Se sostiene en el cargo que, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas y que si una entidad pública se cierra con arreglo a los preceptos jurídicos, se está ante una situación de juridicidad, de tal modo que cuando el Estado suprime entidades públicas, por ese solo hecho no está obligado a reparar el perjuicio que sufren sus servidores o cualquiera otra persona.

En relación con ese argumento, debe precisar la Sala que es cierto que la supresión de una entidad pública no puede ser considerada como un hecho antijurídico. Pero, una cosa es que se estime que ese hecho es ajustado a la ley y otra, distinta, que no constituya una de las justas causas para terminar el contrato de trabajo, que, ya se dijo, son solamente aquellos hechos catalogados expresamente como tales por la ley, que justifican el despido del trabajador.”

Todo lo cual implica la existencia de despido injusto en el presente caso, por lo que la pensión era procedente”.

De tal manera, en el plenario se encontró acreditada la prestación de servicios por 4.702 días equivalentes a **12 años, 10 meses y 15 días** (05/12/1984 al 20/10/1997), por parte del actor, así como la terminación del contrato de trabajo del que fue objeto, como atrás se explicó, circunstancias que al configurarse, en criterio de la Sala dan lugar a la causación de la pensión por despido injusto prevista en la Convención Colectiva, estimándose que el cumplimiento de la edad, en casos como el de autos en el que se anhela una pensión que se asimila a la restringida de jubilación, según se colige sin dubitación alguna, del texto convencional, es un requisito no para su causación sino para su exigibilidad. Así se ha considerado en múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia, a manera de ejemplo en Sentencias proferidas en los Radicados SL 4550 Rad. 58244 (10/10/2018), SL 289 Rad. 62107 (14/02/2018), SL 526 Rad. 63158 (14/02/2018), SL 3280 Rad. 78562 (6/08/2019), SL 5178 Rad. 71315 (25/11/2020), SL 803 Rad. 71316⁴ (09/03//2021) providencias que exponen el referido criterio.

En este orden, al encontrar reunidos los requisitos previstos en el aludido texto convencional desde 20 de octubre de 1997 (cuando finalizó el contrato de trabajo) el derecho pensional ingresó al patrimonio del señor ALFREDO BABILONIA NEGRETTE en esa calenda y, por ende, constituye un derecho adquirido que no puede ser modificado o suprimido por efecto de una disposición posterior, en este

⁴ “Sobre este asunto hay que decir, que la Corte ya tuvo oportunidad de analizar la estipulación convencional citada en precedencia y que genera la controversia, es así que en providencia CSJ SL526-2018, reiterada entre otras en CSJ SL4550-2018, CSJ SL2661-2019 y CSJ SL5030-2019, señaló que el parágrafo 1° de la aludida cláusula 41 de la CCT suscrita entre Sintracreditario y la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, aplica a los extrabajadores de la entidad, esto es, a quienes en vigencia del acuerdo colectivo de trabajo perdieron su condición de activos, siempre que acrediten haber prestado cuando menos 20 años de servicio a la entidad, pues en estos casos la edad es un mero requisito de exigibilidad.

(...)

Pues bien, de los argumentos fácticos y jurídicos expuestos en la citada jurisprudencia, surge claro que el parágrafo 1° de la cláusula 41 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre Sintracreditario y la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero aplica a extrabajadores de la entidad, esto es, a quienes en vigencia de la convención colectiva de trabajo perdieron su condición de activos, siempre y cuando acrediten haber prestado cuando menos 20 años de servicio a la entidad; en estos eventos el disfrute o goce de la prestación se inicia cuando se arriba a la edad de 50 años para el caso de la mujer y 55 si es hombre.

Así las cosas, es dable concluir, entonces, que para el 31 de julio de 2010, cuando por fuerza del parágrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia las reglas de carácter pensional que regían, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellas las que aquí se tratan, el demandante ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los requisitos para consolidar el derecho pensional de orden convencional discutido, esto es, el tiempo de servicios equivalente a 20 años, pues laboró entre el 2 de marzo de 1977 y el 27 de junio de 1999, así como la desvinculación laboral en esa última fecha; por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para el goce o disfrute de la pensión, lo que ocurrió el 8 de octubre de 2011.”

caso, el Acto Legislativo 01 de 2005.

En esos términos ha sido considerado por la máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su Sala de Casación Laboral, *verbi gratia*, en sentencia con radicado 29907 de 3 de abril de 2008, lo siguiente: “...la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, en pactos colectivos de trabajo, en laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor. Dicho de otra manera: los derechos adquiridos legítimamente continúan en cabeza de sus titulares, siguen formando parte de su patrimonio, así los actos jurídicos, a cuyo abrigo nacieron, hubiesen desaparecido del mundo jurídico”⁵.

⁵ El cargo somete a la consideración de la Corte este problema jurídico: ¿en fuerza de los mandatos del Acto Legislativo 01 de 2005, los derechos, los beneficios, las prerrogativas o las condiciones, de estirpe pensional, legítimamente adquiridos al amparo de convenciones colectivas, se extinguen definitivamente al perder éstas su vigencia? Su solución demanda un examen ponderado, reflexivo y sensato de ese acto reformativo de la Carta.

Se advierte de la lectura del Acto Legislativo lo extraño que resulta que la Constitución Política se ocupe, con tanta concreción, especificidad, minuciosidad y detalle, de aspectos tan puntuales en materia pensional, que, en verdad, se corresponden con la tarea natural y propia del legislador.

Esa posición adoptada por el constituyente delegado comporta la dificultad de introducirle las reformas y modificaciones que dicte la realidad social, siempre cambiante, siempre variable y siempre dinámica, por las estrictas exigencias constitucionales que han de cumplirse en perspectiva de reformar las preceptivas de la Carta Política.

Una norma de tanta trascendencia jurídica y social, desafortunadamente, no exhibe la claridad deseable, en el horizonte de la inteligencia fácil de su texto, de la comprensión acorde con su finalidad, lo que, de contragolpe, evitaría interpretaciones dispares, que flaco servicio prestan a la seguridad jurídica del país. Faltó, en realidad, la adecuada precisión, el tratamiento coherente y armónico y el rigor del lenguaje.

Empero, ello no impide considerar que del texto del aludido acto reformativo de la Constitución no se infiere, como lo pretende la censura, que automáticamente dejaron de tener vigencia y efectos jurídicos los acuerdos sociales pactados entre empleadores y sindicatos en materia de pensiones, y mucho menos, los derechos adquiridos por los trabajadores con anterioridad a la entrada en vigor de esa reforma constitucional. Y en este asunto debe tenerse en cuenta que la pensión extralegal que se le reconoció al demandante fue consagrada en una convención colectiva de trabajo que se suscribió en el año 1982 y que ese derecho prestacional ya había ingresado al patrimonio de su titular desde el 16 de noviembre de 1998, cuando se le otorgó la prestación, es decir, muchos años antes del 25 de julio de 2005, fecha de la publicación inicial del Acto Legislativo en el Diario Oficial No. 45980.

Lo que sí queda claro es el celo del constituyente por salvaguardar los derechos adquiridos, esto es, aquellos que han entrado en el patrimonio de las personas y que no les pueden ser arrebatados o quebrantados por quien los creó o reconoció legítimamente.

Y ello tenía que ser así, en cuanto traduce el respeto a la propia carga de principios y valores reflejados en la Carta; concretamente, el Acto Legislativo puso a buen recaudo el valor seguridad jurídica que permea el artículo 58, en cuanto garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, “los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. Son varios los pasajes del Acto Legislativo que evidencian su firme propósito de respetar los derechos adquiridos en materia pensional. En efecto, se lee: “El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley”. “En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”. “Sin perjuicio de los derechos adquiridos...”.

Toda una profesión de fe en la seguridad jurídica y, en tránsito por esa vía, en la dignidad humana, como valor fundante del Estado Social de Derecho.

Sobre esa base axiológica de respeto por los derechos adquiridos en materia pensional, el constituyente, en el Acto Legislativo 01 de 2005, -quizá acuciado por la necesidad de potenciar los principios de universalidad y de solidaridad, informadores del Sistema de Seguridad Social Integral creado por la Ley 100 de 1993, que habían entrado en crisis, en tanto que por el mecanismo de la negociación colectiva, se crearon sistemas pensionales, que originaron odiosas discriminaciones e inequidades- contempló esta prohibición categórica:

“A partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones.”

De tal suerte que, a partir del 25 de julio de 2005 fecha en que cobró vigencia el Acto Legislativo 01, no es posible consagrar condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones, por el camino de los pactos o convenciones colectivos de trabajo, de los laudos de árbitros o, en general, por cualquier acto jurídico. En adelante, sólo el legislador -y dado el caso, el propio constituyente- están legitimados para regular las condiciones pensionales. Sólo a ellos está reservada la potestad de gobernar el tema de las pensiones. Pero es claro que quedan a salvo, conforme se dejó expresado, los derechos adquiridos al amparo de actos jurídicos con aliento antes de esa fecha, los que merecerán acatamiento y respeto y, en manera alguna, pueden ser desconocidos o vulnerados. Consciente el constituyente de la existencia, al momento de comenzar a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, de convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales o acuerdos válidamente celebrados, dispuso de una especie de régimen de transición, en los siguientes términos:

“Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este acto legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este acto legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.”

Del texto citado se desprende que las que perderán vigor el 31 de julio de 2010 serán las “reglas de carácter pensional que rigen a la vigencia de este acto legislativo”, pero, como es obvio concluir, no los derechos que se hubieren causado antes de esa fecha, al amparo de esas reglas pensionales.

No encuentra la Corte que el propósito del constituyente al reformar el artículo 48 de la Carta Política fuese el de eliminar los derechos pensionales de naturaleza extralegal adquiridos antes del 31 de julio de 2010, pues en la exposición de motivos siempre se hizo referencia a los regímenes pensionales y en el texto presentado a consideración del Congreso, que se mantuvo en la norma finalmente aprobada, se habló de las reglas especiales en materia pensional. Un derecho no puede ser confundido con un régimen o con una regla. Y ese entendimiento resulta acorde con el propósito del constituyente de garantizar los derechos adquiridos, pues una cosa es la vigencia de un acto jurídico creador de un derecho, para este caso una regla, y otra, diferente, la vigencia de ese derecho una vez que ha sido adquirido por cumplir el destinatario de la norma con los requisitos establecidos en dicho acto.

Desde luego, la existencia del derecho y su exigibilidad no dependen del aliento jurídico de la norma que lo creó, pues lo que interesa es que se haya causado o consolidado, esto es, entrado al patrimonio del titular, mientras esa norma rigió. Así secularmente se ha entendido la tradicional doctrina de los derechos adquiridos y obviamente ello no podía ser cambiado por el Acto Legislativo No. 1 de 2005.

Aceptar la interpretación efectuada por la censura equivaldría a admitir que el constituyente señaló una vigencia temporal a derechos legítimamente adquiridos, lo que, sin duda, supondría una suerte de expropiación de esos derechos que no se corresponde con el real propósito de la reforma del artículo 48 de la Constitución.

Una vez más, la Corte precisa que los derechos adquiridos al abrigo de acuerdos jurídicos vigentes cuando entró a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, permanecen indemnes y, por tanto, no pueden ser negados o transgredidos. Entonces, la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, en pactos colectivos de trabajo, en laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor.

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia SU-555 de 2014, en la que, entre otros temas, frente a los derechos convencionales y el Acto Legislativo 01 de 2005, enseñó: “(...) a) *Se considerarán derechos adquiridos, aquellos surgidos de las convenciones vigentes antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y, a las que tengan acceso las personas que cumplían los requisitos para esa misma época (...).*”.

Igualmente, en la sentencia SU-241 de 2015 la máxima Corporación Constitucional estableció: “i) *si una pensión es reconocida conforme a derecho no puede congelarse, reducirse ni dejarse de pagar, aunque provenga de un régimen especial. En efecto, a pesar de que la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 limitó la vigencia de los regímenes pensionales especiales existentes hasta el 31 de julio de 2010 y prohibió la creación de otros nuevos, ordenó el respeto de los derechos adquiridos, salvo fraude a la ley; ii) la prohibición de diseñar nuevos regímenes pensionales especiales opera hacia el futuro, es decir desde la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005; iii) la vigencia de los regímenes pensionales especiales, exceptuados y similares expiró el 31 de julio de 2010; y iv) las reglas pensionales vigentes al momento de expedir el Acto Legislativo, incluidas las contenidas en las convenciones colectivas, se mantendrán por el término inicialmente estipulado.*”.

Así las cosas, iterando que la pensión de jubilación establecida en la convención colectiva de 1998-1999, entró al patrimonio del demandante, constituyendo un derecho adquirido, pues como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, independiente de que para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo (20/10/1997) el actor no contara con los 60 años de edad establecidos en el precitado acuerdo, este constituye un derecho adquirido por el demandante que no puede desconocerse por aplicación de normas posteriores, nótese, incluso la norma es clara en expresar que se aplica “*desde la fecha en que cumpla esa edad, con posterioridad al despido*”, lo cual con mayor razón excluye la edad como un requisito de causación.

Dicho de otra manera: los derechos adquiridos legítimamente continúan en cabeza de sus titulares, siguen formando parte de su patrimonio, así los actos jurídicos, a cuyo abrigo nacieron, hubiesen desaparecido del mundo jurídico. En conclusión, aquí se trata de un pensionado que adquirió el derecho antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 2005, cuyo parágrafo transitorio 2 lo protegió, como también lo hace el artículo 58 de la Constitución Política, lo que no puede ser de otra manera ni afectar situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, circunstancias todas éstas que conducen a la improsperidad del cargo planteado por la recurrente.

En esta dirección, conforme se puede verificar con la copia de la cédula de ciudadanía (pág. 34 Archivo 01), el accionante cumplió la edad de 60 años el **22 de octubre de 2018** (nació en 1958), por lo que, sin lugar a dudas, el promotor del litigio reúne los requisitos previstos en la norma citada, para acceder al derecho pensional solicitado a partir del cumplimiento de la edad de los 60 años, como así se definió en sentencia de primer grado.

Ahora, en lo que hace referencia a la cuantía de la prestación, se advierte, la pensión por despido injusto que se reconoce en el presente proveído, corresponde a la restringida de jubilación, siendo oportuno resaltar, este Ponente en asuntos de similares contornos y en anteriores pronunciamientos consideró que, dado que la Convención Colectiva no consigna la manera como debe liquidarse la prestación, pues allí se indica es la forma de liquidar la pensión de jubilación, para su cálculo lo factible era la remisión a la norma aplicable a los trabajadores oficiales, vigente para la época de causación que no es otra que el artículo 8º de la Ley 171 de 1961⁶, la

⁶ Sentencia SL6473 del 21 de mayo de 2014, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

“Sobre el particular ha de señalarse que la disposición legal que regula específicamente la pensión restringida de jubilación, es el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, que indica: «la cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios» (destacado fuera del texto), norma que el Tribunal en estricto sentido aplicó, al remitirse de manera concreta a la documental de folios 14 y 15, en los que explícitamente se reconocieron a favor del actor, no solo factores fijos en cuantía de \$167.429, sino otros, que calificó de «variables», en cuantía de \$101.507,74, pero igualmente con la naturaleza salarial, que sumó y de los cuales concluyó que el promedio en el último año de labores fue de \$268.936,74.

Así las cosas, en ningún error jurídico pudo haber incurrido el sentenciador, tampoco en uno fáctico con la categoría de protuberante o evidente que se exige en casación para dar al traste con el fallo, cuando siguiendo la preceptiva legal que regulaba el asunto y la certificación expedida por el Ministerio de Agricultura sobre los valores reconocidos al demandante en el último año de sus servicios, consideró que de allí debía partir para obtener el valor de la prestación; si bien es cierto el documento de folios 14 y 15 discrimina los diferentes conceptos que ingresaron al patrimonio del actor, también lo es que los mezcla, sin distinción, por ser todos ellos salario, para efectos de liquidar las prestaciones sociales; y si el Tribunal hubiera analizado las documentales que asegura la censura no vio, a igual conclusión habría arribado por cuanto allí no se incluyen cifras diferentes a las consignadas en la certificación ya referida.

Ahora bien, la recurrente a pesar de reconocer que al demandante le asiste el derecho contemplado en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, se duele de que el Tribunal no hubiera aplicado la Ley 62 de 1985, en cuanto modificó la Ley 33 de ese mismo año, esto es, que alude a que la liquidación de la pensión debe hacerse con base en los rubros que sirvieron de base a los aportes para ese concepto; no obstante la Ley 33 de 1985, no regula la pensión restringida de jubilación, por lo que el sentenciador no podía invocarla ni tampoco la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3º de la primera, que se reitera, se ocupa de otro tipo de pensiones. De otra parte, la tesis de la recurrente desconoce el principio de inescindibilidad de la norma consagrado en el artículo 21 del C.S.T, que impone que la aplicación de una regla de derecho se haga de manera íntegra; así las cosas, pretender que para el reconocimiento de la pensión restringida se acuda a la Ley 171 de 1961, pero que para la liquidación la misma, se aplique la Ley 33 de 1985, es improcedente. Finalmente, en lo que hace a la inconformidad de la condena al pago de la mesada catorce o adicional, por contrariar el Acto Legislativo No.1 de 2005, es suficiente advertir que la pensión se causó en noviembre de 1991, por manera que no puede resultar afectada por la enmienda constitucional”.

cual prescribe que deberá ser calculada con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios⁷, indexado a la fecha de reconocimiento de la pensión, no obstante un mejor entendimiento del tema, conduce a reconsiderar esa posición.

Lo anterior acogiendo la tesis dirigida a que el alcance y contenido de la convención colectiva de trabajo dado su carácter esencialmente normativo, debe ser resuelto a partir de las mismas reglas y cánones de interpretación aplicables a cualquier otra norma de trabajo, -principio de interpretación conforme a la Constitución Política de Colombia, indubio pro operario, espíritu de las disposiciones, intención de los contratantes, entre otros⁸, disponiendo esta Sala de Decisión que la prestación prevista en el canon 98 de la CCT se debe liquidar en armonía con lo dispuesto en el 97 ib, misma conclusión a la que arribó la juez a quo. (Ver sentencias CSJ SL 3711-2022 y CSJ SL 2928- 2023).

Por otra parte, teniendo en cuenta los argumentos de la alzada relacionados con el salario del señor ALFREDO BABILONIA NEGRETTE, conviene entonces dilucidar, en primera medida, el alcance de los términos “**devengado**” y “**percibido**”, pues en ello estriba la prosperidad o no del recurso del actor.

Pues bien, sobre esta temática, ha sido criterio pacífico y reiterado de la Corte Suprema de Justicia el de considerar que la expresión devengados hace relación a la fecha de causación del derecho del cual se trate, el cual, ciertamente puede corresponder o no con la fecha del pago, o mejor, para los efectos acá perseguidos, con la fecha en que sean recibidos por el trabajador. Al efecto, resulta bastante

⁷Art. 8º Ley 171 de 1961, Inc. 3º: “La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En todos los demás aspectos de la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación”.

⁸ Al interpretar el sentido de las cláusulas de una convención colectiva de trabajo, se debe tener en cuenta que este tipo de acuerdos constituyen un elemento fundamental en el sistema de fuentes normativas del ordenamiento laboral, que regula las relaciones de trabajo más allá de la ley, entre quienes se encuentran dentro de su ámbito – CSJ SL. 1209-2023.

La convención colectiva como norma jurídica cuenta con un marco de interpretación razonable que les da autonomía a las partes y al juez para decidir el entendimiento más adecuado de sus cláusulas entre varias opciones plausibles, mientras su lectura respete el contexto en el que estas se produjeron y no resulte ilógica, irrazonable ni desproporcionada. - CSJ SL. 1209-2023-.

ilustrativa la sentencia calendada 05 de agosto de 2009 con radicado No. 36418, en la que expuso:

*“Revisado el documento de folio 393, encuentra la Sala que este contiene una liquidación de sueldos dejados de percibir por el demandante entre el **30 de noviembre de 1993 y el 4 de julio de 2000**, por un valor de \$31'359.989,50, que le fueron pagados el 25 de octubre de este último año, la que fue elaborada con ocasión de un reintegro ordenado judicialmente en su favor; suma que en realidad no fue considerada por el Tribunal en su totalidad, para efectos de determinar el promedio salarial devengado en el último año; lo cual no entraña ningún error evidente en la apreciación de la citada prueba, dado que dicha cantidad corresponde casi en su totalidad a los salarios que dejó de percibir por años anteriores al último, y no por conceptos **causados** durante éste.*

Sobre la diferencia entre lo que se entiende por adquirir el derecho a una determinada prestación y percibirla o recibirla, esta Sala en sentencia del 31 de enero de 2001 radicación 15306, precisó:

*“El reparo de la censura a la sentencia del tribunal consiste en el entendimiento equivocado de la palabra “devengado”, y para ello transcribe la definición de la Real Academia de la Lengua, así: “DEVENGAR: Hacer uno alguna cosa mereciéndola. (Escriche) **Adquirir derecho a una percepción o retribución por el trabajo prestado, los servicios desempeñados u otros títulos.** Se dice por ello que se devengan costas, honorarios, sueldos. Producir intereses o réditos. (Devengo, Hidalgo de devengar quinientos sueldos, Vengar.)” (Folio 10 del cuaderno de la Corte).*

Basta detenerse en la acepción resaltada, para coincidir con el tribunal en el alcance de dicha cláusula. En efecto, la estipulación de manera clara se refiere al “promedio devengado en el último año de servicio”, lo que es igual al promedio causado. Por tanto, son conceptos totalmente diferentes adquirir el derecho a una determinada remuneración y percibirla o recibirla. Por ello puede ocurrir que el derecho a una prima se adquiriera en un año determinado, pero su pago se efectúe en otro: en tal hipótesis habría que concluir que se devengó en el primer año, y si éste coincide con el último año de servicios, su valor debe ser tenido en cuenta para liquidar las prestaciones sociales, así su pago se hubiere efectuado en un año diferente.” (Subrayas fuera de texto).

Entonces, el concepto devengado se refiere a adquirir el derecho o causar el derecho, para diferenciarlo de percibirlo o recibirlo que es cuando efectivamente el trabajador recibe la suma a que corresponde su derecho, situaciones que no siempre coinciden en el tiempo.

Dilucidado lo anterior, se tiene que en el último año de servicios (20 de octubre de 1996 – 20 de octubre de 1997), el salario promedio del demandante ascendió a \$1.004.849 (percibido), según liquidación final de prestaciones, pues se computó el salario promedio mensual incluyendo conceptos como último salario básico devengado, sobresueldo de antigüedad, prima de vacaciones - doceava-, primas semestrales- doceava-, horas extras dominicales y festivos pagados - doceava-,

viáticos pagados por más de 120 días - doceava-, auxilio de localización, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, veamos:

COMPUTO DE SALARIO PROMEDIO MENSUAL			
ULTIMO SALARIO BASICO MENSUAL DEVENGADO	0.00	\$	552,400.00
SOBRESUELDO DE ANTIGÜEDAD	0.00	\$	121,528.00
DOZAVA PRIMA VACACIONES	603,947.07	\$	50,329.00
DOZAVA PRIMAS SEMESTRALES	2,010,452.34	\$	167,537.00
DOZAVA HORAS EXTRAS DOMIN.Y FEST.PAGADOS	0.00	\$	0.00
DOZAVA VIATICOS PAGADOS(Más de 120 días)	0.00	\$	0.00
AUXILIO DE LOCALIZACION	0.00	\$	66,288.00
AUXILIO MENSUAL DE TRANSPORTE	0.00	\$	23,833.00
AUXILIO MENSUAL DE ALIMENTACION	0.00	\$	22,934.00
PROMEDIO MENSUAL PARA LIQUIDACION CESANTIA		\$	1,004,849.00
LIQUIDACION			
AUXILIO CESANTIA 10/20/97	\$ 1,004,849.00	\$	12,866,485.00
CESANTIA PARCIAL LIQ. Y PAGADA QUE SE DESCUENTA		\$	4,166,074.00
VACACIONES TIEMPO QUE SE ADEUDA Y PAGA 96/97 P. 286 DIAS		\$	875,336.00
PRIMA DE VACACIONES QUE SE ADEUDA Y PAGA 96/97 P. 286 DIAS		\$	1,083,749.00
PRIMA SEMES. PROPORCIONAL QUE SE ADEUDA Y PAGA 110 DIAS		\$	638,790.00
PAGO 5 DIAS SUELDO OCTUBRE/97		\$	92,067.00
PAGO 5 DIAS S/SUELDO OCTUBRE/97		\$	20,255.00
PAGO 5 DIAS AUXILIO ALIMENTACION OCTUBRE/97		\$	3,822.00
PAGO 5 DIAS AUXILIO TRANSPORTE OCTUBRE/97		\$	3,972.00
PAGO INDEMNIZACION 577.16 DIAS SEGUN C.C.T.V.		\$	18,056,662.00
		\$	0.00
		\$	0.00
		\$	0.00
TOTAL A PAGAR		\$	29,465,064.00
CON: VEINTINUEVE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL DOLARES			

Sobre este aspecto y acogiendo la tesis ya señalada, se advierte, el artículo 124 de la CCT, prevé que al tratarse de salario se deberán incluir como elementos integrantes del mismo: Salario básico mensual, Sobresueldo de Antigüedad, Auxilio de Alimentación, Auxilio de Transporte y Doceava parte de viáticos de 120 días en adelante, Doceava parte de Prima de Vacaciones y Doceava parte de horas extras, dominicales y festivos y de todo pago que constituya salario, mismos conceptos que liquidó el extinto IDEMA, arrojando la suma de \$1.004.849, los cuales fueron relacionados en la liquidación efectuada por el juzgado de primera instancia y que obra en el plenario – archivo 55-.

Al efecto, el apoderado del demandante anhela se incluya en el valor del salario mencionado los conceptos pagados por vacaciones adeudadas, prima semestral proporcional semestre, sueldo de octubre, auxilio de alimentación y auxilio de transporte, pedimento que no puede ser acogido por esta Sala por cuanto se pretende un doble cómputo de los conceptos, nótese, en la liquidación se discrimina dos momentos, uno, el cómputo del salario promedio mensual y otro, la liquidación de las sumas debidas en su momento al actor, siendo este último concepto la relación de lo pagado en la liquidación de prestaciones únicamente, sin que pueda interpretarse que, dichos rubros no hayan sido tenidos en cuenta en el cómputo del

salario (escenario 1), de tal forma, no es posible incluir nuevamente los factores salariales descritos por el recurrente en el recurso (escenario 2), estableciendo esta Sala de Decisión como salario promedio devengado en el último año de servicios del extremo activo, la suma ya mencionada.

Establecido el salario devengado, se procede entonces a su indexación al año 2018 (fecha del cumplimiento de la edad -60 años-), conforme a la fórmula prevista por la Corte Suprema de Justicia, esto es, que el valor presente se define multiplicando el valor histórico (Rh), que es el último salario mensual promedio devengado por el actor, por la suma que resulta de dividir el ÍNDICE FINAL de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en diciembre de la anualidad anterior a la fecha en que se hizo exigible la pensión, por el ÍNDICE INICIAL vigente en la anualidad anterior a la fecha en que terminó la relación de trabajo (sentencia SL 6916 del 2019) así:

Indexación de primera mesada 1997 a 2018			
Capital	IPC Inicial	IPC Final	Valor indexado
	dic-96	dic-17	
\$ 763.685,00	26,52	96,92	\$ 2.790.963,00
Valor de la mesada indexada 2018			\$ 2.790.963,00

Adviértase, del monto total del salario (\$1.004.849), se tomó el 76%, lo que arrojó una mesada inicial de \$763.685. En este orden, toda vez que, conforme a las operaciones aritméticas ya descritas, la Sala obtuvo al igual que la Juez *a quo* la suma de \$2.790.963, se confirmará la cuantía establecida en primera instancia. En este punto, valga señalar, no encuentra esta Corporación una diferencia exorbitante con el monto pretendido con la parte recurrente por cuanto solo existe una diferencia de \$7.857, esto, toda vez que, en el recurso impetrado, el apoderado del actor reclamó como primera mesada la suma de \$2.798.820.

En otro giro, en lo relacionado con la cantidad de mesadas anuales a imponer, siendo objeto de reparo del actor, se aclara, estas deben corresponder a 14 mesadas, pues la pensión se causó en el año 1997 (data de la desvinculación del servicio del actor) y en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 (art. 142), se accedió a esa prerrogativa sin que para la época del disfrute -22 de octubre de 2018- (cuando el demandante alcanzó los 60 años de edad, tenga incidencia la limitante consagrada en el Acto Legislativo 01 de 2005, en virtud de la fecha de causación,

confirmándose lo expuesto por la *A quo* ya que, contrario a lo sostenido por el actor, la juzgadora sí indicó en la parte resolutive que la pensión se debe reconocer junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, quedando claro que se reconocieron 14 mesadas, y en tal sentido habrá de confirmarse este aspecto.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por la UGPP en su calidad de litis consorte (págs. 27 y 28 Archivo 39)⁹, debe señalarse, en el presente asunto el demandante cumplió la edad de 60 años el 22 de octubre de 2018, acudiendo a reclamar por vía administrativa la prestación pensional el 18 de junio de 2019 (págs. 72 a 82, Archivo 01) y a la jurisdicción el 18 de diciembre del 2019 (pág. 88, Archivo 01), por lo que es claro que desde la fecha de exigibilidad del derecho no transcurrió el término trienal previsto en la norma citada, y en esa medida, el fenómeno de la prescripción no operó respecto de ninguna de las mesadas pensionales.

Así las cosas, es claro entonces que el señor ALFREDO BABILONIA NEGRETTE tiene derecho al pago del retroactivo causado por mesadas pensionales a partir del **22 de octubre de 2018**, fecha en que se hizo exigible su derecho y hasta el **30 de noviembre de 2023** (extremo final que aplicó la juez de primer grado para liquidar el retroactivo pensional), arrojando las operaciones aritméticas por concepto de retroactivo pensional la suma total de **\$222.353.721**, esto, sin perjuicio de las mesadas ordinarias y adicionales que se sigan causando (junio y diciembre).

Liquidación Retroactivo

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
22/10/18	31/12/18	4,09%	\$ 2.790.963,00	3,30	\$ 9.210.177,9
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 2.879.716,00	14,00	\$ 40.316.024,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.989.145,00	14,00	\$ 41.848.030,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 3.037.270,00	14,00	\$ 42.521.780,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 3.207.965,00	14,00	\$ 44.911.510,0
01/01/23	30/11/23	13,12%	\$ 3.628.850,00	12,00	\$ 43.546.200,0
Total retroactivo				\$ 222.353.721,90	

⁹ La demanda se tuvo por contestada mediante auto del 19 de abril de 2023 (Archivo 40 expediente digital), esta entidad -UGPP- fue integrada como Litis Consorte mediante auto del 09 de marzo de 2022 – archivo 29-, siendo notificada el 30 de enero de 2023 -archivo 38-.

Por ende, atendiendo que las sumas liquidadas se ajustan a las establecidas por la juez de primer grado, se dispone confirmar el valor del retroactivo causado.

En este punto, debe la Sala adicionar la sentencia de primera instancia en cuanto a que se autorizará a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado al actor¹⁰, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 el cual dispuso que *"se entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público"*, mientras que en su artículo 42 permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud"*, adicionándose en este punto el fallo apelado y consultado.

Por otro lado, y teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 100 del texto convencional (pág. 62 - Archivo 01), la pensión aquí reconocida, podrá ser compartida con la que eventualmente reconozca el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y en ese orden la demandada solo deberá pagar el mayor valor entre lo reconocido por ésta y la respectiva entidad, adicionándose tal aspecto de la sentencia de primer grado.

Respecto a la condena que recae sobre la indexación, debe advertirse, la misma resulta procedente como quiera que dicha institución jurídica 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

¹⁰Ver 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"

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, dado que las mesadas pensionales cuyo pago aquí se impuso, se hicieron efectivas a partir del 22 de octubre de 2018, las cuales no han sido pagadas, entre la fecha de su disfrute y la de su pago, habrá transcurrido un lapso considerable dentro del cual se presenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procediendo entonces la condena por este concepto a cargo de la demandada.

Frente a los intereses moratorios deprecados, desde ya advierte esta Sala, los mismos son improcedentes en la medida que la pensión reconocida obedece a un pacto de carácter convencional. Sobre este tópico explicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL164 de 2020:

" (...) Respecto a la viabilidad de los intereses moratorios, de entrada, se advierte que no le asiste razón al apelante, habida cuenta que la decisión de/ a quo atiende a cabalidad los lineamientos de esta Corporación, según los cuales, no son procedentes cuando la prestación es de origen convencional. Así se precisó en sentencias CSJ SL4088-2018 y SL3851-2019. La primera reza así:

Así las cosas, es evidente el error en que incurrió pues el criterio jurisprudencial de esta Corporación enseña que dichos intereses solo tienen cabida cuando se trata de una pensión concedida con sujeción integral a la Ley 100 de 1993, que no es el caso que nos ocupa, toda vez que la pensión que es objeto de reconocimiento es de estirpe convencional, tal como se explicó en sentencia CSJ SL16949-2016, de la siguiente manera:

Respecto del cargo subsidiario presentado por la apoderada de/ banco, referente a la condena de los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, tiene razón la impugnación, puesto que, en efecto, la Corte tiene asentado que los intereses moratorios previstos por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 son procedentes respecto de prestaciones concebidas por esa normatividad, es decir, «cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral» (sentencia de 28 de noviembre de 2002. Radicación 18.273); mientras que la pensión a sustituir en sub lite no corresponde a una pensión del sistema integral de seguridad social; atrás quedó constatado su carácter convencional; y no cambia su naturaleza por el hecho que, para efectos de resolver sobre la transmisión del derecho por muerte del titular, a falta de una regulación sobre el punto en la convención, se acuda al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, como lo plantea el replicante para impedir que se case la sentencia en este acápite.

Por lo anotado, el cargo se abre paso y, en consecuencia, la sentencia será casada únicamente en cuanto impuso condena por los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993."

En igual sentido, conviene mencionar, en sentencia CSJ SL 578-2022 se plasmó: *"Igualmente, se equivocó el primer juez al imponer condena por intereses moratorios, por cuanto es pacífico el criterio de esta Corte, según el cual no proceden cuando la prestación pensional es de origen extralegal (CSJ SL16949-2016, CSJ SL9316-2016 y CSJ SL994-2018)", tesis que fue acogida recientemente en sentencia CSJ SL 239-*

2023¹¹, no pudiendo entonces dilucidarse a qué sentencias pretendía hacer referencia la parte actora para sustentar este pedimento.

Recálquese, el mencionado proveído - CSJ SL 239-2023-, sostuvo:

“Advierte la Sala que, aunque en la actualidad se admite la procedencia de intereses para todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigor del Sistema General de Pensiones (CSJ SL1681-2020), lo cierto es que la Corporación mantiene su postura acerca de la improcedencia de aquellos tratándose de las pensiones convencionales o extralegales.

¹¹ Ahora, en lo que respecta a los intereses moratorios, el Tribunal los encontró procedentes a pesar de que la pensión solicitada es de origen convencional, siguiendo los lineamientos trazados en la sentencia CC SU065-2018. Por su parte, la censura dice que, según la jurisprudencia de esta Corte, los réditos son inviables tratándose de pensiones extralegales.

Pues bien, basta con señalar que de vieja data esta Corte tiene el criterio consolidado y pacífico, según el cual son improcedentes los intereses moratorios respecto de mesadas pensionales de origen convencional, por cuanto esta clase de prestación no está regulada por el Sistema General de Pensiones. Al efecto se memora la sentencia CSJ SL, 5 oct. 2010, rad. 38282, cuyos apartes pertinentes dicen:

Respecto de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, corresponde señalar que resultan improcedentes frente a la pensión extralegal reconocida por la empleadora, puesto que tal prestación, no encuentra regulación en la citada Ley 100 de 1993. Es pertinente traer a colación lo dicho por esta Sala, en la sentencia del 17 de febrero de 2009, radicación 36022:

“Ahora bien, en cuanto el estudio de fondo del cargo le asiste razón al recurrente. Al respecto, esta Corte ha sostenido y reiterado, en numerosas sentencias pronunciadas en un período de más de un lustro, idéntico criterio, desde la decisión del 28 de noviembre de 2002, radicado 18273, acogido, entre otras, en sentencias del 2 de diciembre de 2004, radicación 23725 y más recientemente en las del 18 de mayo, 26 de septiembre y 3 de octubre de 2006, radicaciones 28088, 27316 y 29116, respectivamente, donde concluyó que no proceden los intereses del artículo 141 para pensiones que no se rigen íntegramente por la Ley 100 de 1993. A partir de dicha fecha se ha dicho:

“(…) para la mayoría de la Sala, en esta oportunidad, contrario a lo que se venía sosteniendo, los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se imponen cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral.

“Y es que no obstante lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C- 601 del 24 de mayo de 2000 al declarar exequible el mencionado artículo 141, para la Corte esa disposición solamente es aplicable en el caso de mora en el pago de pensiones causadas con posterioridad a la vigencia de la ley de Seguridad Social y que sean reconocidas con fundamento en la normatividad integral de la misma, y no, como ocurre en este caso, respecto de una pensión que no se ajusta a los citados presupuestos.

“Lo anterior conlleva, entonces, que como la pensión que se le concedió al demandante, no es con sujeción integral a la Ley 100 de 1993, no había lugar a condenar al pago de los intereses moratorios que consagra tal Ley en su artículo 141 que claramente dispone: “(…) en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley (…)”.

“Además, en este asunto tampoco se presenta la situación prevista por el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 para que se pudiera dar aplicación a su artículo 141, pues la primera norma dispone: “Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente ley le sea aplicable cualquier norma de ella contenida que estime favorable ante el cotejo por lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de las disposiciones de esta ley”...”

El anterior criterio ha sido reiterado en múltiples sentencias de esta corporación, entre otras, en las providencias SL5012-2021, SL3689-2021, SL3240-2021, SL889-2021, SL677-2021, SL3587-2020, SL2802-2020, SL1758-2020 y SL4404-2018.”.

Adicionalmente, se resalta que la contienda sometida a consideración se resuelve conforme a la postura de esta Sala de Casación Laboral acerca del tema objeto de debate, como máximo órgano de la justicia ordinaria. Además, el hecho de que la homóloga Constitucional difiera en su criterio sobre el particular no da pie a desatender la pacífica doctrina que se ha construido y que esta Sala de Descongestión según las directrices de la Ley 1781 de 2016 está obligada a acoger.

Por las anteriores razones, únicamente se casará la sentencia en cuanto el sentenciador de segundo grado encontró procedentes los intereses moratorios sobre las mesadas causadas y consecuentemente revocó la condena por indexación.”.

Acogiendo lo expuesto, se dispone confirmar lo resuelto por la juez de primer grado, pues pese a los argumentos esbozados en este asunto por la parte actora, no es posible fulminar condena por este concepto.

Ahora bien, se hizo necesario efectuar el análisis anterior en atención a que la UGPP funge en este asunto como litis consorcio necesario, conforme a lo dispuesto en proveído de fecha 09 de marzo de 2022 -archivo 29-, decisión que si bien fue recurrida en su momento por esta entidad (UGPP – archivo 30), esta Corporación inadmitió el recurso al no ser apelable la decisión, esto, independientemente si había lugar o no a dicha figura (litis consorte), quedando en firme la providencia que ordenó la intervención en aplicación del artículo 61 del C.G.P.¹².

Asimismo, en atención al recurso de la UGPP en su calidad de litis consorte, resulta pertinente traer a colación lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Civil, sentencia SC1627-2022, donde discurrió:

¹² **“Artículo 61. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio.** Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio.”. (Negrilla y subrayado de la Sala).

“Ciertamente, si los litisconsortes necesarios quieren conciliar, transigir o allanarse, entre otros supuestos, deberán hacerlo de forma unánime, porque el derecho en disputa no puede ser escindido, y por tanto no puede modificarse o renunciarse parcialmente. Pero nada obsta para que solo uno plantee un medio de defensa en favor del interés general, garantizando así la integridad de la relación jurídica controvertida y propiciando el beneficio indistinto de quienes componen la relación litisconsorcial.”
(Negrilla de la Sala).

En este orden de ideas se debe acoger la disposición imperante conforme a lo regulado en el Decreto 1859 de 2021, capítulo 6º, artículo 2.2.10.46.1, que prevé:

“Capítulo 6º, artículo 2.2.10.46.1.: *“Por el cual se adiciona el Capítulo 46 al Título 10 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1833 del 10 de noviembre de 2016 en relación con las reglas para la asunción de la función pensional del liquidado Instituto de Mercadeo Agropecuario – IDEMA-, por parte de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP y el pago a través del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional – FOPEP”, el cual dispone:*

ARTÍCULO 2.2.10.46.1. Asunción de Competencias. *A más tardar el 30 de diciembre de 2021, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP asumirá la función pensional y la administración de la nómina de los pensionados del liquidado Instituto de Mercadeo Agropecuario - IDEMA. Para el efecto, en la indicada fecha la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP deberá recibir la información correspondiente, y en el mes siguiente, el Fondo Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP efectuará el pago de la respectiva nómina.*

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural entregará un archivo plano con todos los datos necesarios que contenga la nómina de pensionados y los pagos de carácter pensional realizados, al administrador del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP, con antelación a la fecha en que se autorice el traslado por parte del Consejo Asesor al Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP y una vez se haya aprobado el correspondiente cálculo actuarial. Para los anteriores efectos, se levantará un acta de entrega que deberá ser firmada por las entidades antes del traspaso al Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP. Dichos archivos deberán ser actualizados para la fecha en la cual se inicien los pagos por parte del Fondo.

PARÁGRAFO 1. *Sin perjuicio de la competencia señalada en el presente artículo, quedará a cargo del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural la administración y pago de las mesadas pensionales de aquellas personas cuyos derechos se encuentren reconocidos antes del traslado de la función pensional a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y que sean rechazados posteriormente para el pago a través el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP por incompatibilidad pensional o por diferencias en el valor de la mesada previamente definida en el valor del cálculo actuarial aprobado.*

En estos eventos, hasta tanto el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural no proceda a la elaboración del cálculo actuarial y el mismo sea aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la prestación no podrá ser pagada por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP ni administrada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, siendo responsabilidad del Ministerio de Agricultura

y Desarrollo Rural la continuidad del pago de la prestación o el inicio de las acciones legales de haber lugar a ello.

PARÁGRAFO 2. Corresponde al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural el pago de las obligaciones pensionales, intereses, costas y agencias en derecho originadas en providencias judiciales pendientes de cumplimiento que hayan adquirido ejecutoria hasta el 30 de noviembre de 2021. El cumplimiento de las providencias judiciales que ordenen el reconocimiento de las obligaciones citadas anteriormente y cuya ejecutoria se surta después del 30 de noviembre de 2021, estará a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y su pago se efectuará a través del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP.

Cuando se trate de providencias judiciales que ordenen el reconocimiento y pago de pensiones por despido injusto o retiro voluntario, la competencia para su cumplimiento estará determinada en razón a la fecha en que se cause la edad de Jubilación. Para las causadas con anterioridad al 30 de noviembre de 2021 corresponderá al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y, para las causadas con posterioridad a dicha fecha, la competencia será de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP.” (subrayado y negrilla propio).

Como se advierte de la lectura del decreto en mención, especialmente del inciso final del parágrafo 2º, en tratándose de providencias judiciales que ordenen el reconocimiento y pago de pensiones por despido injusto, como es el caso del actor, el pago de la pensión aquí reconocida debe ser asumida por **LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL**, toda vez que el derecho prestacional se hizo exigible con anterioridad al **30 de noviembre de 2021**, más exactamente el 22 de octubre de 2018, lo que conduce a revocar los numerales 1º a 3º del fallo de primer grado, pues nótese, la *A quo* condenó a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP-**, no siendo jurídicamente esta entidad la llamada a responder, debiendo asumir las condenas **LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL**, por expresa disposición legal.

Asimismo, se revocará el numeral 5º y en su lugar se absolverá a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP-** de todas y cada una de las pretensiones incoadas.

En los términos anteriores, la Sala procede a revocar la sentencia de primer grado en los puntos anteriormente expuestos, confirmándose en lo demás.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar se **CONDENARÁ** a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** a pagar al aquí demandante señor **ALFREDO BABILONIA NEGRETTE** la pensión convencional de jubilación por ser empleado del extinto IDEMA a partir del 22 de octubre de 2018, debiéndose reconocer como retroactivo pensional la suma de **\$222.353.721**, por el periodo comprendido entre el 05 de diciembre de 1984 y el 20 de octubre de 1997, monto que deberá ser indexado al momento en que se produzca su pago y sin perjuicio de las mesadas de junio y diciembre que se causen con posterioridad.

SEGUNDO: CONDENAR a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** a incluir al señor **ALFREDO MANUEL BABILONIA NEGRETTE** en nómina de pensionados a partir del 1º de diciembre de 2023, con una mesada equivalente a \$3.628.850, junto con los incrementos anuales conforme al IPC y las mesadas adicionales del mes de junio y diciembre.

TERCERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia de primer grado para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP-**, de todas las pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo expuesto.

CUARTO: ADICIONAR el fallo de primera instancia, en cuanto a que se dispone **AUTORIZAR** a la **LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** a realizar los correspondientes descuentos por concepto de aportes a seguridad social en SALUD, del retroactivo adeudado al demandante.

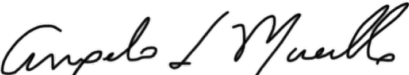
QUINTO: ADICIONAR el fallo de primera instancia, en el sentido de indicar que la pensión reconocida podrá ser compartida con la que eventualmente reconozca el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y en ese orden, **LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** solo deberá pagar el mayor valor entre lo reconocido por ésta y la respectiva entidad.

SEXTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de la Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JORGE EDUARDO
GERENA MORA CONTRA COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 36
2022 00030 01).

Bogotá D.C. veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión,
el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la
Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral 1º de la Ley 2213 del
13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el grado
jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones contra la sentencia proferida
por la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 19 de febrero de 2024
(Exp. Digital: audio archivo 23 Grabación Audiencia, Récord: 26:28), en la que se
resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por JORGE
EDUARDO GERENA MORA del régimen de prima media con prestación definida al
Régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del 1º de marzo de
1999, a través de la AFP ING.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., normalizar la afiliación del actor en el Sistema
de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFF y trasladar a la
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la
totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante,
incluyendo rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos
de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros
previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima,
debidamente indexadas. Así como entregar el archivo y el detalle de aportes
realizados durante la permanencia en el RAIS.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a
la historia laboral del demandante.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PROTECCIÓN S.A. Líquidense como agencias en derecho con la suma de un millón de pesos (\$1.000.000).

SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.”.

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada COLPENSIONES, a lo cual se procede previa la constatación de inexistencia de causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme a las siguientes:

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (**Página 6 del archivo “01Demanda”, expediente digital**), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (**Página 7, ibídem**), aspirando se declare la ineficacia de la afiliación efectuada el 21 de enero de 1999 ante la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN en consecuencia se efectúe el traslado a Colpensiones de todos los aportes, cuotas de manejo y rendimientos efectuados como si nunca se hubiese trasladado, 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 JORGE EDUARDO GERENA MORA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 1° de marzo de 1999 a través de DAVIVIR hoy PROTECCION, ordenando a la AFP a normalizar la afiliación del actor en el sistema de información de los afiliados a los fondos de pensiones y trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta ahorro individual del demandante, incluidos rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al Fondo de Garantía de pensión mínima debidamente indexados. Asimismo, se ordenó a COLPENSIONES a recibir los aportes e imputarlos a la historia laboral del demandante y declaró no probada la excepción de prescripción.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN 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 2002¹.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 2 de octubre de 1961 (*Página 25, Archivo “01Demanda” expediente digital*), por lo que la edad de 62 años, los cumplió en el año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el día 9 de septiembre del 2021 (*Página 51, Archivo “01Demanda” expediente digital*), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional y, otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994- por cuanto para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado **549.29**, semanas (*página 75, archivo 13*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

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
3858	551.14	0	0.00	13	1.86	5389	769.86	0	0.00	13	1.86
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 3845		SEMANAS: 549.29		DIAS: 5376		SEMANAS: 768.00					
El número de semanas se calculó con días calendario											

RESUMEN HISTORIA LABORAL							
Nit/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta	No.Días	Salario
P 1007104854	TURAMERICA LTDA	LABORAL	ISS	01/07/1983	31/12/1983	184	\$9,480
P 1007104854	TURAMERICA LTDA	LABORAL	ISS	01/01/1984	31/12/1984	366	\$11,850
P 1007104854	TURAMERICA LTDA	LABORAL	ISS	01/01/1985	01/06/1986	517	\$14,610
P 1006200109	BCO BOGOTA SUC CRA 7 CLL 23	LABORAL	ISS	20/05/1986	30/09/1986	134	\$17,790
P 1006200109	BCO BOGOTA SUC CRA 7 CLL 23	LABORAL	ISS	01/10/1986	31/12/1986	92	\$25,530
P 1006200109	BCO BOGOTA SUC CRA 7 CLL 23	LABORAL	ISS	01/01/1987	30/09/1987	273	\$30,150
P 1006200109	BCO BOGOTA SUC CRA 7 CLL 23	LABORAL	ISS	01/10/1987	31/03/1988	183	\$39,310
P 1006200109	BCO BOGOTA SUC CRA 7 CLL 23	LABORAL	ISS	01/04/1988	30/09/1988	183	\$41,040
P 1006200109	BCO BOGOTA SUC CRA 7 CLL 23	LABORAL	ISS	01/10/1988	31/12/1988	92	\$47,370
P 1006200109	BCO BOGOTA SUC CRA 7 CLL 23	LABORAL	ISS	01/01/1989	01/03/1989	60	\$54,630
P 1006200850	BANCO BOGOTA OF EL CASTILLO	LABORAL	ISS	23/05/1989	30/09/1989	131	\$41,040
P 1006200850	BANCO BOGOTA OF EL CASTILLO	LABORAL	ISS	01/10/1989	31/03/1990	182	\$61,950
P 1006200850	BANCO BOGOTA OF EL CASTILLO	LABORAL	ISS	01/04/1990	31/10/1991	579	\$70,260
P 1006200850	BANCO BOGOTA OF EL CASTILLO	LABORAL	ISS	01/11/1991	30/06/1992	243	\$123,210
P 1006200113	BANCO DE BOGOTA	LABORAL	ISS	01/07/1992	31/08/1992	62	\$111,277
P 1006200113	BANCO DE BOGOTA	LABORAL	ISS	01/09/1992	30/11/1992	91	\$134,712
P 1006200113	BANCO DE BOGOTA	LABORAL	ISS	01/12/1992	31/12/1992	31	\$336,780
P 1006200113	BANCO DE BOGOTA	LABORAL	ISS	01/01/1993	31/05/1993	151	\$142,254
P 1006200113	BANCO DE BOGOTA	LABORAL	ISS	01/06/1993	30/06/1993	30	\$355,635

P 1006200113	BANCO DE BOGOTA	LABORAL	ISS	01/07/1993	31/08/1993	62	\$142,254
P 1006200113	BANCO DE BOGOTA	LABORAL	ISS	01/09/1993	30/11/1993	91	\$169,737
P 1006200113	BANCO DE BOGOTA	LABORAL	ISS	01/12/1993	31/12/1993	31	\$424,343
P 1006200113	BANCO DE BOGOTA	LABORAL	ISS	01/01/1994	31/03/1994	90	\$178,712

En este orden de ideas, se tiene que es con fundamento en la ausencia del suministro de información que pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, la fecha de solicitud se realizó el **21 de enero de 1999 con fecha de efectividad el 01 de marzo de 1998** (páginas 24 y 71, archivo 13) por afiliación que hiciera a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y en el certificado SIAFP.

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 tunc², 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

² Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020.

deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia CS SL-1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC). Así, discurrió:

«1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen

Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.

Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello,

tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor al fondo accionado DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011³, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

³ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el

“RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado. (...)”

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo

335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁴, no acreditan que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores de DAVIVIR le indicaron que en dicho fondo podía obtener una mesada más alta que en el ISS, sumado a que también podía realizar aportes voluntarios.

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 Davivir hoy Protección (página 24, archivo 13), 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 PROTECCIÓN S.A. antes DAVIVIR proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración al demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende

⁴ **Interrogatorio absuelto por el demandante (récord 8:06) Audio archivo 22**

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 1999, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (solicitud efectuada el 21 de enero de 1999 con fecha de efectividad el 1º de marzo de 1999), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones PROTECCIÓN, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado el actor, del saldo o aportes existentes en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, comisiones, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora.

Pues así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

*“(...) De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor**, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. **En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.**”*

Debe precisarse esta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones, en cuanto a que PROTECCIÓN, **al momento de cumplir la orden emitida, deberán discriminar los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁵ propuesta por COLPENSIONES respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta (*Archivo 06 expediente digital, páginas 22 y 23*) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de

⁵ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 12 de octubre del 2022, archivo 09 del expediente digital.

un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará la sentencia en los puntos expuestos y se confirmará en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

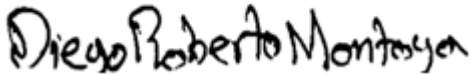
RESUELVE

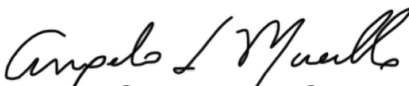
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en su numeral **SEGUNDO**, en cuanto a que **PROTECCIÓN S.A.**, al momento de cumplir la orden emitida, deberá discriminar los conceptos ordenados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

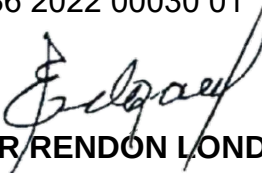
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN

036 2022 00030 01


ÉDGAR RENDON LONDOÑO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARLOS ERNESTO LEIVA BARRIOS CONTRA -COLPENSIONES- PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A. (RAD. 36 2022 00539 01).

Bogotá D.C. Veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral 1º de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 5 de febrero del 2024 (*Exp. Digital: audio archivo 22, récord 53:12*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por CARLOS ERNESTO LEIVA BARRIOS del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del 01 de marzo de 2001, a través de la AFP HORIZONTE.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCION, a normalizar la afiliación del actor en el SIAFP y trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas. Así como entregar el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual del accionante durante la vigencia de la afiliación de este con dicha AFP, por concepto de gastos de administración, comisiones, costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral del demandante.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEPTIMO: CONDENARSE en costas a PROTECCIÓN y PORVENIR Liquidándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, a cargo de cada una de las mismas.”.

Inconforme con la decisión PORVENIR adujo en su apelación que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por parte de la Corte Suprema de Justicia, también la misma corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicite la nulidad o la ineficacia de la afiliación por el incumplimiento del deber de información, precisando que en este caso el demandante, realizó válidamente su traslado al régimen de ahorro Individual de manera voluntaria, sin presiones e informado, todo esto de conformidad con la normatividad que estaba vigente para la fecha en que se realizó el traslado.

Manifiesta el demandante debía actuar con mediana diligencia, lo cual suponía por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, con mayor razón si los datos relevantes que permitían precisar las consecuencias de esa decisión estaban claramente determinados en normas legales de común conocimiento. asimismo, señala que el actuar de su representada siempre ha sido buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen y en ese orden de ideas, tampoco es procedente que la administradora deba restituir las sumas que pagó por conceptos de primas de los seguros previsionales, por cuanto esos ya no se encuentran en su poder, sino el de las compañías aseguradoras que contrató para la cobertura del pago de las sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones que por mandato legal así lo requieren.

Frente a la devolución de los gastos de administración aduce no resultan procedentes de conformidad con lo conceptuado por la superintendencia financiera de Colombia, al señalar dicho ente que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales se debe efectuar de conformidad con la norma específicamente prevista para ello, lo cual sería el artículo séptimo del decreto 3995 del 2008 disposición normativa que debe aplicarse en todos los casos en

que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que desde luego incluye en las restituciones.

Finalmente, respecto a la indexación, solicita revocar la decisión de instancia relativa a la en la medida que igualmente se dispuso de la devolución de los rendimientos del capital que se encuentran en la cuenta individual del demandante y como bien lo ha venido señalando tanto el tribunal superior del distrito judicial de Cundinamarca como el tribunal superior de Cali, se ha determinado que no es viable ordenar la indexación, pues con el traslado de los rendimientos financieros ya se está compensando cualquier tipo depreciación que haya podido tener la moneda en su poder adquisitivo. (*Exp. Digital: audio archivo 22, récord 47:44*¹)

¹ **APODERADA DE PORVENIR S.A.:**

Gracias señoría, de manera respetuosa me permito interponer recursos de apelación en contra de la sentencia de instancia, solicitando al honorable tribunal superior en su sala laboral se sirva revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaratoria ineficacia de afiliación del demandante al régimen de ahorro individual, así como las condenas impuestas en contra de la afp porvenir. conforme a las siguientes consideraciones, se debe decir que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por parte de la honorable y corte suprema de justicia, también la misma corporación ha indicado que no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos solicita la nulidad de ineficacia de la afiliación por el incumplimiento del deber de información, ya que en efecto debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para mí representada no sea en el presente asunto, pues el demandante realizó válidamente su traslado a régimen pensional de manera voluntaria, sin presiones informado, todo esto de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado ahora bien, con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual se encontraban establecidas en la ley 100 del 93, por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por mi representada o acercarse a sus canales de comunicación para averiguar más sobre su situación pensional y confirmar o ratificar la información que le fue brindada en el momento del traslado del régimen pensional. de igual manera, como todo consumidor financiero, el demandante debía actuar con mediana diligencia, lo cual suponía por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, con mayor razón si los datos relevantes que permitían precisar las consecuencias de esa decisión estaban claramente determinados en normas legales de común conocimiento. asimismo, se debe decir que el actuar de mi representada aquí llamaba juicio, siempre ha sido buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen y en ese mismo orden de ideas, tampoco es procedente que la administradora deba restituirlas sumas que pagó por conceptos de primas de los seguros previsionales, por cuanto esos ya no se encuentran en su poder, sino el de las compañías aseguradoras que contrató para la cobertura del pago de las sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones que por mandato legal. así lo requieren y como ya se indicó, pues este es un contrato de tracto sucesivo que ya surtió en plenos efectos, lo que no es dable que se obligue a mi representada a trasladar estas sumas, y en línea con lo señalado, también se debe indicar que la devolución de los gastos de administración resulten procedente de conformidad con lo conceptuado por la superintendencia financiera de Colombia, al señalar dicho ente que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales se debe efectuar de conformidad con la norma específicamente prevista para ello, lo cual sería el artículo séptimo del decreto 3995 del 2008 disposición normativa que debe aplicarse en todos los casos en que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que desde luego incluye en las restituciones ya por último, se solicita los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objeto de la con el impuesta a mi representada, en la medida que igualmente se dispuso de la devolución de los rendimientos del capital que se encuentran en la cuenta individual del demandante y ellos es así pues, como bien lo ha venido señalando tanto el tribunal superior del distrito judicial de Cundinamarca como el tribunal superior de Cali, se ha determinado que no es viable ordenar la indexación. todo eso con el traslado de los rendimientos financieros ya se está compensando cualquier tipo depreciación que haya podido tener la moneda en su poder adquisitivo. y es por toda la anterior señoría que solicitó respetuosamente a el honorable del tribunal superior revocar la sentencia de instancias respecto de las condenas impuestas en contra de la afp porvenir 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 (***Páginas 1 a 4, del archivo 1 expediente digital***), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (***Páginas 5 a 8, ibidem***), aspirando de manera principal se declare la ineficacia o en subsidio la nulidad o inexistencia de la afiliación al RAIS en consecuencia se condene a Porvenir y Protección a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por aportes obligatorios, voluntarios, rendimientos y gastos de administración generados durante su afiliación, ordenar a Colpensiones reactivar la afiliación, recibir las sumas devueltas, corregir y actualizar la historia laboral, condenar al reconocimiento y pago de perjuicios morales, y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado, efectuado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 1° de marzo de 2001 a través de HORIZONTE hoy PORVENIR, ordenando a la AFP PROTECCIÓN -como actual administradora- a normalizar la afiliación del actor en el sistema de información de los afiliados a los fondos de pensiones y trasladar junto con PORVENIR a COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta ahorro individual del demandante, incluidos rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al Fondo de Garantía de pensión mínima debidamente indexados. Asimismo, se ordenó a COLPENSIONES a recibir los aportes e imputarlos a la historia laboral del demandante y declaró no probada la excepción de prescripción, absolviendo de los perjuicios reclamados ante la falta de prueba de su causación.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR antes HORIZONTE 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 27 de diciembre de 1961 (*Página 32, Archivo 01 expediente digital*), por lo que la edad de 62 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES el 9 de agosto del 2022 (*Páginas 64 a 77, Archivo 01 expediente digital*), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, , y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -de acuerdo con el parágrafo del artículo 151³ de ésta ley lo sería hasta a más tardar el **30 de junio de 1.995** o en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental- por cuanto para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado un total de **663,85** semanas (4647 días) (*Archivo 09 página 58*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002,

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 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.

El actor se encontraba laborando para el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA desde el 27 de mayo de 1983 hasta el 30 de abril de 1996

para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

RESUMEN HISTORIA LABORAL						
Nit/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta	No.Días
P 1006117678	DISTRIB FRUTAS Y VERDURAS L	LABORAL	ISS	16/04/1980	30/11/1980	229
N 899999114	DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA	LABORAL	CETIL	27/05/1983	29/06/1992	3322
N 899999114	DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA	LABORAL	CETIL	30/06/1992	30/06/1995	1096
N 899999114	GOBERNACION DE CUNDINAMARCA	LABORAL	POST 94	01/09/1995	30/09/1995	30
N 899999114	GOBERNACION DE CUNDINAMARCA	LABORAL	POST 94	01/01/1996	31/01/1996	31
N 899999114	GOBERNACION DE CUNDINAMARCA	LABORAL	POST 94	01/02/1996	29/02/1996	29
N 899999114	GOBERNACION DE CUNDINAMARCA	LABORAL	POST 94	01/04/1996	30/04/1996	30
N 860400394	ASOCIACION AGRUPACION COLONIA VACAC	LABORAL	POST 94	16/11/1998	30/11/1998	15
N 860400394	ASOCIACION AGRUPACION COLONIA VACAC	LABORAL	POST 94	01/12/1998	31/12/1998	31
N 860400394	ASOCIACION AGRUPACION COLONIA VACAC	LABORAL	POST 94	01/01/1999	31/07/1999	212
N 860400394	ASOCIACION AGRUPACION COLONIA VACAC	LABORAL	POST 94	01/10/1999	31/12/1999	92

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 **1° de enero del 2001** con fecha de efectividad a partir del **1° de marzo del 2001** (págs. 35 y 50, *Archivo 8 expediente digital*), por afiliación que hiciera a Horizonte hoy Porvenir, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal

información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión «*libre y voluntaria*» contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».

En tal sentido, «*es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez*» (CSJ SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido

jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (CSJ SL2877 de 2020):

«(...)

De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».

Frente a este aspecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

«1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen

Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

⁴ Al tema puede consultarse la sentencia CSJ SL2877 de 2020 y CSJ SL4875 de 2020

De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.

Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en esta litis de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes

pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A. antes HORIZONTE.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con radicación No. 33083 del 22 de

noviembre de 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de

⁵ «Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando 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 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.

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

“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.

indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...).».

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información al accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁶, no acreditan que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que de la oficina de talento humano de a la entidad a donde ingresó a laborar en el año 2001, le dijeron que lo iban afiliar a Horizonte y que debía firmar un formulario, momento en el cual indica le entregaron los formatos para diligenciar sin ningún tipo de asesoría.

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 HORIZONTE hoy PORVENIR, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

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.

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 Horizonte hoy Porvenir (página 35, archivo 8), este no constituye en manera

⁶ Interrogatorio absuelto por el demandante (récord 13:09) Audio archivo 37

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 –Porvenir antes Horizonte- 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 2001, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos

y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR antes HORIZONTE, omitió en el momento del traslado de régimen (1° de enero del 2001 con fecha de efectividad a partir del **1° de marzo del 2001)**, el deber de información para con el promotor de este juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN (actual administradora ver pág. 56 Archivo 09) del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos como también por parte de ésta y de PORVENIR los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁷, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades⁸, igualmente la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará en su integridad la decisión de primer grado en este aspecto.

Lo anterior, teniendo en cuenta que así lo ha considerado el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

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.**”*

De otra parte, se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Frente a la orden de la devolución de los gastos de administración objeto de apelación por PORVENIR S.A., así como los seguros previsionales, se ha de indicar estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial, es decir, es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración y seguros previsionales. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia

de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos

*pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., **esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, **ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.***

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

*«Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, (...) que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. **deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración** al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)».*

Aquí resulta pertinente acotar, de cara a la alzada propuesta por PORVENIR S.A. que el concepto emitido por la Superintendencia Financiera no resulta vinculante, y en todo caso, la determinación de devolver los gastos de administración no resulta caprichoso, sino que, se itera, es consecuencia de la aplicación de los efectos de la declaratoria de ineficacia.

Y con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado de los anteriores conceptos argumento 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 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 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real» (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación, atendiendo la apelación de PORVENIR en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación No. 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia.

*Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados**, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor» (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

Advirtiéndose a PORVENIR, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de diferentes Tribunales no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

Por otro lado, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera 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 (*páginas 26 y 27, Archivo 07*), 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 adicionarán conforme a lo expuesto y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

⁹ Se estudia la excepción a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 21 de abril del 2023 (Archivo 12)

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 primer grado en el sentido de **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los conceptos objeto de devolución deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR TANNIA ÁLVAREZ MENESES contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. (37 2021 00144 01).

Bogotá D.C. veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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 COLFONDOS y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juez 37 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 24 de noviembre del 2024 (*Exp. Digital: audio archivo 21 Grabación Audiencia, Récord: 20:54*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora TANNIA ÁLVAREZ MENESES, del régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el instituto de seguros sociales al régimen del ahorro individual con solidaridad administrado por la administradora de fondo de pensiones COLPATRIA S.A, que tuvo como fecha de suscripción el 18 de febrero de 1997, en consecuencia, se declara válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, en los periodos de vinculación con la entidad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a transferir con destino a COLPENSIONES, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, en los periodos vinculados con la entidad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.”

Inconforme con la decisión la apoderada de COLFONDOS la apeló expresando no estar de acuerdo con la condena de la devolución de los gastos de administración pues el demandante no se vio afectado por el cobro de estos conceptos dado que si hubiera estado en el régimen de prima media igual se le hubieren causado el 3% para sufragar los gastos de administración y obtener la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte aunado a que las primas de seguro previsionales contratadas por la afp son en beneficio y provecho de los afiliados razón por la cual la entidad es una intermediaria y en consecuencia la afp recauda las primas de seguro en nombre y por cuenta de la aseguradora y dichos recursos no ingresan al patrimonio de la administradora por lo anterior es improcedente que la afp devuelva unos recursos que nunca recibió desde la perspectiva de la aseguradora previsional, solicitando revocar la condena en este aspecto. (Exp. Digital: audio archivo 21 Grabación Audiencia, Récord: 24:01¹)

¹ Gracias su señoría estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho en lo que tiene que ver con la condena en contra de Colfondos toda vez que dentro del proceso que nos ocupa no se estableció la responsabilidad a la afp y por ende no es viable devolver los gastos de administración además el demandante no se vio afectado por el cobro de estos conceptos dado que si hubiera estado en el régimen de prima media igual se le hubieren causado el 3% para sufragar los gastos de administración y obtener la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte así de acuerdo a la línea jurisprudencial de la honorable corte suprema de justicia los gastos de administración son procedentes bajo los siguientes argumentos primero la ratio decidendi de la línea jurisprudencial de la corte suprema de justicia es de proteger a los afiliados pero debe anotarse que en cualquiera de los dos regímenes se cobra la comisión del 3%, dos en el mencionado porcentaje en un caso correspondiente a un capital destinado a financiar la pensión razón por la cual la no devolución de este concepto no afecta la pensión del afiliado a el régimen de prima media de otro lado en cuanto a las primas de seguro previsionales contratadas por la afp en beneficio y provecho de los afiliados razón por la cual la entidad es una intermediaria en consecuencia la afp recauda las primas de seguro en nombre y por cuenta de la aseguradora y dichos recursos no ingresan al patrimonio de la administradora por lo anterior es improcedente que la afp devuelva unos recursos que nunca recibió desde la perspectiva de la aseguradora previsional debe señalarse que se prestó efectivamente el servicio es decir por tratarse de un contrato de ejecución sucesiva ella asumió los riesgos de invalidez y muerte del afiliado y si los mismo se hubieren materializado les hubiere correspondido el pago de la suma adicional para financiar las correspondientes pensiones es decir se trata de un contrato que fue debidamente ejecutado y cuyos efectos no se pueden retrotraer como consecuencia de la ineficacia, así pues asumir esta condena en los términos expuestos por el despacho es contrario a lo expuesto en el principio constitucional en el inciso 7 del artículo 48 de la constitución nacional pues se vulneran la sostenibilidad financiera del sistema de acuerdo a lo anterior solicito al honorable tribunal superior de Bogotá tenga en cuenta que el actuar de la entidad que represento estuvo cobijada de inicio a fin por el principio constitucional de buena fe puesto que el actuar de la entidad estuvo reglada por los parámetros legales dispuestos para ese entonces muchas gracias su señoría.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (página 6, *Archivo 01 expediente digital*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 1 a 6 *ibídem*), aspirando principalmente se declare la ineficacia del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual efectuado el 1° de febrero de 1996 o en subsidio la nulidad del mismo, en consecuencia se condene a Protección a entregar a Colpensiones el capital ahorrado más los frutos y beneficios que ha percibido, los gastos de administración y cuota de manejo que hubiesen descontado, costas y agencias en derecho, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del acto jurídico del traslado entre regímenes que efectuó el demandante del régimen de prima media con prestación Definida, administrado en su momento por el Instituto de Seguros Sociales al Régimen de Ahorro Individual Solidaridad, administrado por el Fondo de Pensiones Colpatria, teniendo como fecha de suscripción el 18 de febrero de 1997 (data que se encuentra en el formulario de afiliación con dicha AFP y que señala vinculación inicial) en consecuencia, se declaró válida la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES, condenó a PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS S.A. a transferir con destino a COLPENSIONES todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.**

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, no se logró acreditar por parte de COLFONDOS S.A. el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado, ayudándole a tomar una decisión acertada sobre la construcción de su derecho pensional.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

Así las cosas, en el expediente se encuentra acreditado que la fecha de nacimiento de la actora fue el 21 de enero de 1969 (pág. 18, Archivo 1 expediente digital), por lo que la edad de 57 años la cumpliría el mismo día y mes del año 2026, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 13 de octubre del 2016 (págs. 56 y 57 Archivo 1 expediente digital), esto es, cuando se encontraba a diez años para adquirir el derecho pensional y, de otra parte, se tiene, la actora no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para

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”.

esa data, apenas había cotizado **33,71³** semanas al sistema(*Historia Laboral válida para bono pensional Archivo 06 expediente digital, pág. 44*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante es con fundamento en la ausencia del suministro de información que pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **31 de diciembre de 1994** con fecha de efectividad a partir del **01 de enero de 1995** por afiliación que hiciera a ING hoy PROTECCIÓN, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS (archivo 06, página 25), **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 PROTECCIÓN, acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

3

RESUMEN HISTORIA LABORAL								
Nit/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta	No.Días	Salario	Error/ observación
P 13017100433 - 11	RECRETUR LTDA	LABORAL	TRADICIONAL	30/03/1993	06/11/1993	222	\$89,070	
P 6028401424 - 11	GENTE OPORTUNA BOYACA LTDA	LABORAL	TRADICIONAL	18/03/1994	31/03/1994	14	\$107,675	
P 6028401424 - 11	GENTE OPORTUNA BOYACA LTDA	LABORAL	TRADICIONAL	01/04/1994	14/07/1994	105	\$98,700	
P 6028401424 - 11	GENTE OPORTUNA BOYACA LTDA	LICENCIA	TRADICIONAL	15/07/1994	31/07/1994	17	\$98,700	3072,
P 6028401424 - 11	GENTE OPORTUNA BOYACA LTDA	LABORAL	TRADICIONAL	01/08/1994	01/08/1994	1	\$98,700	
P 13017100158 - 11	COOP SANTANDEREANA DE TRANS	LABORAL	TRADICIONAL	07/12/1994	31/12/1994	25	\$150,000	

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
236	33.71	0	0.00	0	0.00	384	54.86	17	2.43	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 236		SEMANAS: 33.71				DIAS: 367		SEMANAS: 52.43			
El número de semanas se calculó con días calendario											

Precisándose en este punto, la Sala modificará el numeral 1º de la sentencia de primer grado para establecer que la fecha de efectividad del traslado lo fue el **31 de diciembre de 1994** con fecha de efectividad a partir del **01 de enero de 1995** a la **AFP ING hoy PROTECCIÓN** y no el 18 de febrero de 1997 con COLPATRIA hoy PORVENIR como erradamente se señaló, pues la Sala le da plena validez al registro de ASOFONDOS donde expresamente se anotó el traslado de régimen conforme a lo aquí dicho.

asofondos

Revisión colombiana de administradores de fondos de pensiones y cesantías

USUARIO: PRCJIMENEZL01

CARLOS ANDRES JIMENEZ LABRADOR

26 de Mayo de 2021

Registrar servicio

Buscar en Wiki SIAFP

¿ ? 📄 🔄

Á través de |

Afiliados

Personas

Aportantes

Pagos

Estadísticas

Documentación

Entrega HL al RPM

Usuarios

Administrador de Tareas

Hist

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 11:09:46 AM

Afiliado: CC 46363969 TANNIA ALVAREZ MENESES [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 46363969

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1994-12-31	2004/04/16	ING	COLPENSIONES		1995-01-01	2002-04-30
Traslado de AFP	2002-03-05	2004/04/16	PROTECCION ING			2002-05-01	2007-02-28
Traslado de AFP	2007-01-31	2007/02/19	ING	PROTECCION		2007-03-01	2012-12-30
Cesión por fusión	2012-12-31	2012/12/29	PROTECCION ING			2012-12-31	

4 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 46363969

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1994-12-31	1996-12-09	01	AFILIACION	ING	
2002-03-05	2002-04-05	79	TRASLADO AUTOMATICO	PROTECCION	ING

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Aclarado lo anterior, parte la Sala entonces por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “libre y voluntaria” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone

necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136-2016, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».

En tal sentido, «es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez» (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

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 CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

«1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen

Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes

pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.

Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales,

verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN antes ING.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

⁵ «Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características dila demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, 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

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia CSJ SL1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

«(...) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(...)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

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 desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...).

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues indicó no recordar si el traslado de régimen se dio en 1994 o en 1997, pero que en todo caso solo sabe que para el momento de su traslado le expresaron que el ISS se iba acabar y por ende la administración de las pensiones estaría a cargo de entidades privadas, quienes otorgarían mayores rentabilidades y posibilidades de pensión a una menor edad, razón por la cual firmó el formulario de afiliación.

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PROTECCIÓN antes ING haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es que los

⁶ Audiencia 13 de septiembre del 2023, récord 24:02

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 a la demandante para efectuar el traslado de régimen.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PROTECCIÓN proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora -PROTECCIÓN- no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el

empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.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 acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año **1994**, cuando se produjo el traslado de la aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (31 de diciembre de 1994, efectivo el 1° de enero 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.

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, las primas de los seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, así como la activación de su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto ésta Sala de Decisión adicionará el numeral segundo y tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS deberán retornar además de los anteriores

conceptos, **las comisiones y todo debidamente indexado** con cargo a sus propias utilidades⁷.

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, atendiendo que el a quo no lo ordenó en la parte resolutive, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo 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.”

⁷ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real.” (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor.” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Ahora frente a la apelación de COLFONDOS S.A., relacionada con la orden impuesta de la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir, es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración y seguros previsionales. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., **esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.**

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, **ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.**

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Igualmente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

«Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, (...) que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. **deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración** al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...).»

Por otro lado, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin

efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *«el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas»* (Sentencia CSJ SL2877-2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES – entidad a favor de quien se surte la consulta (pág. 20, *Archivo 10 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 por, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se modificará y 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,

⁸ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 5 de octubre del 2023 (*Archivo 13 expediente digital*)

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** del fallo del Juez *a quo*, para establecer que la fecha del traslado de la accionante lo fue el **31 de diciembre de 1994** con fecha de efectividad a partir del **01 de enero de 1995** a la AFP ING hoy PROTECCIÓN, conforme lo aquí señalado.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en su numeral **SEGUNDO y TERCERO**, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** a retornar los conceptos señalados por la Juez de primer grado debidamente **indexados** como también **las comisiones**, con cargo a sus propias utilidades, conforme a lo considerado.

TERCERO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

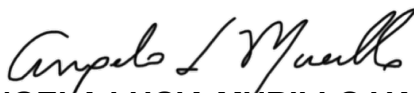
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



ÁNGELA LUCÍA MIRILLO VARÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO NUBIA MERCEDES RODRÍGUEZ SARASTI CONTRA CONGREGACIÓN DE HERMANAS DE LA CARIDAD DOMINICAS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SANTÍSIMA VIRGEN- PROVINCIA DE BOGOTÁ, PROPIETARIA DEL COLEGIO LA PRESENTACIÓN DEL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ. (RAD. 37 2021 00554 01).

Bogotá D.C. veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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 ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandante y demandada en contra de la sentencia proferida por el Juez 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el día 01 de febrero de 2023. (*Expediente digital, archivo 18, acta audiencia, parte Nro. 4*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada CONGREGACIÓN DE HERMANAS DE LA CARIDAD DOMINICAS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SANTÍSIMA PROVINCIA DE BOGOTÁ a reconocer y pagar a favor de la demandante señora NUBIA MERCEDES RODRÍGUEZ SARASTI los siguientes conceptos derivados de la reliquidación salarial en los términos ordenados en la parte motiva de la sentencia así:

- a) Por la suma de \$2.821.245,60 por concepto de la diferencia de salario dejados de pagar.
- b) Por la suma de \$414.391 por concepto de auxilio sobre las cesantías.
- c) Por concepto de \$3.729,52 por concepto de intereses sobre las cesantías
- d) Por la suma de \$207.195,50 por concepto de prima de servicios.
- e) Por la suma de \$31.079,33 por concepto de compensación de vacaciones.

SEGUNDO: CONDENAR: a la demandada CONGREGACIÓN DE HERMANAS DE LA CARIDAD DOMINICAS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SANTÍSIMA PROVINCIA DE BOGOTÁ a reconocer y pagar a favor de la demandante señora NUBIA MERCEDES RODRÍGUEZ ARASTI cómo obligación de hacer consistente en el pago a favor de Colpensiones por

concepto de la diferencia en los aportes con destino al sistema de Seguridad Social en pensiones con el reconocimiento de los intereses causados por los siguientes periodos y con base en los siguientes ingresos base de cotización:

- a) *Para el año 2010 con el ingreso base de cotización en la suma de \$26.922.*
- b) *Para el año 2011 en la suma de \$70.443.*
- c) *Para el año 2012 en la suma de \$70.825.*
- d) *Para el año 2013 en la suma de \$189.745.*
- e) *Para el año 2014 en la suma de \$612.695.*
- f) *Para el año 2015 en la suma de \$690.223.*
- g) *Para el año 2016 en la suma de \$801.039.*
- h) *Para el año 2017 en la suma de \$872.836.*

De conformidad con lo anterior, una vez ejecutoriada la decisión deberá solicitarse la respectiva liquidación ante Colpensiones para que una vez se obtengan el plazo de 15 días se proceda al pago efectivo de la obligación ante Colpensiones.

TERCERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE *la excepción de prescripción, así como también declarar probada la excepción de buena fe. En consecuencia, se dispone la absolución de la entidad demandada de las demás pretensiones invocadas en su contra.*

CUARTO: SIN COSTAS *en esta instancia.”*

Inconforme con la anterior decisión y como se expuso previamente, los apoderados judiciales de las partes sustentaron sus recursos de alzada en los siguientes términos:

La representación de la parte demandante señaló estar inconforme con la decisión proferida en cuanto a la declaratoria de la prescripción de las cesantías desde el inicio de la relación laboral (2.009) pues en su sentir las cesantías no prescriben pudiendo ser reclamadas cuando se realiza de manera errada su liquidación. Para sustentar su posición enunció lo previsto en el artículo 254 del Código Sustantivo Del Trabajo, indicando que la demandada si conocía que estaba cancelando el salario a la convocante por debajo de lo establecido en el escalafón nacional docente, razón por la cual no pueden verse afectadas por el fenómeno prescriptivo solicitando se condene a la convocada a cancelar las diferencias que por concepto de cesantías le adeudan a la demandante desde el año 2.010.

En igual sentido manifestó su inconformidad con la absolución referente a la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo como también en la prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1.990, como quiera que tal y como fue expuesto en la parte resolutive de la sentencia hoy recurrida,

la demandada si cancelo de manera deficitaria el salario a la actora. (Expediente digital, archivo 18, acta audiencia, parte Nro. 4, récord 37:30 a 43:56)¹

¹ RECURSO DE APELACIÓN DEMANDANTE:

“Interpongo el recurso de apelación para que sea resuelto por el Tribunal que es el Superior jerárquico frente a esta decisión en lo referente única y exclusivamente a la decisión que se toma de la prescripción de las cesantías desde el inicio de la relación como se estableció en la demanda desde el año 2009 al año 2019, toda vez que como lo indica la sentencia de la Corte Suprema de Justicia sala laboral radicado 40.509 del 3 de julio del 2019 las cesantías no prescriben por lo cual se debe se puede reclamar desde el momento en que se liquidaron mal, en concordancia además de lo anterior con el artículo 254 señoría del código sustantivo del trabajo donde se habla de prohibición de pagos parciales las mismas, auxilio de cesantías.

En el cual menciona que se prohíbe a los patronos efectuar pagos parciales del auxilio de las cesantías antes de la terminación de contrato de trabajo salvo en los casos expresamente autorizados y si los efectuaren perderán las sumas pagadas sin que se pueda repetir. De igual forma en este caso la empleadora líquido mal las cesantías aun sabiendo teniendo conocimiento de que estaba contratando por debajo del establecido en el escalafón nacional docente, tal y como su señoría en sentencia en el fundamento de la decisión de la sentencia lo expresa sobre que tenía conocimiento expreso manifestado además en la contestación de la demanda por la parte pasiva que señala el conocimiento de que los estaban pagando los salarios por debajo y como tal entonces también incurrió en el error de la liquidación de las cantidades por este motivo interpongo recurso de apelación para que sea resuelto por el superior jerárquico para este caso. Frente a que se lleve a cabo o que se cambie la decisión en cuanto a la prescripción de las cesantías que para su efecto debe condenarse a la pasiva del presente proceso a que se paguen las diferencias de las cesantías desde el año 2009 o desde el año 2010 para su efecto es legal de causación de la cesantía.

Además de lo anterior frente a la sanción moratoria por el no pago también interpongo recurso de apelación para que sea resuelto por el Tribunal Superior en lo referente a que como quedó demostrado sí hubo tanto en el interrogatorio de parte presentado además por la por la representante de la parte pasiva, quedo demostrado que ellos sí tenían la entidad si tenía conocimiento de que este proceso de contratación se debía hacer conforme al escalafón nacional docente y no con el conforme al código sustantivo del trabajo como contesta además la pasiva a través de su apoderado en la contestación de la demanda, es decir que ellos sí tenían conocimiento y que no, no, no realizaron los pagos cierto, de estos montos de estas sanciones por esta sanción al finalizar la relación laboral aunque tenían conocimiento previo como lo como lo manifiesta la misma la misma parte demandada especialmente en los hechos o mejor en los hechos de la contestación de la demanda en los numerales 24, 26 32 y 33, especialmente me voy a referir al número 32 donde manifiesta en una respuesta abro comillas no es cierto en el cuerpo de los contratos se incluyó el escalafón sí se incluyó el escalafón en el acápite de la presentación y en el cuerpo del contrato no se concentrará las cláusulas que afirman, la pasiva sí tenía conocimiento señoría como lo confirma en la respuesta de la demanda además de todos los hechos como el hecho 5,7,9,11,12,14,16,18,20,21,24,26 y 28 donde manifiesta que sí tenían conocimiento de que mi prohijada estaba bajo el escalafón nacional docente y que conforme a ese es que debían realizar la liquidación.

En este sentido para el año 2019 tal y como usted lo decide en la presente decisión valga la tautonomasía usted mismo manifiesta que para el año 19 años una hay diferencia salarial de \$ 220.264 pesos y este sentido quiero decir que esta diferencia salarial fue con la que se liquidó el contrato de trabajo, por tal motivo la sanción aplicaría tanto para las cesantías como para la sanción de terminación de contrato de trabajo artículo 65 del código sustantivo del trabajo además también que el código sustantivo de trabajo en el artículo 65 manifiesta que no solamente la sanción aplica para el pago para el por el no pago de la liquidación sino también por el no pago de los aportes a la Seguridad Social, toda vez que usted en decisión condena a la pasiva que realicen los respectivos pagos de las diferencias salariales a el en este caso para a la Colpensiones quien es la entidad que está en este momento o que tiene en este momento el recaudo de dichos montos de dinero, en ese sentido su señoría es que se interpongo mi recurso de apelación para que sea en este caso tenido en cuenta por el honorable tribunal y sea cambiada la decisión estrictamente como lo manifesté anteriormente muchas gracias.”

Por su parte el apoderado de parte demandada sustenta su recurso de apelación solicitando se absuelva a su prohijada en razón a que en las instituciones educativas privadas no están obligadas a cancelar un salario igual al establecido al sector oficial, pues en estos la norma aplicable es lo establecido en el Código Sustantivo Del Trabajo, siendo entonces reconocido el escalafón docente a las personas que pertenecen o quieren pertenecer a planteles públicos. Con relación a la manera en la que se debe remunerar a las personas que laboran en instituciones privadas indico que estas solo podrán vincular en sus plantas docentes de reconocida idoneidad, siendo entonces ese factor de idoneidad el que se debe tener en cuenta para fijar el salario y no si pertenece o tienen algún escalafón.

Añadió que el precedente jurisprudencial no estableció que los docentes que sean contratados en la educación privada se les deba remunerar por grado de escalafón, sino que deben ser cancelados sus obligaciones conforme al código sustantivo del trabajo y al mismo articulado de la Ley 114 del 1.994. Adujo en su discurso las sentencias proferidas por la Corte Constitucional C 673 de 2.001 y por la Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Laboral radicado 15.623 del 2.001. (*Expediente digital, archivo 18, acta audiencia, parte Nro. 4, récord 44:04 a 50:25*)²

² RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA:

Muchas gracias su señoría procedo a interponer en esta instancia y conforme al artículo 65 de código procesal laboral y de Seguridad Social, artículo apelación referente a la parte en mención que establece este despacho sobre el pago de las diferencias salariales comprendidas entre el 2010 hasta el 2019 el cual establece que para llegarse a esta decisión se tuvo en cuenta el artículo 197 de la ley 115 del 94, el cual como es en la sentencia 252 del 95 fue declarado constitucional. Mi motivos de llegar a esta decisión su señoría es que como lo ha establecido la sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia en su radicado 15623 del 23 de abril de 2001 magistrado ponente Francisco Escobar Henríquez en esta se establece abro comillas que, adicionalmente la mencionada ley 115 de 1994 artículo 196 dispuso que el régimen laboral legal aplicable a las relaciones laborales y a las prestaciones sociales de los educadores de establecimientos educativos privados será el del código sustantivo del trabajo de suerte que nos demás efectos no regulados específicamente se aplicará el régimen laboral.

Ahora conforme a las sentencias enunciadas como como en la C 673 del 28 de junio de 2001 magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa que declaró la exequibilidad del artículo cuatro del decreto 2277 del 79, se mencionó que para efectos de qué se entiende por el escalafón nacional ese es solamente hace referencia para aquellas personas que quieran pertenecer a los establecimientos de educación superior o básica pública más no la privada, es por esta razón que en esta misma sentencia el magistrado ponente establece que es el legislador el que debe establecer si son procedentes o no procedente las diferencias que justifican los salarios entre el escalafón docente y lo que deben devengar los mismos docentes en parte privada.

Por esta razón su señoría estás sentencias que ya enuncié y que vuelvo a reiterar en este recurso como son la 673 del 2001 483 del 95 y la sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia radicado 15623 del 2001, esas sentencias establecen que no es exigible el grado de escalafón nacional sino como lo establece la ley 115 del 94 Ley General de educación en su artículo 198,

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 las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Página 10 a 16 del archivo 01 del expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 2 a 10 ibidem), aspirando de manera principal a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo y que la CONGREGACIÓN DE HERMANAS DE LA CARIDAD DOMINICAS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SANTÍSIMA VIRGEN - PROVINCIA DE BOGOTÁ incumplió lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C 252 de 1995 estos es, le dejo de cancelar el salario que le correspondía según el grado que ostenta en el Escalafón Nacional de Docentes.

En consecuencia, solicito se condene a la convocada al reconocimiento y pago de las diferencias salariales dejadas de percibir desde el año 2.010 hasta el 2.019: reliquidación de las cesantías, intereses las cesantías, prima de servicio, vacaciones, aportes a seguridad social en salud y pensión; junto con la indemnización por falta de pago prevista en el artículo del CST y la sanción prevista en el artículo 50 de la Ley 50 de 1.990., perjuicios, indexación, costas procesales y demás derechos que resulten probados bajo las facultades *extra y*

concordante con el inciso segundo del artículo 68 del decreto 2608 de junio 19 de 2002 que los establecimientos educativos privados salvo las excepciones previstas en la ley, solo podrán vincular a sus plantas docente personas de reconocida idoneidad, sobre esa palabra idoneidad la subrayo y en mayúscula ética y pedagógica con título de educación o profesional expedida por una Universidad o una institución educativa superior, en las anteriores sentencias y en lo como según se establece en una ley 115 del 94 para el pago de las asignaciones básicas de los docentes en la educación básica privada, solamente se debe tener en cuenta es la idónea de la persona más no es grado de escalafón, por tanto es así que quedó abierto para que sean contratados diferentes personas de distintas profesiones entre esos abogados los cuales podemos enseñar filosofía, ética o algunas conductas o materias afines a nuestra carrera. Igualmente los ingenieros ya de cualquier tipo sean ingeniero civil otra clase de ingeniería pueden dictar ya sea cálculo matemático o la misma matemática o trigonometría, es por esta razón que solicito con el debido respeto a la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá que se atiendan favorablemente estas peticiones y que no son procedentes reiteró lo señalado por el a quo en lo que es referente a las diferencias salariales, conforme al grado de escalafón entre el 2010 al 2019 ya que como el precedente jurisprudencial no estableció, reiteró que los docentes que sean contratados en la educación privada se le deban pagar por grado de escalafón sino deben ser cancelados sus obligaciones conforme al código sustantivo del trabajo y al mismo articulado 196 de la ley 114 del 94. Muchas gracias su señoría y de esta forma reiteró el recurso de apelación sobre las diferencias salariales que usted estableció en las sumas indicadas entre el 2010 y 2019 y solicito al magistrado potente que sea designado por el ad quem sean atendidas favorablemente muchas gracias.

ultra petita.

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones por cuanto se accedió a la reliquidación de prestaciones sociales, salarios, vacaciones; como también los aportes a seguridad social en pensión incluyendo en la base salarial la diferencia entre lo previamente cancelado por la pasiva y lo que debió devengar la demandante en razón al grado de Escalafón Nacional de Docentes que le fue reconocido por la Secretaria de Educación. Se absolvió a la demandada de la indemnización moratoria e indemnización por no consignación de las cesantías; se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de los derechos causados con anterioridad al 03 de diciembre de 2018 y la de buena fe propuestas por la convocada, sin costas en esa instancia.

Consideración a la que arribo el Juez de primer grado con fundamento en la sentencia proferida por la Corte Constitucional C 252 de 1.995 que declaro INEXEQUIBLE la expresión *“ochenta por ciento (80%) del”* del artículo 197 de la Ley 115 de 1994 *“por la cual se expide la ley general de educación”*, en razón al trato desigual que se presentaba entre los docentes del sector oficial y privado en punto a la remuneración mínima a percibir. Preciso que el referente que se debe seguir para establecer la remuneración de los docentes del sector privados debe ser entonces el establecido por el Escalafón Nacional que determina el Gobierno Nacional. Lo que le permitió concluir que en efecto la demandada no reconoció el salario a la actora con base al salario fijado a cada uno de los escalafones a los cuales se encontraba inscrita durante la vigencia de la relación laboral; supuestos que aseguro se corroboraron con los aportes a seguridad social realizados en favor de la señora RODRÍGUEZ más exactamente en los años 2.018 y 2.019 cuando se encontraba inscrita en el escalafón 12 reconocido mediante la Resolución 0217 de 2.012. Por lo anterior, accedió a las pretensiones incoadas por la demandante teniendo en cuenta la diferencia entre la base salarial considerada por la empleadora y la que debió efectivamente tener en cuenta.

Luego de determinar la procedencia de la reliquidación pretendida abordo el estudio de la excepción de prescripción, determinando que no se encontró dentro del plenario prueba alguna que demostrara que la promotora del juicio presentara reclamación alguna ante la demandada previo a iniciar este proceso, por lo que

su interrupción se produjo con la presentación de la demanda radicada el día 03 de diciembre de 2.021 conforme el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., por lo que declaro probada la excepción de prescripción de los derechos causados con anterioridad al 03 de diciembre de 2.018. Advirtió que referente a las cesantías del contrato celebrado en el año 2.018 se reconocerán de manera completa como quiera que su exigibilidad surgió al terminar la relación laboral. Frente a las cesantías señaló que se encontraban prescritas las causadas con anterioridad al año 2.017. En cuanto a la prima de servicios reconoció la causada a partir del primer trimestre del año 2.018 y frente a las demás pretensiones aplicó la excepción a partir del 03 de diciembre de 2.018.

Respecto a la diferencia en los pagos a seguridad social en pensión reclamados, sostuvo que al ostentar estos el carácter de imprescriptibles, no se encuentra afectados por este fenómeno.

Frente a la indemnización de que trata el artículo 65 del CST y la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 199 consideró, que en el presente caso si bien se presentó una diferencia en el pago que correspondía por aplicación de la sentencia C 252 de 1.995, la actuación del empleador en la celebración de los sendos contratos y a pesar de la interpretación errada de la aplicación de lo ordenado, lo cierto es que cumplió con el pago de los derechos mínimos de las demandante, incluso pago y liquido cada contrato con el salario pactado por la partes en el mismo. Razones que llevaron a la absolución de estos pedimentos.

Establecidos los antecedentes procesales, se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por las partes en los puntos concretos objeto de censura atendiendo el principio de consonancia (artículo 66 A 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).

La Sala empieza por definir que no es objeto de discusión la decisión a la que arribó la Juez de primer grado en cuanto las condena que por concepto de reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y aportes en pensión profirió, pues ello no fue objeto de apelación por ninguna de las partes.

De conformidad con el discurrir procesal esta sala de decisión define como problemas jurídicos a resolver: i) si la demandante debía percibir como remuneración mensual la establecida por el Gobierno Nacional y de acuerdo al grado que ostentará en el Escalafón Nacional de Docentes o si por el contrario, dicha remuneración aplica únicamente a los docentes del sector oficial y, ii) si procede o no la aplicación de la prescripción a las cesantías en forma como lo considero el juez de instancia, como también si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento o no de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST y de la SS, así como la sanción consignada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1.990.

Para resolver el primer numeral del problema jurídico planteado es necesario señalar que en materia salarial para educadores privados la Ley 115 de 1994 en su artículo 147 estableció una garantía de remuneración mínima, aplicable cualquiera sea la modalidad contractual en el sentido de que el salario que devenguen los educadores en establecimientos privados no podrá ser inferior al señalado para igual categoría a quienes laboren en el sector oficial (Inicialmente la norma estableció un 80% de dicha remuneración, pero tal aspecto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional³).

Por lo que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad de aquel precepto no es otro que el de comprender que, en adelante tanto docentes públicos como privados tienen derecho a recibir un salario igual, si se encuentran escalafonados en el mismo grado. De modo que, para la fijación de la remuneración mínima de los educadores al servicio de establecimientos de enseñanza privados, es menester que el empleador tenga en cuenta la pertenencia del trabajador a determinado grado en el escalafón nacional docente, y conforme a lo anterior, es el empleador a quien le corresponde en un principio exigir la categoría a la persona que va contratar para dar cumplimiento a la Ley general de educación 115 de 1994 y demás normas concordantes.

No obstante, puede ocurrir (como en el caso de autos) que en el transcurso de la relación laboral el trabajador ascienda en el Escalafón Docente, que al ser un acto admirativo de carácter particular no tiene porque tener conocimiento de esta situación el empleador, correspondiéndole al trabajador la carga de informar

³ Sentencia C 252 de 1995, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

cualquier recategorización o ascenso en el escalafón. Anterior posición que fue asumida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia identificada con radicado Nro. 29066 del 22 de febrero de 2.007⁴ en la que sostuvo:

“(...) Como consideraciones de instancia sirven las acabadas de esbozar en sede de casación, y adicionalmente se ha de acotar que el docente privado tiene derecho a devengar el salario asignado para la misma categoría en el sector oficial, de modo que para la fijación de la remuneración mínima de los educadores al servicio de establecimientos de enseñanza particular, es menester que el empleador tenga en cuenta la pertenencia del trabajador a determinado grado en el escalafón nacional docente, acorde con la jornada laboral impuesta, y conforme a lo anterior, es al empleador a quien le corresponde en un principio exigir la categoría a la persona que va a contratar para dar cumplimiento a la Ley general de educación 115 de 1994 y demás normas concordantes, y ya en el transcurso de la relación laboral es el trabajador quien tiene la carga de informar cualquier recategorización o ascenso en el escalafón. (...)”

Siguiendo el precedente reseñado se tiene que la parte demandante aportó copia de los contratos de trabajo suscritos con la demandada del año 2.009 al 2.019 (*Expediente digital, archivo 1, folio 34 a 93*) y que en virtud de lo dispuesto en el artículo 244 del CGP gozan de autenticidad, aunado al hecho de que no fueron tachados por la demandada. De la anterior documental se extrae que en los contratos celebrados del año 2.009 al 2.012 siempre se diligencio el aparte relacionado al escalafón que ostentaba la señora RODRÍGUEZ SARASTI, quien para dicho interregno de tiempo pertenecía al escalafón grado 10. Aspecto que se corrobora con la resolución 004906 de fecha 06 de julio de 2.007 expedida por la Secretaria De Educación De Cundinamarca quien resolvió: “*Ascender al educador RODRIGUEZ SARASTI NUBIA MERCEDES identificada con cedula de ciudadanía Nro. 21057969 al grado 10 en el Escalafón Nacional Docente.*”. (*Expediente digital, archivo 1, folio 145*)

En igual sentido a partir del año 2.013 se evidencia que la demandante al momento de suscribir el contrato laboral para esa calenda señaló que su escalafón ascendía al grado 12, siendo reconocido el mismo a través de la resolución Nro. 271 del 18 de septiembre de 2012, expedida por la Secretaria de Educación de Zipaquirá. (*Expediente digital, archivo 1, folio 147*)

⁴ M.P. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ.

Por lo expuesto, se evidencia que la demandada además de su obligación como empleadora de conocer el grado de escalafón al que pertenecía la demandante, le fue informado por esta en cada uno de los contratos celebrados, siendo entonces diáfano el deber que tenía para con la actora la CONGREGACIÓN DE HERMANAS DE LA CARIDAD DOMINICAS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SANTÍSIMA VIRGEN- PROVINCIA DE BOGOTÁ quien es propietaria del colegio la presentación del municipio de Zipaquirá, de cancelar el salario de acuerdo con el establecido en cada anualidad por el Departamento Administrativo De La Función Pública quien es la entidad que modifica la remuneración de los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media que se rigen por el Decreto Ley 2277 de 1979.

De lo hasta aquí motivado se concluye que no existe prueba alguna de la que se pueda inferir cosa distinta a lo decidido por el *a quo* frente a que la demandante debía devengar el salario previsto al escalafón al que pertenecía, destacando que esta remuneración siempre fue mayor a la devengada por la demandante conforme se evidencia de los contratos celebrados y a los que se hicieron mención previamente, como también del reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado al 06 de septiembre de 2.019 expedido por Colpensiones y en donde se evidencia que el IBC reportado en cada uno de los meses en que tuvo lugar la relación laboral hoy discutida (2.009 a 2.019), siempre se realizaron aportes en pensión por un salario inferior (*Expediente digital, archivo 1, folio 100 a 112*).

De modo que no se comparte la tesis planteada por el apoderado de la parte demandada en el sentido de que la remuneración no solo de la demandante si no de los docentes del sector privado no deben devengar lo establecido para cada grado del escalafón docente, pues como quedo expuesto la misma corte constitucional en sentencia C 252 de 1.995⁵ concluyo:

“(...) Finalmente, la diferencia de trato podría sustentarse en el hecho de que la remuneración de los docentes públicos es única, en tanto que la de los privados tiene un extremo mínimo que fija la ley y uno máximo que determinan las partes mediante el contrato, en cierta medida influido por el mercado. Esta tesis tendría validez si independientemente del mecanismo del señalamiento público de salarios - que en su ámbito necesariamente es

⁵ M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

unilateral -, su monto no respondiese exclusivamente a la idea de satisfacer las necesidades materiales y sociales básicas de los docentes públicos y sí, de otra parte, el promedio de los emolumentos privados superar el nivel del salario mínimo establecido en la ley. Empero, es un hecho público y notorio que la política salarial del Estado en este campo, se ha limitado por lo general a mantener un nivel de ingresos que les permita a los docentes públicos subvenir a sus necesidades básicas y paliar, en lo posible, los efectos adversos de la inflación.

Por otro lado, el promedio de salarios de los maestros privados es inferior al de los maestros públicos. De ahí que, si la política salarial responde a la idea del mínimo vital para la categoría de los docentes, no se logra explicar porqué la remuneración mínima privada es inferior a la pública, si además, como se ha visto, no concurren motivos razonables que expliquen la diferencia de trato. La educación, tanto pública como privada, tiene el carácter de servicio público (CP art. 67). Por consiguiente, la materia del salario mínimo de los docentes puede ser objeto de regulación por parte del Estado. Sin embargo, como se deduce de lo expuesto, la ley que define dicho nivel salarial no puede introducir una diferencia de trato que carezca de justificación objetiva y razonable. (...)

Por lo expuesto, esta Sala confirmara en este punto la decisión recurrió por cuanto es evidente que los docentes indistintamente del sector en donde laboren tienen un trato igual en materia salarial fijado por el escalafón docente el cual debió ser tenido en cuenta para fijar la remuneración salarial que devengaría la hoy demandante. En ese orden de ideas, como ya se anunció, los argumentos de la parte accionada no tienen vocación de prosperidad, de ahí que se imponga la confirmación de la decisión de primer grado en ese puntualísimo aspecto, advirtiendo que no existió otro reproche puntual en torno a los valores objeto de reajuste.

Ahora frente a los argumentos de apelación de la parte actora, esta Corporación resolverá en primer lugar sobre el pago de la **reliquidación de las cesantías** respecto de las cuales indica el recurrente que las mismas se debe conceder desde el año 2.009 al 2.019, esto es por todo el tiempo de la relación laboral y no como consideró el juez de instancia las causadas en el año 2.018 y 2.019 cuando aplico la excepción de prescripción.

En este sentido baste con señalar que siguiendo el criterio emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia esta prestación es exigible a la terminación del contrato de trabajo. Al respecto se pueden consultar las sentencias SL 959-2023, Radicación No. 88361 del 3 de mayo de 2023, SL 912-

2023, Radicación No. 95013 del 3 de mayo de 2023, SL 970-2023, Radicación No. 60618 del 18 de abril de 2023, entre otras

No obstante, en el presente caso tal y como lo adujo el fallador de primer grado las cesantías declaradas por éste únicamente fueron las causadas como consecuencia de los contratos independientemente considerados por las partes en los años 2.018 y 2.019 en razón la existencia de los múltiples contratos suscritos estrés estos, siendo oportuno señalar de manera literal la parte motiva que frente a este punto expuso el a quo a saber: *“en relación con el auxilio de cesantías para el contrato de trabajo celebrado en el año 2.018 se reconocerá de manera completa para esta anualidad, pues su exigibilidad surgió al momento de la terminación de la relación laboral. No sucede lo mismo con el auxilio de cesantías que se hubiere causado con anterioridad, pues la exigibilidad fue particular sobre cada contrato celebrado por el periodo lectivo pertinente, por lo tanto las causadas con anterioridad al 2.017 serán objeto de la excepción de prescripción”*⁶

Es por ello, que atendiendo al principio de consonancia previsto en el principio de consonancia artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., esto es que el alcance de la apelación es el que marca el camino que esta corporación debe emprender, el despacho confirmara la decisión recurrida en razón a que como quedo visto no se ataco lo referente a la fecha que estableció el juzgador de instancia como interrupción del fenómeno extintivo - que tal y como se señaló líneas arriba, se produjo con la presentación de la demanda - si no únicamente lo relacionado a la prescripción puntual del auxilio de la cesantías que como se dijo es exigible a la terminación del contrato de trabajo y esa dirección conforme lo señalado en los artículos 488 del CST. y 151 del C.P.T. y de la S.S., los derechos laborales prescriben transcurridos tres años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles, y en esas condiciones, para el caso de autos la fecha de exigibilidad de los derechos de la accionante corresponde a la fecha de terminación de cada uno de los contratos individualmente considerados, no encontrando error alguno en la decisión proferida.

Continuando con la resolución del segundo de los problemas jurídicos planteados, es decir, lo que tiene que ver con la **indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST y la sanción prevista del artículo 99 de la Ley**

⁶ Expediente digital, archivo 18, acta audiencia, parte Nro. 4, récord 16:34 a 17:07.

50 de 1990, la jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad ha señalado que ni su imposición ni su exoneración es automática, dado que es necesario determinar si el empleador actuó de mala fe al resistirse a reconocerle al trabajador los derechos laborales que contempla el orden jurídico. (CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39600, CSJ SL 9156-2015, CSJ SL 1430-2018 reiteradas en sentencia SL-3345-2021).

También ha enseñado de manera pacífica esta alta Corporación en sentencia radicado 41005 del 23 octubre del 2.012, 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.

Pues bien, esta Sala comparte lo interpretado por el juzgado de primera instancia, en el sentido de absolver de estos pedimentos a la llamada a juicio, adicionando que si bien se probó que la demandada no cancelo el salario que debía devengar la parte actora en razón su posición dentro del escalafón docente que le fuere reconocido durante los distintos contratos que los unió, lo cierto es que de las conductas desplegadas por esta se deben valorar de manera conjunta, esto es que del material probatorio obrante en autos se puede verificar los emolumentos reconocidos por concepto de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios, tanto así que ninguna pretensión esta dirigía al reconocimiento de algún derecho que pudo desconocerse por el empleador, si no por el contrario todo se dirigió de manera inequívoca a la reliquidación de salarios y por consiguiente de las prestaciones que derivan de ello.

Lo anterior se corrobora con lo manifestado por la propia demandante al momento de rendir su interrogatorio, puntualmente cuando adujo lo siguiente: *“Pregunta: ¿manifieste a este despacho señora nubia si es cierto o no, que lo parte demandada liquido año a año los contratos laborales suscritos por usted conforme a la asignación básica mensual devengada y acordada entre las partes? Respuesta: sí.”*⁷

⁷ Expediente digital, archivo 18, acta audiencia, parte Nro. 3, récord 30:13 a 33:08.

Así las cosas, razonablemente se infiere que el comportamiento o la conducta del empleador en este particular caso conduce a ubicar el actuar de en el terreno de la buena fe, y en este caso no procede la sanción prevista en el artículo 65 del C.S.T. como tampoco la sanción prevista del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues no se extrae una actitud tendiente a desmejorar o burlar las prestaciones del trabajador, máxime si se tiene cuenta que la demandada siempre actuó bajo el convencimiento de que la remuneración en el sector privado era distinta a las fijadas para el sector oficial.

Destacando que si bien se condenó a la accionada al pago de las diferencias salariales en la cuantía señalada por el a quo, lo cierto es que la jurisprudencia ha indicado que si bien de cara a la imposición de la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta las decisiones, porque pese a que se mantiene este criterio, se considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, es decir, si el a quo como se dijo encontró una diferencia entre lo cancelado y que debía recibir como contraprestación de sus servicios, per se no es procedente inferir la existencia de mala fe de la convalidada y fulminar condena de manera automática. Así se sostuvo en sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en su Sala laboral, SL 072 de 2023, radicado 90.223 de fecha 31 de enero de 2023, donde enseñó:

“Al respecto, cabe recordar, que «reiteradamente esta Corporación ha sostenido que es el empleador quien debe asumir la carga de probar que obró sin intención fraudulenta» (CSJ SL194-2019). Así se explicó en sentencia CSJ SL2258-2022, en la que se dijo

Así entonces, no se advierte ánimo torticero tendiente a desmejorar las prestaciones de la accionante y conforme lo discurrido, al haberse acreditado razones atendibles se confirmará la absolución de dichos pedimentos.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación y conforme las motivaciones que preceden se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

EXP. 37 2021 00554 01 NUBIA MERCEDES RODRÍGUEZ SARASTI CONTRA CONGREGACIÓN DE HERMANAS DE LA CARIDAD DOMINICAS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SANTÍSIMA VIRGEN- PROVINCIA DE BOGOTÁ, PROPIETARIA DEL COLEGIO LA PRESENTACIÓN DEL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRÁ.

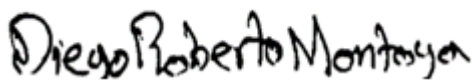
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.** Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

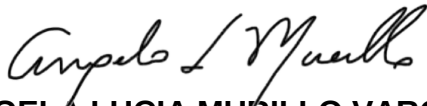
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIO DANIEL MOTTA
BELTRÁN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 39 2023 00185 01).**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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 el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante de la sentencia proferida por la Juez 33 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 12 de febrero del 2024 (*Exp. Digital: audio archivo 15, Récord: 31:49*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por COLPENSIONES, denominadas **INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO y COBRO DE LO NO DEBIDO.**

SEGUNDO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas por el señor MARIO DANIEL MOTTA BELTRÁN atendiendo las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS al demandante en favor de COLPENSIONES, liquidación en la que se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$500.000.

CUARTO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa al demandante.”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte DEMANDANTE, a lo cual procede previa la constatación

de inexistencia de causal de nulidad que invalide lo actuado y conforme a las siguientes:

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante MARIO DANIEL MOTTA BELTRÁN en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el acápite respectivo (págs. 11 y 12, archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados en la demanda (págs. 7 a 11), aspirando se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- a reliquidar su pensión tomando como base los últimos 10 años de cotización estableciendo un IBL de \$21.453.992 y una tasa de reemplazo del 70,5% para una mesada pensional de \$15.125.064, teniendo en cuenta el tope máximo de cotizaciones de los 25 smmlv para los meses de julio a octubre del año 2015, junto con la indexación de las sumas adeudadas, la mora en el pago de la diferencia adeudada, condenas *ultra y extra petita* y costas del proceso. Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto se absolvió de todas las pretensiones incoadas en contra a la accionada, al considerar el Juez de primera instancia que luego de realizar los cálculos respectivos no había lugar a la reliquidación con el IBL en la forma solicitada pues se obtuvo el mismo valor con el que liquidó Colpensiones, señalando la liquidación aportada por la parte actora presenta errores pues hubo meses en que no se tuvo en cuenta el tope máximo de los 25 smmlv, lo cual género que incrementara el IBL, no siendo viable acceder a dichos anhelos.

De esta manera, se tiene entonces el problema jurídico ante esta instancia recae en establecer si es procedente reliquidar la pensión del actor teniendo en cuenta un IBL de \$21.453.992 y una tasa de reemplazo del 70,5% para una mesada pensional de \$15.125.064.

Así las cosas, previo a resolver es necesario advertir, no es motivo de discusión en esta instancia que al demandante le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución SUB 308457 del 8 noviembre del 2022, en cuantía de \$14.068.128 a partir del 1 de julio del 2022, por encontrar acreditados los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, tomando como IBL \$20.456.781 y una tasa de reemplazo del 68.77% (págs. 43 a 49 Archivo 01 expediente digital)

Del mismo modo se advierte, dicha prestación fue objeto de reliquidación por Resolución SUB 5166 del 6 de enero del 2023, en donde se indicó que la prestación fue liquidada con el promedio de los 10 últimos años (IBL 1) y con el de toda la vida (IBL 2), siendo el más favorable el **IBL 1**, esto es el de los 10 ÚLTIMOS AÑOS, actualizando los IBC al año 2022, arrojando como valor de mesada pensional la suma de \$14.169.804 con un IBL de \$20.628.627 y una tasa de reemplazo del 68.69% así (págs. 55 a 60 Archivo 01 expediente digital):

Para el análisis de la pensión reconocida, se tomó en cuenta que el peticionario cumple los requisitos para los siguientes tipos de pensión, siendo aplicada por favorabilidad el indicado en la columna "Aceptada Sistema":

Nombre	Fecha Status	Fecha Efectividad	VALOR IBL 1	VALOR IBL 2	Mejor IBL	% IBL	Valor Pensión Mensual	Aceptada
1050 semanas progresivas, 55 o 60 años de edad Ley 797 del 2003- Legal	16 de diciembre de 2021	1 de julio de 2022	20,628,627	7,362,779	1	68.69	14,169,804	SI

Decisión que fue confirmada por acto administrativo DEP 3558 del 7 de marzo del 2023 señalando (págs. 62 a 68 Archivo 01 expediente digital):

Que a partir de lo anteriormente enunciado se procedió a realizar la liquidación de la prestación reconocida, la cual se resume de la siguiente manera:

IBL: $20,628,627 \times 68.69 = \$14,169,804$

SON: CATORCE MILLONES CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUATRO PESOS M/CTE.

Pues bien, no es objeto de debate que el reconocimiento pensional del actor se dio a la luz de lo dispuesto en Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, siendo el ingreso base para liquidar la prestación más favorable el promedio de salarios cotizados durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor según certificación expedida por el DANE conforme lo dispone el artículo 21 Ley 100 de 1993.

De igual manera bueno resultar mencionar el Decreto 314 de 1994 limitó a 20 salarios mínimos legales mensuales, la base de cotización al Sistema General de Pensiones, creado por la Ley 100 de 1993, disposición que fue modificada a partir de la expedición del Decreto 510 del 2003 por medio del cual se reglamentó el artículo 5 de la Ley 797 del 2003, estableciendo un tope máximo de 25 salarios mínimos, por lo que ello se tendrá en cuenta dentro del presente litigio para liquidar

el IBL del actor, en los periodos que aduce el demandante no fueron tenidos en cuenta por Colpensiones, esto es, de julio a octubre del año 2015¹.

En este punto, se advierte del escrito introductor, el actor pretende se incremente el IBL y por ende la tasa de reemplazo obtenida por COLPENSIONES, por lo que esta Sala de decisión procedió a realizar las operaciones aritméticas correspondientes, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales se incorporan como parte integrante de esta sentencia, anexándolas al plenario, teniendo en cuenta el reporte de semanas que fue allegado por Colpensiones actualizado al 11 de julio del 2023 y que obra en el archivo 10 del expediente digital, cálculos que arrojan como IBL de los 10 últimos años (2012 al 2022) la suma de **\$20.623.636,91** al cual se le aplica una tasa de remplazo equivalente al 68.69%² -conforme la fórmula del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, para una mesada pensional de **\$14.166.016,16**³ al 1º de julio del 2022, suma que resulta inferior en \$3.787,84 a la otorgada por Colpensiones que lo fue equivalente a \$14.169.804 (págs. 55 y 57 archivo 1, expediente digital)

¹ 2015 \$16.108.750

²

Calculo Tasa de Reemplazo 2022			
IBL / SMMLV	\$ 20.623.636,9	\$ 1.000.000,0	20,6236
No. SMMLV*0,5	20,6449 * 0,5		10,31181846
65,50%	-	10,3118	<u>55,1882</u>
Semanas adicionales a 1300-1750		450	
450 / 50 * 1,5		13,5	
55,1882%	+	13,50%	<u>I. R.</u> 68,69%

³

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2012	180	76,190	111,41	1,462	\$ 7.685.000,00	\$ 11.237.510	\$ 67.425.057
2013	360	78,050	111,41	1,427	\$ 9.690.291,67	\$ 13.832.100	\$ 165.985.198
2014	360	79,560	111,41	1,400	\$ 12.029.166,67	\$ 16.844.764	\$ 202.137.173
2015	360	82,470	111,41	1,351	\$ 15.267.077,78	\$ 20.624.532	\$ 247.494.381
2016	360	88,050	111,41	1,265	\$ 17.223.187,50	\$ 21.792.565	\$ 261.510.776
2017	360	93,110	111,41	1,197	\$ 18.442.925,00	\$ 22.067.729	\$ 264.812.751
2018	360	96,920	111,41	1,150	\$ 19.440.372,92	\$ 22.346.801	\$ 268.161.611
2019	360	100,000	111,41	1,114	\$ 20.702.900,00	\$ 23.065.101	\$ 276.781.211
2020	360	103,800	111,41	1,073	\$ 21.945.075,00	\$ 23.553.958	\$ 282.647.492
2021	360	105,480	111,41	1,056	\$ 22.713.150,00	\$ 23.990.065	\$ 287.880.778
2022	180	111,410	111,41	1,000	\$ 25.000.000,00	\$ 25.000.000	\$ 150.000.000
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2022	\$ 2.474.836.430
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 20.623.636,91
Total Años	36,00	Porcentaje aplicado					68,69%
		Primera mesada					\$ 14.166.001,16

De esta suerte, resulta la improcedencia de la reliquidación de la pensión, pues como quedó visto, realizando el cálculo de I.B.L. con lo devengado en los 10 últimos años del pensionado como fue pretendido en la demanda, resulta un valor inferior al que viene siendo reconocido y pagado por la entidad demandada, advirtiendo la liquidación de la mesada pensional efectuada por la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- se ajusta a los parámetros establecidos en la ley para obtener la misma, sin que exista discusión frente a la misma.

De esta manera se agota la competencia de la Sala y conforme a las motivaciones precedentes se confirmará la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

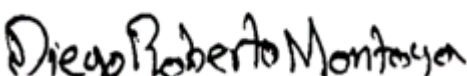
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

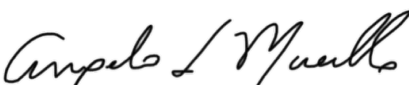
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CAMILO ALFONSO GONZÁLEZ
PRIETO CONTRA COLPENSIONES (RAD. 41 2021 00125 02).**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Vencido el término de traslado otorgado para presentar los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez 41 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 19 de diciembre del 2023 (*Audio archivo 34, récord 14:36*), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - **COLPENSIONES**, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda elevadas por **CAMILO ALFONSO GONZÁLEZ PRIETO**, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.*

***SEGUNDO: RELEVARSE** del estudio de las excepciones elevadas por la demandada.*

***TERCERO: CONDENAR** en las costas, incluidas las agencias en derecho, al demandante y a favor de la demandada en la suma de \$1.160.000.*

***CUARTO: REMITIR** copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.*

QUINTO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante.
”

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación, aduciendo, el único punto por el cual se derrumbaron las pretensiones

de la demanda fue porque el demandante no acreditó qué actividades había realizado después de haber quedado en el estado de invalidez como fruto de sus cotizaciones, respecto de lo cual no está de acuerdo en la medida que es una persona que cotizó más de 800 semanas en el total de su vida laboral, que por justamente la invalidez que estaba sufriendo y por tratarse de un trabajador independiente en las semanas previas al momento de invalidez no pudo trabajar porque estaba en una situación de dolor y una situación de incapacidad demasiado grande como para poder haber realizado esas cotizaciones; sin embargo considera no se puede decir que al no demostrar que en las subsiguientes semanas no se demostró esa capacidad residual, él tenía una intención defraudatoria del sistema, pues ya había cotizado 600 semanas, es decir, toda su vida tuvo la intención de ser parte del sistema y de cotizar a este de forma regular y aún después de que adquiere ese grado de incapacidad, no son 50 semanas las que las que él cotiza son 151 semanas en grado de discapacidad, por lo que en su sentir lo que ha expresado la jurisprudencia justamente es que se tiene que mostrar, que haciendo uso de su capacidad residual, continuó cotizando el sistema y en efecto asegura así se demostró tanto las cotizaciones anteriores a su capacidad residual como posteriores pues son cotizaciones que se realizaron en calidad de trabajo independiente.

Señala que la prestación por invalidez está creada para proteger a esas personas que están en una situación completamente especial, completamente difícil, completamente particular, y que además, con sus esfuerzos intentan seguir continuando hacer aportes al sistema y por un presunto animo defraudatorio que además vulnera el principio de buena fe se le niegue esa solicitud al demandante, reiterando en ningún momento se evidencia que alguien que ha cotizado más de 800 semanas quiera defraudar el sistema porque justamente las 50 que no pudo cotizar se dieron en el periodo en que él adquiere esta discapacidad. (*Audio archivo 34, récord 15:31¹*)

¹ **Recurso de Apelación Parte Demandante:** “Sí, su Señoría, con el máximo respeto, me permito presentar en esta oportunidad recurso de apelación frente a la decisión que se acaba de proferir, básicamente porque entiendo el único punto por el cual digamos se derrumbaron las pretensiones de la demanda en cuanto a que el demandante no a crédito qué actividades había realizado después de haber quedado en el estado de invalidez como fruto de sus cotizaciones. Esto con el propósito, por supuesto, de no entender que se trata de un fraude del sistema.

Sin embargo, pues su Señoría en este punto, no estoy de acuerdo en ese sentido, en la medida que es una persona que cotizó más de 800 semanas en el total de su vida laboral, que por justamente la invalidez que estaba sufriendo y por tratarse de un trabajador independiente en las semanas previas al momento de invalidez no pudo trabajar porque estaba en una situación de dolor y una situación de incapacidad demasiado grande como para poder haber realizado esas cotizaciones, pero que si miramos antes de ese momento, haber realizado más de 600 semanas en el transcurso de su vida, entonces no podemos decir que al no demostrar que

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 93 archivo 1 expediente digital) las cuales se sustentaron en los hechos narrados en las páginas 92 y 93 ibídem, aspirando se condene a la demandada a pagar y reconocer la pensión de invalidez a partir del 13 de septiembre del 2011, junto con el pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación de las sumas adeudadas, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones, por cuanto se absolvió del reconocimiento pensional, tras considerar que el demandante si bien acreditó el porcentaje de la pensión de invalidez superior al 50% como también que padece**

las 6 subsiguientes semanas se cotizó, son semanas en las cuales, no se demostró esa capacidad residual, él tenía una intención defraudatoria del sistema, pues cuando es una persona que ya había cotizado 600 semanas, es decir, toda su vida tuvo la intención de ser parte del sistema y de cotizar a este de forma regular y que aún después de que adquiere ese grado de incapacidad, no son 50 semanas las que las que él cotiza, es decir, no intenta llegar al tope mínimo y decir ya con esto me dan la pensión y con esto entonces defrauda el sistema. No son 50 las que él intenta cotizar, él cotiza 151 semanas después de haber estado en ese grado de discapacidad.

Entiendo que el despacho, por supuesto, tiene lugar a tener esa interpretación de que necesariamente la parte mandante tenía que demostrar que actividad era la que realizaba el demandante, pero esto no es así, la jurisprudencia no lo ha expresado, lo que ha expresado la jurisprudencia justamente es que se tiene que mostrar, obviamente, pues que haciendo uso de su capacidad residual, pues continuó cotizando el sistema y en efecto, así se demostró porque tanto las cotizaciones anteriores a su capacidad residual como posteriores son cotizaciones que realizan calidad de trabajo independiente.

El profesor, el maestro Camilo es un es la persona en Colombia que más ha desarrollado el taekwondo como deporte a nivel nacional y por supuesto, pues todos conocemos que en este país no, eso no tiene garantías laborales de ninguna manera, pero él de forma independiente, siempre ha procurado por instruir a sus alumnos y por brindarles estos servicios y por realizar las cotizaciones como independiente. Entonces, si llama bastante la atención que todas las anteriores, o sea son válidas, que son válidas su afiliación, que es válido entenderlo como un trabajo independiente que ha cotizado más de 800 semanas al sistema y que después de su invalidez siguió cotizando 150 semanas más y se le niegue porque presuntamente él podría llegar a defraudar el sistema.

Esto es algo que desde el respetuoso punto de vista de este apoderado no tiene coherencia con el propósito y con la razón de ser de esta prestación ¿sí?, esta prestación está en los términos, está creada para proteger a esas personas que están en una situación completamente especial, completamente difícil, completamente particular, y que además, con sus esfuerzos intentan seguir continuando hacer aportes al sistema y ahora pues por un presunto animo defraudatorio, que además vulnera el principio de buena fe que está consagrado a nivel constitucional, se le niegue esa solicitud a este señor, que como digo, insisto y pido que se revise, no, de ninguna manera si lo que pretende subsanar o lo que pretende proteger el despacho y con toda razón es que no hayan fraudes en este aspecto, pues es que esto queda completamente desvirtuado con la cantidad de semanas que él cotizó, tanto antes de su invalidez, como después, en ningún momento se evidencia que alguien que ha cotizado más de 800 semanas quiera defraudar el sistema porque justamente las 50 que no pudo cotizar se dieron en el periodo en que él adquiere esta discapacidad. Bajo esos argumentos dejo sentado mi recurso. Muchas gracias, Señoría”.

de una enfermedad degenerativa; los últimos aportes realizados del 1° de abril del 2015 al 31 de agosto del 2018, en calidad de trabajador independiente, no fueron efectuadas por el ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral, pues ninguna prueba se trajo al respecto, por ende, señaló que las cotizaciones que el demandante realizó al sistema general de pensiones como trabajador independiente, no tuvieron validez, ni se derivaron del ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral.

Así las cosas, el problema jurídico que se trae ante esta instancia es determinar si efecto el actor es acreedor de la pensión de invalidez, teniendo en cuenta para ello las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez por padecer de una enfermedad degenerativa y de ser así la condena por intereses moratorios o indexación.

En este orden de ideas y en aras de determinar si es procedente el reconocimiento pensional en los términos señalados en la demanda, esto es, teniendo en cuenta las últimas cotizaciones efectuadas por el accionante, debe advertirse no se encuentra en discusión que al señor CAMILO ALFONSO GONZÁLEZ PRIETO mediante Dictamen No. 201471683NL efectuado por COLPENSIONES el 18 de septiembre del 2014 se le determinó una PCL del 64,78% con fecha de estructuración 13 de septiembre del 2011 (*Carpeta 11.11 Archivo "GEN-ANX-CI-2014_9245826-20141104110651"*).

Reseñado lo anterior, a efecto de dilucidar la procedencia de los anhelos de la parte actora, se ha de traer a colación los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre ellos en las Sentencias T-427 de 2012, T-022 de 2013 y T-70 de 2014, última de ellas en la que esa Corporación señaló de manera clara y textual:

*“La jurisprudencia de esta Corte ha establecido que **en casos de enfermedades crónicas o congénitas, la fecha de estructuración es aquella en la que se determina la pérdida de capacidad laboral**. La fecha de la pérdida de capacidad laboral no siempre coincide con la fecha en que sucede el hecho que a la postre se torna incapacitante, o con el primer diagnóstico de la enfermedad; **no es razonable concluir que la fecha de estructuración de la invalidez sea la fecha en que se diagnosticó por primera vez la enfermedad, si la persona continúa trabajando durante un tiempo**; dependiendo del caso concreto la fecha de estructuración puede ser fijada **(a) cuando se efectúa el dictamen por la Junta Regional de Calificación de Invalidez; o (b) cuando la persona deja de trabajar**”.* (Negritas y subrayas fuera de texto)

Reiterada igualmente por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras en sentencia SL 2922 del 5 de agosto del 2020, Radicado No. 77638 donde se indicó:

“Siendo ello así, cobra vigor lo adocctrinado en sentencia CSJ SL3275-2019, reiterada en la CSJ SL3992-2019 y en la CSJ SL409-2020. Allí, la Corte precisó su postura respecto a la fecha a partir de la cual se pueden contabilizar los 3 años indicados en la Ley 860 de 2003, en perspectiva de acreditar las 50 semanas de cotización exigidas. En la primera providencia mencionada, explicó que:

(...) en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

[...]

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la citada providencia explicó que tanto las administradoras de pensiones como las autoridades judiciales deben verificar:

(i) que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y, (ii) que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificará el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir que la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración. Por lo tanto, para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo, las distintas Salas de Revisión han tenido en cuenta la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.

[...]

*En síntesis, en dicha decisión la Corte Constitucional, validó tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional o, incluso, la data de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico, **decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario.**” (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

Al tenor del entendimiento jurisprudencial frente al tema, surge evidente en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, la posibilidad de tener en cuenta las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la fecha de estructuración establecida por la entidad encargada de proferir el dictamen hasta la fecha desde

la cual el padecimiento de salud o la enfermedad le impide al afiliado continuar laborando, o la data en que se profiera el dictamen.

Advirtiendo ésta Corporación, tal posición no se aparta de la disposición normativa aplicable, que en el caso de autos sería la Ley 860 de 2003 vigente para la data en que se emitió el Dictamen de PCL (18 de septiembre del 2014), por cuanto, no se omite la exigencia de los requisitos legalmente establecidos para acceder al derecho, ni se desconoce las conclusiones arribadas por el ente encargado de emitir los respectivos dictámenes, pues memórese que al tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de Decreto 917 de 1992², la fecha de estructuración, es cuando el individuo presenta una pérdida de capacidad laboral y en ese orden, como se indicó la aplicación del criterio constitucional referido no deriva en un desconocimiento de los postulados legales, simplemente se trata de una situación particular y diferente, que obliga al operador judicial a realizar una valoración de las situaciones fácticas específicas, teniendo en cuenta que la realidad de los afiliados que solicitan el reconocimiento de una pensión de invalidez, no puede ser valorada de manera unificada, sin compadecerse de las situaciones particulares de cada caso, como lo es el padecimiento de una enfermedad degenerativa, que independiente de una fecha de estructuración, puede repercutir o no en la capacidad laboral del individuo, en cuanto que a pesar de esas especiales circunstancias, acaecidas por enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, puedan superar y sobrellevar su condición hasta un momento determinado.

Frente a este aspecto la juez de primer grado señaló en su proveído que el actor padecía una enfermedad de tipo degenerativo “*artrosis importante de cadera*”, circunstancia que no fue objeto de reproche por parte de COLPENSIONES pese a que en el dictamen por ella emitido no se especificó el tipo de enfermedad

Razón por la cual, ya definido que el actor cuenta con una enfermedad de tipo degenerativo, y para resolver los argumentos de apelación de la parte actora, se tiene que conforme a la sentencia SU - 588 del 27 de octubre del 2016, para darle validez a las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral se deben cumplir dos requisitos:

²“ARTICULO 3o. FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez”

I) que las cotizaciones hayan sido aportadas en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del interesado y II) que éstas no se realizaron con el único fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social, entendiendo la **capacidad laboral residual**, como *“la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad”*.

Ahora respecto de que las cotizaciones no se hayan efectuado con el fin de defraudar el sistema, la Corte Constitucional en sentencia T – 013 del 2015 señaló:

“4.8. Conforme a esta regla, esta Corporación ha avalado las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez prevista en el dictamen, partiendo del supuesto de que el asegurado tuvo capacidad laboral, y, por tanto, pudo realizar cotizaciones al sistema, pues el ejercicio de una actividad productiva, debe garantizar el derecho a la seguridad social³. En ese sentido, la exigencia de que no se advierta ánimo de defraudar al sistema, pretende que el operador normativo verifique que los aportes realizados realmente correspondan a la prestación de una labor, ya sea material o intelectual, que implique un esfuerzo personal y que derive en un beneficio de cualquier tipo para quien lo ejecuta, como lo es, por ejemplo, el salario⁴.” (Subrayas fuera de texto)

Igualmente, la máxima Corporación de la Jurisdicción ordinaria laboral en sentencia SL 770 del 5 de febrero del 2020, Radicado No.79619, adujo:

“En ese contexto, y teniendo en cuenta que dichas reglas no son absolutas, la Sala considera que los ítems a verificar a fin de definir la fecha de pérdida de la capacidad laboral residual para efectos de la contabilización de las semanas requeridas, pueden resumirse así: (i) que la causa de la invalidez se deba a una enfermedad congénita, crónica o degenerativa, y (ii) que la cotización de aportes se efectúe en virtud de una efectiva y probada capacidad laboral residual.

Frente al primer punto, como se explicó en sede extraordinaria la situación de la demandante encaja dentro de las patologías de tipo crónico y degenerativo.

Ahora bien, en lo que corresponde a la efectiva y probada capacidad residual, esta Sala explicó que el padecimiento referido ocasiona que la fuerza laboral se mengüe con el tiempo y, por lo tanto, le permite a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida, de manera cierta, llevar a cabo una labor.

³ Al respecto, en la Sentencia T-580 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), este Tribunal reiteró que, en eventos como el estudiado en esta oportunidad, *“por tratarse de enfermedades cuyas manifestaciones se empeoran con el tiempo y la persona continúa su vida laboral con relativa normalidad, se deben tener en cuenta las semanas efectivamente cotizadas hasta cuando su condición de salud le haga imposible continuar laborando y cotizando al sistema (...).”*

⁴ Un ánimo de defraudar al sistema puede evidenciarse, por ejemplo, en los casos en los que una persona debido a su pérdida de capacidad laboral no puede continuar trabajando, pero con el fin de obtener una prestación a cargo del sistema pensional, efectúa aportes simulando la existencia de un contrato de prestación de servicios o de trabajo.

De tal modo, que esa capacidad consiste en la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas. Es decir, es necesario examinar si las cotizaciones realizadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual, y no que se hicieron con el único propósito de defraudar al sistema de seguridad social” (Negritillas y subrayas fuera de texto)

De este modo resulta claro que, en aras de verificar la procedencia de dichas cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, se debe comprobar que el beneficiario trabajó y que producto de ello, aportó al Sistema durante el tiempo que su condición se lo permitió o que consideró prudente hacerlo.

Así, descendiendo al caso de autos, advierte la Sala que las cotizaciones efectuadas por el demandante iniciaron el 5 de febrero de 1973 con aportes en calidad de trabajador dependiente del 05/02/1973 al 27/03/1981, del 10/02/01993 al 27/11/1993 y del 1° de abril al 31 de diciembre del 2003, los restantes periodos y hasta el 31 de agosto del 2018 se realizaron en calidad de trabajador independiente, sin que se evidencie fehacientemente por parte del promotor del litigio una prueba por medio de la cual se acredite que evidentemente los aportes efectuados con posterioridad a la estructuración de su invalidez y concretamente los del **31 de agosto del 2015 al 31 de agosto del 2018** se originaron en ejercicio de una efectiva capacidad laboral pese a las consecuencias de las enfermedades que padece.

Historia laboral carpeta 29.1 Expediente digital

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1008300415	CLUB DE EJECUTIVOS	05/02/1973	27/03/1981	\$7.470	424,71	0,00	0,00	424,71
1008229464	COLEGIO DE MARIA Y C	10/02/1993	27/11/1993	\$89.070	41,57	0,00	0,00	41,57
19244924	GONZALEZ PRIETO CAMI	01/09/1997	30/09/1997	\$166.000	4,29	0,00	0,00	4,29
19244924	GONZALEZ PRIETO CAMI	01/10/1997	31/01/1998	\$172.000	16,71	0,00	0,00	16,71
19244924	GONZALEZ PRIETO CAMI	01/03/1998	31/05/1998	\$204.000	12,43	0,00	0,00	12,43
19244924	GONZALEZ PRIETO CAMI	01/08/1998	31/08/1998	\$204.000	4,14	0,00	0,00	4,14
19244924	GONZALEZ PRIETO CAMI	01/11/1998	30/11/1998	\$204.000	4,29	0,00	0,00	4,29
80361846	BONILLA TORRES MARCO	01/04/2003	30/04/2003	\$33.200	0,43	0,00	0,00	0,43
80361846	BONILLA TORRES MARCO	01/05/2003	31/12/2003	\$332.000	34,14	0,00	0,00	34,14
19244924	GONZALEZ PRIETO CAMI	01/04/2005	30/04/2005	\$381.500	4,29	0,00	0,00	4,29
19244924	GONZALEZ PRIETO CAMI	01/06/2005	30/09/2005	\$381.500	21,43	0,00	4,29	17,14
19244924	GONZALEZ PRIETO CAMI	01/01/2006	31/01/2006	\$381.500	4,29	0,00	0,00	4,29
19244924	GONZALEZ PRIETO CAMI	01/03/2006	31/07/2006	\$408.000	25,71	0,00	4,29	21,43
19244924	GONZALEZ PRIETO CAMI	01/08/2006	30/11/2006	\$408.000	17,14	0,00	0,00	17,14
19244924	GONZALEZ PRIETO CAMI	01/03/2007	31/03/2007	\$433.705	4,29	0,00	0,00	4,29
19244924	GONZALEZ PRIETO CAMI	01/04/2007	30/04/2007	\$434.000	4,29	0,00	0,00	4,29
19244924	GONZALEZ PRIETO CAMI	01/06/2007	31/08/2007	\$434.000	17,14	0,00	4,29	12,86
19244924	GONZALEZ PRIETO CAMI	01/09/2007	31/10/2007	\$434.000	8,57	0,00	0,00	8,57
19244924	GONZALEZ PRIETO CAMI	01/03/2008	31/10/2008	\$461.500	34,29	0,00	0,00	34,29
19244924	GONZALEZ PRIETO CAMI	01/04/2015	31/08/2015	\$644.350	0,00	0,00	0,00	0,00
19244924	GONZALEZ PRIETO CAMI	01/10/2015	31/01/2016	\$644.350	0,00	0,00	0,00	0,00
19244924	GONZALEZ PRIETO CAMI	01/02/2016	31/01/2017	\$689.455	8,57	0,00	0,00	8,57
19244924	GONZALEZ PRIETO CAMI	01/02/2017	31/03/2017	\$737.717	0,00	0,00	0,00	0,00
19244924	GONZALEZ PRIETO CAMI	01/05/2017	31/01/2018	\$737.717	12,86	0,00	0,00	12,86
19244924	GONZALEZ PRIETO CAMI	01/02/2018	31/08/2018	\$781.242	30,00	0,00	0,00	30,00
					[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:			
					722,71			

Desatacando como bien lo dijo el Juez de primera grado brillan por ausencia pruebas tendientes a registrar actividades laborales ejecutadas por el promotor de litigio en por los menos 50 semanas anteriores a su última cotización (31/08/2018) que den lugar a fundamentar los aportes efectuados como independiente, sin que acreditara la existencia de una retribución a causa de una actividad laboral efectivamente ejercida de manera autónoma, lo cual da a lugar a colegir que dichas cotizaciones realizadas como independiente (2015 a 2018) no tienen los alcances para soportar el reconocimiento de una pensión de invalidez en los términos derivados de una enfermedad degenerativa como es el caso en examen y en ese orden no es viable contabilizar dichas semanas a efectos de acreditar los requisitos para obtener la prestación pensional, como se sostiene en la alzada.

Finalmente se tiene que el actor tampoco acreditó el requisito de 50 semanas exigidas por la Ley 860 del 2003 Art. 1 dentro de los 3 años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez, esto es, del **13 de septiembre del 2008 al 13 de septiembre del 2011**, pues como se puede ver de la historia laboral atrás citada realizó aportes de manera interrumpida, esto es, hasta el 31 de octubre del año 2008 y retomó apenas el 1° de abril del 2015, por lo que en el periodo referido no existen cotizaciones y en ese orden no puede tener éxito el reconocimiento de la pensión de invalidez que se reclama, pues se repite, no cumplió con las semanas requeridas para aplicarle tal normativa.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, se confirmará la sentencia de primera instancia conforme a las consideraciones expuestas.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

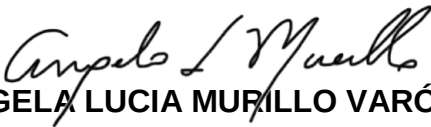
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado, conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

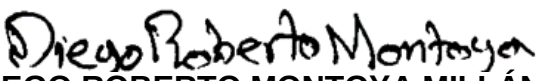
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$1.300.000, 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 LUIS GABRIEL AMAYA
GÓMEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 23 2023 00345 01)**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 13 numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de desatar el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de PORVENIR, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 12 de febrero del 2024 (archivo 13, récord 32:43), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o el traslado más bien realizado por el señor LUIS GABRIEL AMAYA GOMEZ, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por la AFP PORVENIR, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a devolver o trasladar a COLPENSIONES, todos los dineros que hubiese recibido con ocasión a la afiliación del señor demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno, de acuerdo a la línea jurisprudencial de la corte suprema de justicia, se ordena la devolución de estos conceptos, gastos de administración, seguros previsionales, invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado a garantía de pensión mínima esto se deben devolver debidamente indexado y con cargo a recursos propios.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a devolver o mejor, a recibir al señor LUIS GABRIEL AMAYA GOMEZ, en el régimen de prima media, con prestación definida como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen, e igualmente a corregir su

historia laboral conforme las semanas efectivamente cotizadas en el régimen de ahorro individual.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: COSTAS a cargo de la AFP PORVENIR a favor de la parte demandante.

SEXTO: se ordena la consulta de la sentencia.”

Inconforme con la decisión PORVENIR¹ adujo no hay lugar como tal a la declaratoria de la ineficacia del traslado por considerar que se cumplieron con los preceptos normativos que eran exigibles para el año 2003, fecha en la cual el señor LUIS AMAYA se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad de modo que no

¹ APODERADA PORVENIR (Record 34:28)

Gracias doctor en nombre de mi representada interpongo recurso de apelación basándome en los siguientes conceptos, en primer lugar, teniendo en cuenta que mi representada considera no hay lugar como tal a declaratoria de la ineficacia del traslado precisamente por considerar que se cumplieron con los preceptos normativos que eran exigibles para 2003, fecha en la cual el señor Luis Amaya se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia de ello considera la suscrita, no habría lugar a los traslados correspondientes que se ordenaron en la sentencia proferida, por este honorable despacho de tal forma que resulta imprescindible establecer que para afp que represento únicamente hay lugar a lo que tiene que ver con aportes y rendimientos, pero no lo que tiene que ver con gastos administrativos, primas del seguro provisional y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y mucho menos considera mi representada hay lugar a la indexación de dicho rubro lo anterior, teniendo en cuenta varios conceptos, el primero de ellos como tal, es que tanto los gastos administrativos, las primas del seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima son de origen legal, es decir, es el artículo 20 de la ley 100 de 1993 el que no solamente autoriza, sino que obliga a las afp a que ejecuten dicho valor durante el vínculo que exista con sus usuarios, precisamente para garantizar aquellos beneficios que promete el RAIS tal y como es el generar unos rendimientos en segundo lugar respecto de la prima del seguro provisional, es importante precisar ante los honorables magistrados que es un valor que ni siquiera se encuentra en poder de mi representada, sino que, por el contrario, fue oportunamente trasladado a una aseguradora, la cual se encargó como tal de garantizar la cobertura de los riesgos de invalidez o muerte del señor Luis durante su afiliación a porvenir al respecto es de establecer que, por definición del código de comercio, el contrato de seguro así establecido como un contrato oneroso cuyo dentro de sus elementos esenciales se encuentra como tal, la prima del seguro previsional, el ordenar el traslado de dicha prima, lo que genera como tal es una afectación contractual por cuanto implica que el señor Luis que ha gozado de una cobertura en virtud de un contrato de seguro para los riesgos de invalidez o muerte, ha gozado de ella de manera gratuita, lo cual favorece un enriquecimiento sin justa causa en favor del demandante y adicionalmente a ello vulnera la teoría obligacional y contractual en materia de seguros por último considera la suscrita resulta desproporcional el ordenar en este punto que es el número dos de la sentencia, la indexación de dicho rubro lo anterior, por cuanto jurisprudencialmente y en términos simples se ha establecido la indexación como un mecanismo que se utiliza para traer a valor presente el dinero que ha perdido su poder adquisitivo no obstante, a ello respecto de los rubros objeto de traslado no puede hablarse de una pérdida de poder adquisitivo, pues por el contrario la gestión de mi representada al ejecutar dichos gastos administrativos, lo que hicieron fue acrecentar en sobremana el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del señor Luis, por lo que no puedo hablarse de un demérito de ello y dicha indexación, lo que podría generar es un enriquecimiento sin justa causa, pues se está ordenando como tal el traslado de aportes, los rendimientos y dichos rendimientos que yo no hubiese causado, si no me hubiese gastado todos los gastos administrativos y adicionalmente a ellos me están ordenando indexar dicho valor cuando, por el contrario, ya fue utilizado para enriquecer la cuenta del señor Luis por último su señoría establecer que para el presente proceso, considera la suscrita, no hay lugar como tal a la condena en costas contra mi representada, pues lo que ha hecho en mi representada como tal es someterse a este proceso en cumplimiento de la normatividad existente actualmente, es la ley 797 del 2003, que le impide evitar este tipo de procesos, puesto que por prohibición normativa no puedo autorizar el traslado de las personas que como el señor Luis Amaya, se encuentran inmersos en la prohibición que dispone el artículo dos, literal e de la ley 797 2003, y adicionalmente a ello no puede evitar llegar a ese tipo de decisiones, por cuanto, por más de que tenga un ánimo conciliatorio, una referencia generalizada de Colpensiones a rehusarse a conciliar este tipo de procesos en ese sentido su señoría dejo por sentado el recurso de apelación mil gracias.

habría lugar a los traslados correspondientes que se ordenaron en la sentencia proferida.

En cuanto a la devolución de los gastos administrativos, las primas del seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, expresa son de origen legal, es decir, es el artículo 20 de la ley 100 de 1993 el que no solamente autoriza, sino que obliga a las AFP a que ejecuten dicho valor durante el vínculo que exista con sus usuarios, precisamente para garantizar aquellos beneficios que promete el RAIS tal y como es el generar unos rendimientos y respecto del seguro provisional, precisa es un valor que ni siquiera se encuentra en poder de su representada, sino que, por el contrario, fue oportunamente trasladado a una aseguradora, la cual se encargó como tal de garantizar la cobertura de los riesgos de invalidez o muerte del señor Luis durante su afiliación a porvenir

Respecto de la indexación, considera que es desproporcional el ordenar tal condena, por cuanto jurisprudencialmente se ha establecido la indexación como un mecanismo que consiste en traer a valor presente el dinero para que este no pierda su poder adquisitivo y en el caso bajo examen asegura las sumas correspondientes a los gastos de administración no han perdido el poder adquisitivo, y contrario a ello tales gastos de administración lograron incrementar de sobremanera el saldo de la cuenta de ahorro individual de la parte actora y adicional a ello, no se hubiesen generado en el RPM ningún tipo de rendimiento a favor de la parte actora, con lo cual estaría en el mismo demérito que el día de hoy y lo que podría generar es un enriquecimiento sin justa causa

Finalmente, frente a la condena en costas y agencias en derecho considera Porvenir, no tiene otro ánimo diferente a comparecer a juicio, puesto que se encuentra atada a la prohibición legal del artículo 2, literal e de la ley 797 del 2003, en virtud de la cual no puede autorizar el traslado régimen de aquellos afiliados que se encuentren a 10 años o menos de adquirir la de prisión. Y, Por otro lado, la voluntad de Colpensiones, por cuanto Porvenir no puede acceder a la conciliación de trasladar de régimen a la parte actora de manera voluntaria por cuanto se requiere, por lo menos el ánimo conciliatorio de Colpensiones o siquiera su voluntad de recibir al demandante.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Exp. Digital: «Archivo01», páginas 1 y 2), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 2 a 4, ibídem), aspirando principalmente se declare ineficaz el traslado del RPM al RAIS, como consecuencia se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los aportes cotizados y rendimientos, costas y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional realizado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con PORVENIR S.A., condenando a dicha AFP a transferir a todos los dineros que hubiese recibido con ocasión a la afiliación del señor demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno, ordenando la devolución de gastos de administración, seguros previsionales invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado a garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a recursos propios Finalmente, ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado del actor y actualizar su historia laboral con las cotizaciones que efectuó en el RAIS y condenó en costas a Porvenir.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante al momento del traslado.

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 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 del actor el 14 de enero de 1959 (Página 20, archivo 01 expediente digital), 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 y PORVENIR el 1° de agosto del 2023 (Páginas 40 a 43 ibídem) esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 64 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, apenas había cotizado **104 semanas** (ver *historia laboral aportada por Colpensiones Archivo 06*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como lo señala Colpensiones en su apelación.

Imagen semanas:

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
728	104.00	0	0.00	0	0.00	1829	261.29	67	9.57	301	43.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 728		SEMANAS: 104.00		DIAS: 1461		SEMANAS: 208.71					
El número de semanas se calculó con días calendario											

Nit/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta	No.Días
P 1004005208 - 11	NORIEGA RESTREPO ASOC LTDA	LABORAL	TRADICIONAL	02/05/1986	28/02/1987	303
P 1004005208 - 11	NORIEGA RESTREPO ASOC LTDA	LABORAL	TRADICIONAL	01/03/1987	29/02/1988	366
P 1008205147 - 12	UNIVERSIDAD DE LA SALLE	LABORAL	TRADICIONAL	01/02/1994	28/02/1994	28
P 1008205147 - 12	UNIVERSIDAD DE LA SALLE	LABORAL	TRADICIONAL	01/03/1994	30/04/1994	61

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”.

No obstante lo anterior, es con fundamento en la ausencia del suministro de información que pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **17 de enero del 2003 con fecha de efectividad 01 de marzo del 2003** (páginas 115 y 156, «*Archivo 08 expediente digital*»), por afiliación que hiciera a PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión «*libre y voluntaria*» contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de

contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».

En tal sentido, «es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez» (CSJ SL1688-2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc*³, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (CSJ SL2877-2020):

«(...)

De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».

³ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió:

«1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen

Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.

*Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC).*

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)».

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón

por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen

pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor al fondo accionado PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 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 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».

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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)»

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información al accionante cuando efectuó el tránsito entre regímenes en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el actor⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor de PORVENIR tan solo le expuso las bondades de la AFP, reiterando que tenían gran

⁵ Audiencia del 12 de febrero del 2024, Archivo 13 récord (7:21)

respaldo económico, enfatizando en que no le dieron información sobre el traslado de 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 muchos menos que el fondo de pensiones PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es que los argumentos del accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, ya que denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad al demandante para efectuar el traslado de régimen.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (página 115, Archivo 08 expediente digital), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias 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.

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.

1.2

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor

transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

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 2003, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (17 de enero del 2003, efectivo el 01 de marzo del 2003) el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el actor no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con

la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia CSJ STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones PORVENIR (fondo actual al que se encuentra afiliado el actor pág. 104 Archivo 08) , 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.

No obstante lo anterior, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de COLPENSIONES, se adicionará el ordinal segundo del fallo de primer grado, en cuanto a la devolución indicada, pues PORVENIR debe devolver a COLPENSIONES, además de lo ordenado por la *a quo* las **comisiones**, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia CSJ SL2877-2020 en la cual sostuvo:

«(...)

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor**, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. **En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**».*

Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Precisando a la recurrente PORVENIR S.A., frente a la orden aquí impuesta de la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y demás emolumentos, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación,

y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial, es decir, es como si los mismos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de pensión de garantía mínima. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

«Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, (...) que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las

sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)».

Por otro lado y en punto a la condena de la indexación también objeto de apelación por parte de PORVENIR, baste con señalar la misma resulta procedente como quiera que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede, incluso, de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

«Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.»

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real» (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia CSJ SL3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor» (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Por otro lado, bueno resulta precisar en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, 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 20, «Archivo 07»), 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.

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 15 de enero del 2024 (Archivo 10 expediente digital).

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de PORVENIR, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “*se condenara en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a esta demandada, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando la única valoración a tener en cuenta en este aspecto, es las resultas del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de esta demandada.

Agotada la competencia de la Sala, 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

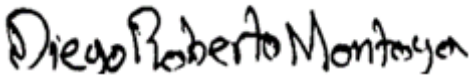
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a **PORVENIR S.A.** devolver a **COLPENSIONES** además de lo ordenado por el Juez *a quo* las **comisiones** debidamente **indexadas** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

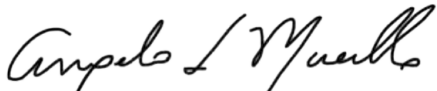
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO