

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR VICTOR JULIO MORENO MEDINA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES-. (RAD. 03 2020 00432 01).**

Bogotá D.C. treinta (30) de abril 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 interpuesto por la parte actora y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de la sentencia proferida por el Juez 3º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 08 de febrero de 2024 (récord 1:14:08, archivo 18 del expediente digital) en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por alto riesgo al demandante el accionante VICTOR JULIO MORENO MEDINA, a partir del 1º de junio de 2019, por valor de \$1.410.079 pesos, todo conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al reconocimiento y pago del retroactivo pensional por las mesadas causadas a partir del 1º de junio de 2019, que, al 08 de febrero de 2024, asciende a la suma de \$95.649.101 pesos.

TERCERO: AUTORIZAR a la demandada, para que del valor del retroactivo descuenta el valor de las cotizaciones con destino a la seguridad social en salud, y los transfiera a la- E.P.S.- a la que se encuentre afiliado el demandante, todo conforme a la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR A LA DEMANDADA a pagar la indexación sobre el valor del retroactivo a partir de los cuatro meses siguientes a la petición de la pensión por parte del demandante.

QUINTO: ABSOLVER a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de **PRESCRIPCIÓN** propuesta por la demandada.

SÉPTIMO: CONDENAR a la demandada en costas junto con las agencias en derecho a la demandada las cuales se tasan en la suma de \$1.500.000.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada consúltese con el H. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del C.P.Ty de la S.S. ”.

Inconforme con la decisión la parte actora interpuso recurso de apelación¹, atacando la absolución de los intereses moratorios, ya que, en su sentir, el precedente vertical se hace respecto a la falta de cotización especial y aun ante la falta de esa cotización, deben ser tenidas en cuenta esas semanas por ser en

¹**Recurso de Apelación Parte Demandante, récord 1:17:10, archivo 18:** “Gracias, señor juez. Bueno, me permito presentar recurso de apelación en la no condena de intereses moratorios. Se justifica la no condena por la no aplicación o por la aplicación más bien del precedente vertical. Bueno, entiendo que lo del precedente vertical se hace respecto a la falta de cotización especial y por ser la obligación, pues del o más bien que aun a la falta de esa cotización, deben ser tenidas en cuenta esas semanas por ser en actividades de alto riesgo. Aquí cabe tener en cuenta que Eternit certificó esas cotizaciones especiales desde 1995 hasta el 2004 y que fue la misma COLPENSIONES que aceptó esas semanas especiales desde el 22 de junio de 1994, como se observa en la Resolución de DPE 13685 del 6 de octubre de 2020.

Cuando dijo que, aunque no reunía las 700 semanas requeridas, porque entre el 22 de junio de 1994 hasta el 30 de abril del 2004 reunía solo 503 semanas, entonces estaba dando por aceptado que efectivamente había esas cotizaciones. Efectivamente, había esas cotizaciones. Lo anterior, pues **aunado** a la certificación que da Eternit que indica que efectivamente se efectuaron esas cotizaciones especiales. Ahora revisada la historia de semanas cotizadas de COLPENSIONES o el reporte de semanas cotizadas se observan que sí, sí están registradas algunas cotizaciones, hay unos periodos que no están, pero están referidos exactamente a un periodo de tiempo en que el señor Víctor Julio estuvo afiliado a un fondo privado de pensiones y ahí en la casilla de observaciones se ve que dice que fue un dinero recibido por ese traslado.

Entonces, más bien se observa ahí que se debe como a un trámite interno de un no registro de esas semanas. Por otra parte, si bien la norma exige esas cotizaciones especiales únicamente a partir de la expedición de la Ley 100 del 93 y lo cual coincide en las cotizaciones que efectuó la empresa, o sea, lo hizo conforme a la normatividad, ya que antes de esta Ley 100 no se exigían cotizaciones especiales, sino el estar en esas actividades de alto riesgo y era la salud ocupacional del Seguro Social quien se encargaba de verificar esas actividades.

Por esa razón, no veo que el precedente vertical haya sido al que necesariamente se haya tenido que acudir, para que esta pensión sea concedida, es por esa razón considero que sí se debe condenar a los intereses moratorios por la mora, que precisamente la entidad tuvo en ese pago. En esos términos dejo sentado a mi recurso de apelación, muchas gracias”.

actividades de alto riesgo. Añadió, la empresa Eternit certificó esas cotizaciones especiales desde el año 1995 hasta el 2004 y fue COLPENSIONES, quién aceptó esas semanas especiales desde el 22 de junio de 1994, tal como se observa en la Resolución DPE 13685 del 6 de octubre de 2020, esto, aunque el actor no reunía las 700 semanas si tenía 503 semanas en el mismo lapso, aceptando entonces la entidad que había cotizaciones, esto, aunado a la certificación expedida por Eternit por medio de la cual indicó que efectivamente se efectuaron esas cotizaciones especiales. Siguió, revisada la historia de semanas cotizadas de COLPENSIONES se observa que, si están registrados algunos periodos, exactamente, obedece a un tiempo en que el señor Víctor Julio Moreno Medina estuvo afiliado a un fondo privado de pensiones y ahí en la casilla de observaciones se ve que dice que fue un dinero recibido por ese traslado, tratándose de un trámite interno de -no registro de esas semanas-.

Por otra parte, exclamó, si bien la norma exige esas cotizaciones especiales únicamente a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, ello coincide en las cotizaciones que efectuó la empresa, por esa razón sí procede la condena por concepto de intereses moratorios.

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 página 6 del archivo 01, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relacionados a páginas 5 y 6, solicitando:

PRETENSIONES

Solicito al señor Juez se profieran las siguientes declaraciones y condenas:

1. Se declare que el señor Víctor Julio Moreno Medina adquirió el derecho a la pensión especial de vejez por alto riesgo para la salud.
2. Se condene a Colpensiones a reconocer y pagar a favor de mi mandante la pensión especial de vejez por alto riesgo para la salud del trabajador a partir del 1 de junio de 2019 en cuantía de \$1726137,08 obtenida del IBL de toda la vida laboral.
3. Se condene a Colpensiones al pago de las mesadas atrasadas y sobre ellas los intereses moratorios conforme al Art. 141 de la Ley 100 de 1993.
4. En subsidio de los intereses moratorios solicito se condene al pago de las sumas adeudadas en forma indexada.
5. Se condene a Colpensiones a las costas del proceso.

Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, por cuanto se condenó al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez a partir del 1° de junio de 2019, en cuantía de \$1.410.079, liquidando como retroactivo pensional desde dicha data hasta el 08 de febrero de 2024, la suma de \$95.649.101, debidamente indexada a partir de los cuatro meses siguientes a la petición de la pensión por parte del demandante, autorizó a la demandada a efectuar el descuento del valor de las cotizaciones con destino a la seguridad social en salud, y transferirlos a la respectiva E.P.S., declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por 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*) 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 la sociedad ETERNIT COLOMBIANA S.A. entre el 17 de mayo de 1988 al 10 de junio de 2004, conforme se constata con la certificación aportada a página 78 del archivo 01, ejerciendo labores propias de OPERARIO, hechos que no fueron objeto de debate en el trámite procesal, ni lo son ahora.

En este orden de ideas, se procede al análisis en lo que tiene que ver con la exposición del actor a sustancias cancerígenas; advirtiéndose, durante el periodo laborado por el actor se realizó un Estudio Ocupacional en la Empresa ETERNIT COLOMBIANA S.A. (archivo 01, páginas 13 a 25), que data del 22 de enero de 2018, el cual incluye la relación de cargos, funciones y los siguientes factores de riesgo:

- Entre el 17 de mayo de 1988 al 24 de julio de 1988, asecador de placas, riesgo asbesto, crisotilo y polvo.
- Entre el 25 de julio de 1988 al 15 de agosto de 1988, recolector recorte de placas, riesgo asbesto, crisotilo y polvo.

- Entre el 16 de agosto de 1988 al 25 de junio de 1989, aseador de placas, riesgo asbesto, crisotilo y polvo.
- Entre el 26 de junio de 1989 al 16 de julio de 1989, recolector recorte de placas, riesgo asbesto, crisotilo y polvo.
- Entre el 17 de julio de 1989 al 24 de septiembre de 1989, aseador de placas, riesgo asbesto, crisotilo y polvo.
- Entre el 25 de septiembre de 1989 al 22 de septiembre de 1991, aseador de placas, riesgo asbesto, crisotilo y polvo.
- Entre el 23 de septiembre de 1991 al 03 de febrero de 1992, desmolidador de placas, riesgo asbesto, crisotilo y polvo.
- Entre el 04 de febrero de 1992 al 1º de marzo de 1992, aseador de placas, riesgo asbesto, crisotilo y polvo.
- Entre el 02 de marzo de 1992 al 08 de marzo de 1992, desmolidador de placas, riesgo asbesto, crisotilo y polvo.
- Entre el 09 de marzo de 1992 al 29 de marzo de 1992, operario materias primas, riesgo asbesto, crisotilo y polvo.
- Entre el 30 de marzo de 1992 al 19 de abril 1992, desmolidador de placas, riesgo asbesto, crisotilo y polvo.
- Entre el 20 de abril de 1992 al 17 de mayo de 1992, operario materias primas, riesgo asbesto, crisotilo y polvo.
- Entre el 18 de mayo de 1992 al 12 de julio de 1992, desmoldador placas, riesgo asbesto, crisotilo y polvo.
- Entre el 13 de julio de 1992 al 30 de agosto de 1992, aseador placas, riesgo asbesto, crisotilo y polvo.
- Entre el 31 de agosto de 1992 al 28 de febrero de 1993, desmoldador placas, riesgo asbesto, crisotilo y polvo.
- Entre el 01 de marzo de 1993 al 06 de junio de 1993, aseador placas, riesgo asbesto, crisotilo y polvo.
- Entre el 05 de febrero de 1996 al 01 de mayo de 2000, cortador ondulator placas, riesgo asbesto, crisotilo y polvo.
- Entre el 02 de mayo de 2000 al 13 de junio de 2000, conductor máquinas placas, riesgo asbesto, crisotilo y polvo.
- Entre el 14 de junio de 2000 al 09 de julio de 2000, cortador ondulator placas, riesgo asbesto, crisotilo y polvo.

- Entre el 10 de julio de 2000 al 10 de junio de 2004, conductor máquinas placas, riesgo asbesto, crisotilo y polvo.

Puntualmente, en el citado estudio realizado por el área de Salud Ocupacional de la empresa ETERNIT COLOMBIANA S.A., se plasmó:

Bogotá D.C., 22 de Enero de 2018

HISTORIA OCUPACIONAL					
Afilado: MORENO MEDINA VICTOR JULIO					
Cédula de Ciudadanía: 79267485			Número de Afiliación:		
Fecha de Nacimiento: 27/04/1962			NIT: 860002302-9		
Fecha de Ingreso a la empresa: 17/05/1988					
Fecha de Retiro de la Empresa: 10/06/2004					

CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	FUNCIONES	PRINCIPALES FACTORES DE RIESGO	SISTEMAS DE CONTROL
ASEADOR PLACAS	17/05/1988	24/07/1988	Barrer toda la sección depositando la basura en canecas para al finalizar el turno llevarlas al corral de basura y retornarlas limpias a la sección; recoge recortes de placa fresca del piso de los contornos del cilindro formato; se encarga de mantener ordenada la sección; limpia con aserrín el A.C.P.M. de los pisos; trae y ordena las plataformas de madera para ser utilizadas por los desmoldadores; desmolda la placa plana; lava y engrasa canales de alimentación de la mezcla.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo total y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.

CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	FUNCIONES	PRINCIPALES FACTORES DE RIESGO	SISTEMAS DE CONTROL
RECOLECTOR RECORTE PLACAS	25/07/1988	15/08/1988	Recoger todos los recortes de placa fresca para depositarlos en la disolvente, controla la ondulación de la placa y retira las defectuosas; vigila disolvente; deposita en la disolvente los recortes frescos traídos por moldaje; en rolla placa fresca para ser enviada a producción moldeados; cuenta la placa ondulada que va siendo depositada en los carros gemelos, para ayudar al cambio del carro gemelo; controla la correcta posición de los moldes bajo la onduladora; vigila constantemente el nivel de la disolvente.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo total y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.

CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	FUNCIONES	PRINCIPALES FACTORES DE RIESGO	SISTEMAS DE CONTROL
ASEADOR PLACAS	16/08/1988	25/06/1989	Barrer toda la sección depositando la basura en canecas para al finalizar el turno llevarlas al corral de basura y retornarlas limpias a la sección; recoge recortes de placa fresca del piso de los contornos del cilindro formato; se encarga de mantener ordenada la sección; limpia con aserrín el A.C.P.M. de los pisos; trae y ordena las plataformas de madera para ser utilizadas por los desmoldadores; desmolda la placa plana; lava y engrasa canales de alimentación de la mezcla.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo total y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.

CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	FUNCIONES	PRINCIPALES FACTORES DE RIESGO	SISTEMAS DE CONTROL
RECOLECTOR RECORTE PLACAS	26/06/1989	16/07/1989	Recoger todos los recortes de placa fresca para depositarlos en la disolvente, controla la ondulación de la placa y retira las defectuosas; vigila disolvente; deposita en la disolvente los recortes frescos traídos por moldaje; en rolla placa fresca para ser enviada a producción moldeados; cuenta la placa ondulada que va siendo depositada en los carros gemelos, para ayudar al cambio del carro gemelo; controla la correcta posición de los moldes bajo la onduladora; vigila constantemente el nivel de la disolvente.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo total y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.

CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	FUNCIONES	PRINCIPALES FACTORES DE RIESGO	SISTEMAS DE CONTROL
ASEADOR PLACAS	17/07/1989	24/09/1989	Barrer toda la sección depositando la basura en canecas para al finalizar el turno llevarlas al corral de basura y retornarlas limpias a la sección; recoge recortes de placa fresca del piso de los contornos del cilindro formato; se encarga de mantener ordenada la sección; limpia con aserrín el A.C.P.M. de los pisos; trae y ordena las plataformas de madera para ser utilizadas por los desmoldadores; desmolda la placa plana; lava y engrasa canales de alimentación de la mezcla.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo total y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.

CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	FUNCIONES	PRINCIPALES FACTORES DE RIESGO	SISTEMAS DE CONTROL
DESMOLDADOR PLACAS	02/03/1992	08/03/1992	Separa de los moldes la placa húmeda de fibrocemento, vuelve los moldes a la lubricadora y la placa la arruma en paquetes para su fraguado.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo total y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.

CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	FUNCIONES	PRINCIPALES FACTORES DE RIESGO	SISTEMAS DE CONTROL
OPERARIO MATERIAS PRIMAS	09/03/1992	29/03/1992	Preparar, pesar y dosificar la materia prima de acuerdo a las fórmulas y normas vigentes; alimentar el molino y humedad estipulada; controla los tiempos de molienda; alimenta el mezclador con la materia prima estipulada, vigilando tiempos, dosificación, recirculación; controla el nivel del agitador verifica la existencia de plataformas y el consumo de la materia prima; lava el mezclador.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo total y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.

CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	FUNCIONES	PRINCIPALES FACTORES DE RIESGO	SISTEMAS DE CONTROL
DESMOLDADOR PLACAS	23/09/1991	10/02/1992	Separa de los moldes la placa húmeda de fibrocemento, vuelve los moldes a la lubricadora y la placa la arruma en paquetes para su fraguado.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo total y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.

CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	FUNCIONES	PRINCIPALES FACTORES DE RIESGO	SISTEMAS DE CONTROL
ASEADOR PLACAS	04/02/1992	01/03/1992	Barrer toda la sección depositando la basura en canecas para al finalizar el turno llevarlas al corral de basura y retornarlas limpias a la sección; recoge recortes de placa fresca del piso de los contornos del cilindro formato; se encarga de mantener ordenada la sección; limpia con aserrín el A.C.P.M. de los pisos; trae y ordena las plataformas de madera para ser utilizadas por los desmoldadores; desmolda la placa plana; lava y engrasa canales de alimentación de la mezcla.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo total y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.

CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	FUNCIONES	PRINCIPALES FACTORES DE RIESGO	SISTEMAS DE CONTROL
DESMOLDADOR PLACAS	02/03/1992	08/03/1992	Separa de los moldes la placa húmeda de fibrocemento, vuelve los moldes a la lubricadora y la placa la arruma en paquetes para su fraguado.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo total y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.

CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	FUNCIONES	PRINCIPALES FACTORES DE RIESGO	SISTEMAS DE CONTROL
OPERARIO MATERIAS PRIMAS	09/03/1992	29/03/1992	Preparar, pesar y dosificar la materia prima de acuerdo a las fórmulas y normas vigentes; alimentar el molino y humedad estipulada; controla los tiempos de molienda; alimenta el mezclador con la materia prima estipulada, vigilando tiempos, dosificación, recirculación; controla el nivel del agitador verifica la existencia de plataformas y el consumo de la materia prima; lava el mezclador.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo total y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.

CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	FUNCIONES	PRINCIPALES FACTORES DE RIESGO	SISTEMAS DE CONTROL
DESMOLDADOR PLACAS	30/03/1992	19/04/1992	Separa de los moldes la placa húmeda de fibrocemento, vuelve los moldes a la lubricadora y la placa la arruma en paquetes para su fraguado.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo total y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.

CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	FUNCIONES	PRINCIPALES FACTORES DE RIESGO	SISTEMAS DE CONTROL
OPERARIO MATERIAS PRIMAS	20/04/1992	17/05/1992	Preparar, pesar y dosificar la materia prima de acuerdo a las fórmulas y normas vigentes; alimentar el molino y humedad estipulada; controla los tiempos de molienda; alimenta el mezclador con la materia prima estipulada, vigilando tiempos, dosificación, recirculación; controla el nivel del agitador verifica la existencia de plataformas y el consumo de la materia prima; lava el mezclador.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo total y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.

CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	FUNCIONES	PRINCIPALES FACTORES DE RIESGO	SISTEMAS DE CONTROL
DESMOLDADOR PLACAS	18/05/1992	12/07/1992	Separa de los moldes la placa húmeda de fibrocemento, vuelve los moldes a la lubricadora y la placa la arruma en paquetes para su fraguado.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo total y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.
ASEADOR PLACAS	13/07/1992	30/08/1992	Barrer toda la sección depositando la basura en canecas para al finalizar el turno llevarlas al corral de basura y retomarlas limpias a la sección; recoge recortes de placa fresca del piso de los contornos del cilindro formato; se encarga de mantener ordenada la sección; limpia con aserrín el A.C.P.M. de los pisos; trae y ordena las plataformas de madera para ser utilizadas por los desmoldadores; desmolda la placa plana; lava y engrasa canales de alimentación de la mezcla.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo total y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.

CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	FUNCIONES	PRINCIPALES FACTORES DE RIESGO	SISTEMAS DE CONTROL
DESMOLDADOR PLACAS	31/08/1992	28/02/1993	Separa de los moldes la placa húmeda de fibrocemento, vuelve los moldes a la lubricadora y la placa la arruma en paquetes para su fraguado.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo total y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.
ASEADOR PLACAS	01/03/1993	06/06/1993	Barrer toda la sección depositando la basura en canecas para al finalizar el turno llevarlas al corral de basura y retomarlas limpias a la sección; recoge recortes de placa fresca del piso de los contornos del cilindro formato; se encarga de mantener ordenada la sección; limpia con aserrín el A.C.P.M. de los pisos; trae y ordena las plataformas de madera para ser utilizadas por los desmoldadores; desmolda la placa plana; lava y engrasa canales de alimentación de la mezcla.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo total y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.

CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	FUNCIONES	PRINCIPALES FACTORES DE RIESGO	SISTEMAS DE CONTROL
CORTADOR ONDULADOR PLACAS	07/06/1993	17/01/1996	Cortar la placa que esta sobre el formato cuando esta llega al espesor requerido, maneja los controles para ondular y cortar la placa fresca sobre la banda transportadora, maneja las bandas transportadoras; controla las vueltas que ha de dar el cilindro formato para que la placa alcance el espesor requerido y una vez alcanzado este, corta la placa para separarla del cilindro formato; calibra constantemente el espesor de la placa producida; verifica el despacho de placa fresca para moldaje; revisa las bombas de vacío de la onduladora.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo total y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.
CONDUCTOR MAQUINA PLACAS	18/01/1996	04/02/1996	Controlar el funcionamiento de la maquinaria, el equipo y el proceso de producción de la placa, tratando de obtener el máximo rendimiento cumpliendo con las normas de producción y de calidad establecidas; controla las cantidades de mezcla fresca, de disolvente, de decantación y de agua requeridas para la correcta fabricación de la placa vigilando constantemente el nivel de los tanques tamices; controla las dimensiones y calidad final de la placa; junto con el aseador de maquina lava y limpia las regaderas; purga los conos decantadores; controla la correcta ondulación de la placa; vigila el buen funcionamiento de los motores, bombas y demás maquinaria.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo total y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.

CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	FUNCIONES	PRINCIPALES FACTORES DE RIESGO	SISTEMAS DE CONTROL
CORTADOR ONDULADOR PLACAS	05/02/1996	01/05/2000	Cortar la placa que esta sobre el formato cuando esta llega al espesor requerido, maneja los controles para ondular y cortar la placa fresca sobre la banda transportadora, maneja las bandas transportadoras; controla las vueltas que ha de dar el cilindro formato para que la placa alcance el espesor requerido y una vez alcanzado este, corta la placa para separarla del cilindro formato; calibra constantemente el espesor de la placa producida; verifica el despacho de placa fresca para moldaje; revisa las bombas de vacío de la onduladora.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo total y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.
CONDUCTOR MAQUINA PLACAS	02/05/2000	13/06/2000	Controlar el funcionamiento de la maquinaria, el equipo y el proceso de producción de la placa, tratando de obtener el máximo rendimiento cumpliendo con las normas de producción y de calidad establecidas; controla las cantidades de mezcla fresca, de disolvente, de decantación y de agua requeridas para la correcta fabricación de la placa vigilando constantemente el nivel de los tanques tamices; controla las dimensiones y calidad final de la placa; junto con el aseador de maquina lava y limpia las regaderas; purga los conos decantadores; controla la correcta ondulación de la placa; vigila el buen funcionamiento de los motores, bombas y demás maquinaria.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo total y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.

CARGO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	FUNCIONES	PRINCIPALES FACTORES DE RIESGO	SISTEMAS DE CONTROL
CORTADOR ONDULADOR PLACAS	14/06/2000	09/07/2000	Cortar la placa que esta sobre el formato cuando esta llega al espesor requerido, maneja los controles para ondular y cortar la placa fresca sobre la banda transportadora, maneja las bandas transportadoras; controla las vueltas que ha de dar el cilindro formato para que la placa alcance el espesor requerido y una vez alcanzado este, corta la placa para separarla del cilindro formato; calibra constantemente el espesor de la placa producida, verifica el despacho de placa fresca para moldaje, revisa las bombas de vacio de la onduladora.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo tal y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.
CONDUCTOR MAQUINA PLACAS	10/07/2000	10/06/2004	Controlar el funcionamiento de la maquinaria, el equipo y el proceso de producción de la placa, tratando de obtener el máximo rendimiento cumpliendo con las normas de producción y de calidad establecidas, controla las cantidades de mezcla fresca, de disolvente, de decantación y de agua requeridas para la correcta fabricación de la placa vigilando constantemente el nivel de los tanques tamices; controla las dimensiones y calidad final de la placa; junto con el asecador de maquina lava y limpia las regaderas; purga los conos decantadores; controla la correcta ondulación de la placa; vigila el buen funcionamiento de los motores, bombas y demás maquinaria.	Ruido ambiental Ergonómico Material Particulado (Asbesto - crisotilo, polvo tal y otros)	Medios de protección personal existentes por el área de salud ocupacional de la empresa.

También se evidencia certificación de clase de riesgo expedida por la ARL SEGUROS BOLÍVAR al señor VICTOR JULIO MORENO MEDINA del 4 de marzo de 2020 (página 26, archivo 01), en la que informaron:

Bogotá, 4 de Marzo de 2020
DNPRL – 21799912

Señores
ETERNIT COLOMBIANA S.A.
Km 1 Autopista Sur Via Silvania
Bogotá, Cundinamarca

Ref.: Solicitud Certificación Clase de Riesgo del Señor **VICTOR JULIO MORENO MEDINA** identificado con cédula de ciudadanía 79267485

Respetados señores:

Reciba un cordial saludo de la Dirección Nacional Prevención de Riesgos Laborales de la ARL de Seguros Bolívar.

En atención a su solicitud, a continuación se emite la certificación del trabajador **VICTOR JULIO MORENO MEDINA**, afiliado a esta ARL como empleado de la empresa **ETERNIT COLOMBIANA S.A.**, NIT. 860002302. Este trabajador tuvo cobertura con la ARL de Seguros Bolívar a partir del 1 de Enero de 1997 hasta el 13 de Junio de 2004, asignado al **CENTRO DE TRABAJO 2** con clase de riesgo V y Tasa de cotización 6,960%.

El código de la actividad económica en este centro de trabajo de Eternit Colombiana S.A., de acuerdo con el Decreto 1607 de 2002 es 5269502, que corresponde de manera genérica a la actividad económica: "Fabricación de artículos de hormigón, cemento y yeso, incluye solamente empresas dedicadas a fabricación de productos con contenidos de asbesto, trabajos de aislamiento térmico en asbesto".

Verificando en la matriz de identificación de peligros y valoración de riesgos de los puestos de trabajo en los que ha laborado, se identifica entre otras, la siguiente condición de riesgo.

• Material particulado (Asbesto Crisotilo)

De conformidad con lo señalado en el texto precedente, esta ARL conceptúa que el trabajador **VICTOR JULIO MORENO MEDINA**, estuvo desarrollando sus labores en una actividad clasificada como de alto riesgo.

Esperamos haber atendido satisfactoriamente su solicitud

Cordialmente,

De acuerdo con los anteriores elementos de juicio, concluye la Sala que a lo largo de su vinculación laboral con ETERNIT COLOMBIANA S.A., el demandante estuvo sometido a un ambiente contaminado por **material particulado - asbesto crisotilo-, polvo total y otros**, presentando un riesgo alto por asbesto, sustancias que tienen una comprobada incidencia en diagnósticos de enfermedades laborales², tal como se extrae de la ruta integral de atención integral para personas expuestas al asbesto Decreto 221 del 2023³, esto, dado el contacto directo y de acuerdo al análisis que efectuó la empresa por medio del área de salud ocupacional y la certificación de la ARL, dando cuenta de una situación de contaminación ambiental permanente y prolongada en el tiempo.

En ese orden, un análisis armónico y razonado de las pruebas referidas en precedencia, lleva a la Sala al convencimiento de que el demandante era uno de aquellos *“trabajadores con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas”* en los términos del numeral 4º del artículo 2º del Decreto 2090 de 2003.

Así pues, como quiera que el demandante siempre se desempeñó en actividades de alto riesgo cuando prestó sus servicios a ETERNIT COLOMBIANA S.A., debe contabilizarse todo el periodo allí laborado⁴ 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 ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia con radicado No. 38948 de 29 de mayo de 2012⁵.

² Que el Decreto 1477 del 2014 "Por el cual se expide la Tabla de Enfermedades Laborales", modificado en su artículo 1 por el Decreto 676 de 2020, menciona la asbestosis y el mesotelioma maligno por exposición a asbesto, como enfermedades laborales directas en la sección II parte A.

³ Por el cual se adiciona el Título 14 de la Parte 8 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016 y se definen las directrices para la puesta en marcha y funcionamiento a nivel territorial de la Ruta Integral para la Atención Integral para personas expuestas al asbesto.

⁴ 17 de mayo de 1988 al 10 de junio de 2004

⁵ “...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

En conclusión, se itera, todo el tiempo laborado por el actor al servicio de ETERNIT COLOMBIANA S.A. desde el 17 de mayo de 1988 al 10 de junio de 2004; pues así lo certifica dicha entidad a páginas 12 y 78 del archivo 01, debe entenderse cotizado en actividad de alto riesgo, estableciéndose como total **838 semanas** efectivamente cotizadas bajo tal empleador de manera ininterrumpida.

Ahora bien, determinado lo anterior debe recordarse la pensión especial de vejez se encuentra contemplada en el Decreto 2090 de 2003, que reglamenta las actividades de alto riesgo para la salud. Así mismo, fue regulada por los artículos 3º y 4º, mientras el 6º incluyó un régimen de transición, en los siguientes términos:

“Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

PARÁGRAFO. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.” (subrayas del Despacho)

Advirtiéndose el accionante a la entrada en vigencia de dicho decreto (28 de julio del 2003) tenía cotizadas 838 semanas en actividades de alto riesgo, cumpliendo así este primer requisito.

Ahora en relación con lo señalado en el párrafo de esta norma para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), es claro que el actor no tenía 40 años de edad⁶, ni 15 años de servicios⁷ sin embargo, debe señalarse en este puntual aspecto, reexaminado el caso a la luz de lo señalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1225-2021 Rad. 87046 del 10 de marzo del 2021, no resulta necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pues ello se tornaría desproporcionado y

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...”

⁶ Nació el 27 de abril de 1962 cumplió 40 años el mismo día y mes de 2002 y para el 1º de abril de 1994 tenía 32 años de edad.

⁷ 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.

contrario a la finalidad de ese régimen de transición, así lo sostuvo la citada Corporación:

“Esta Sala en sentencia CSJ SL1353-2019, reiterada en CSJ SL999-2020 y CSJ SL042-2021, precisó el alcance de la anterior disposición y señaló que para hacerse a dicha transición se debe acreditar el requisito señalado en el primer inciso, esto es, las 500 semanas de cotización en actividades de alto riesgo a 28 de julio de 2003, sin que sea necesario, adicionalmente, el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por cuanto «las exigencias adicionales del parágrafo del artículo 6.º del Decreto 2090 de 2003, son desproporcionadas y contrarias a la finalidad del régimen especial y transitorio para acceder a la pensión de vejez.» (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Por lo anterior, el demandante es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 6º de esa normatividad y, en consecuencia, procede la remisión al **Decreto 1281 de 1994**.

Dicha norma, en su artículo 2º, modificado por el 117 del Decreto 2150 de 1995, estableció:

“Los afiliados al Sistema General de Pensiones que se dediquen en forma permanente y por lo menos durante 500 semanas, continuas o discontinuas, al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

La pensión especial de vejez se reconocerá por parte de la entidad administradora de pensiones correspondiente con base en la historia laboral del afiliado en donde conste el número de semanas cotizadas en forma especial.”

Y el artículo 3 fijó las Condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez, así:

La pensión especial de vejez, se sujetará a los siguientes requisitos:

- 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad.*
- 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas.*

La edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez se disminuirá un (1) año por cada sesenta (60) semanas de cotización especial, adicionales a las primeras 1.000 semanas, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

Conforme lo anterior el accionante nació el 27 de abril de 1962 (Archivo 07 página 76), esto es, cumplió los 55 años de edad el **27 de abril del 2017** y el total de sus cotizaciones es de **1432**, reiterando de esas semanas 838 pertenecen a actividades de alto riesgo como atrás se indicó, cumpliéndose así con los requisitos allí dispuestos.

En este punto, sea válido aclarar, al total de las **1.432** semanas se computaron los periodos que aparecen en cero en la historia laboral de Colpensiones (páginas 34 a 44, archivo 07), esto es, del 1º de mayo de 2004 al 10 de junio de 2004, pues tal como lo estimó el *A quo*, los periodos no recobrados por la administradora de pensiones Colpensiones no pueden ser endilgados al afiliado y en este caso la misma empresa ETERNIT COLOMBIANA S.A. en las certificaciones ya referidas-archivo 01, páginas 12 y 78-, indicó que el señor VICTOR JULIO MORENO MEDINA laboró hasta el 10 de junio de 2004.

Adviértase, el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, impuso a las administradoras de fondos de pensiones la obligación de efectuar el cobro de los valores adeudados por el empleador, con ocasión del incumplimiento de la obligación transcrita, al preceptuar:

«Acciones de cobro. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.»

De igual manera el literal h) del artículo 14 del Decreto 656 de 1994, al referirse a las obligaciones de las sociedades administradoras de fondos de pensiones, determinó como una de ellas:

«Adelantar las acciones de cobro de las cotizaciones retrasadas. Los honorarios correspondientes a recaudos extrajudiciales solamente podrán ser cobrados a los deudores morosos cuando estas acciones de cobro se adelanten por terceros cuyos servicios se contraten para el efecto.

Las cuentas de cobro que elaboren las administradoras por las sumas que se encuentren en mora prestarán mérito ejecutivo»

Para dar cumplimiento a lo anterior, el artículo 5º del Decreto 2633 de 1994 señaló que las administradoras de fondo de pensiones del régimen solidario de prima media con prestación definida y del régimen de ahorro individual con solidaridad adelantarán su correspondiente acción de cobro ante la jurisdicción ordinaria, previo requerimiento escrito al empleador moroso. Y seguidamente indicó:

“Si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.”

De tal forma, le corresponde a Colpensiones adelantar las gestiones de cobro pertinentes, sin que se vea afectado el demandante, reiterándose en este punto, el *A quo* estableció un total de 1.435 semanas ya que sumó todo el mes de junio de 2004, aun cuando el demandante laboró hasta el 10 de junio de 2004, debiéndose aclarar dicho aspecto ya que, al totalizar las semanas arroja 1.432 y no 1.435.

Aclarado lo anterior, se tiene entonces que al descontar de las 1432 semanas, las primeras 1000, queda un saldo de 432 semanas que permite descontar 7 años⁸ a la edad original para acceder a la pensión (55 años), es decir que el actor, en principio, tendría derecho a la prestación desde el momento en el cual alcanzó los 50 años (55 años - 7 años = 48 años *dicha edad no pueda ser inferior a 50 años*) es decir el 27 de abril del 2012.

No obstante lo anterior, 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 ocurrió hasta el **31 de mayo de 2019**, según se puede constatar del reporte de semanas expedidos por Colpensiones (Archivo 07, páginas 34 a 44 del expediente digital).

⁸ 432 semanas / 60 semanas = 7.2 años

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 27 de abril de 2012 - fecha en que el actor cumplió 50 años de edad y pudo disminuir la edad en 7 años, 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, siendo a partir del 1º de junio de 2019, conforme se constata en la historia laboral actualizada al 07 de junio de 2022, obrante en el archivo 07, páginas 33 a 44), mismo análisis al que arribó el juzgador de primer grado y no fue objeto de reproche.

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: 1432, aplicándose al efecto el IBL de los últimos 10 años⁹ 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 67.49% del salario base de liquidación (conforme al artículo 34 de la Ley 100 de

⁹ Arroja una mesada más alta pero aun así sigue siendo inferior al smmlv.

1993), la primera mesada pensional del actor asciende a **\$1.132.078,53¹⁰**, la cual no concuerda con la liquidada en primer grado, por ende, habrá de modificarse 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, resultó más favorable el último escenario.

Igualmente, se destaca, esta Sala de Decisión estableció como tasa de reemplazo el 67.49%, de acuerdo a la siguiente operación:

Calculo Tasa de Reemplazo 2019				
IBL / SMMLV	\$ 1.677.472,1	\$ 828.116,0	2,0256	
No. SMMLV*0,5	2,0256 * 0,5		1,012824342	
65,50%	-	1,0128	<u>64,4872</u>	
Semanas adicionales a 1300-1400		100		
100 / 50 * 1,5		3		
64,4872%	+	3,00%	<u>T. R.</u>	<u>67,49%</u>

10

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1988	228	3,580	100,00	27,933	\$ 44.046,84	\$ 1.230.358,72	\$ 9.350.726,26
1989	365	4,580	100,00	21,834	\$ 79.503,78	\$ 1.735.890,41	\$ 21.120.000,00
1990	365	5,780	100,00	17,301	\$ 89.235,53	\$ 1.543.867,37	\$ 18.783.719,72
1991	365	7,650	100,00	13,072	\$ 126.687,95	\$ 1.656.051,57	\$ 20.148.627,45
1992	366	9,700	100,00	10,309	\$ 198.727,46	\$ 2.048.736,69	\$ 24.994.587,63
1993	365	12,140	100,00	8,237	\$ 287.024,44	\$ 2.364.286,97	\$ 28.765.491,49
1994	365	14,890	100,00	6,716	\$ 475.902,84	\$ 3.196.123,83	\$ 38.886.173,27
1995	355	18,250	100,00	5,479	\$ 527.436,62	\$ 2.890.063,67	\$ 34.199.086,76
1996	360	21,800	100,00	4,587	\$ 602.000,00	\$ 2.761.467,89	\$ 33.137.614,68
1997	360	26,520	100,00	3,771	\$ 679.083,33	\$ 2.560.646,05	\$ 30.727.752,64
1998	360	31,210	100,00	3,204	\$ 869.166,67	\$ 2.784.898,00	\$ 33.418.776,03
1999	360	36,420	100,00	2,746	\$ 862.916,67	\$ 2.369.348,34	\$ 28.432.180,12
2000	360	39,790	100,00	2,513	\$ 1.008.750,00	\$ 2.535.184,72	\$ 30.422.216,64
2001	360	43,270	100,00	2,311	\$ 1.225.476,50	\$ 2.832.162,01	\$ 33.985.944,07
2002	360	46,580	100,00	2,147	\$ 1.127.500,00	\$ 2.420.566,77	\$ 29.046.801,20
2003	360	49,830	100,00	2,007	\$ 1.129.694,42	\$ 2.267.096,96	\$ 27.205.163,56
2004	180	53,070	100,00	1,884	\$ 1.218.500,00	\$ 2.296.024,12	\$ 13.776.144,71
2007	120	61,330	100,00	1,631	\$ 434.000,00	\$ 707.647,15	\$ 2.830.588,62
2008	360	64,820	100,00	1,543	\$ 459.208,33	\$ 708.436,18	\$ 8.501.234,19
2009	360	69,800	100,00	1,433	\$ 493.950,00	\$ 707.664,76	\$ 8.491.977,08
2010	360	71,200	100,00	1,404	\$ 513.491,67	\$ 721.196,16	\$ 8.654.353,93
2011	360	73,450	100,00	1,361	\$ 534.250,00	\$ 727.365,55	\$ 8.728.386,66
2012	360	76,190	100,00	1,313	\$ 566.700,00	\$ 743.798,40	\$ 8.925.580,78
2013	360	78,050	100,00	1,281	\$ 587.600,00	\$ 752.850,74	\$ 9.034.208,84
2014	360	79,560	100,00	1,257	\$ 613.791,67	\$ 771.482,74	\$ 9.257.792,86
2015	360	82,470	100,00	1,213	\$ 641.987,50	\$ 778.449,74	\$ 9.341.396,87
2016	360	88,050	100,00	1,136	\$ 685.696,25	\$ 778.757,81	\$ 9.345.093,70
2017	360	93,110	100,00	1,074	\$ 733.695,17	\$ 787.987,51	\$ 9.455.850,07
2018	360	96,920	100,00	1,032	\$ 777.614,92	\$ 802.326,58	\$ 9.627.918,90
2019	150	100,000	100,00	1,000	\$ 828.116,00	\$ 828.116,00	\$ 4.140.580,00
Total días	10064	Total devengado actualizado a:				2019	\$ 562.735.968,73
Total semanas	1432,00	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.677.472,08
Total Años	24,45	Porcentaje aplicado					67,49%
		Primera mesada					\$ 1.132.078,53
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2019	\$ 828.116,00

Sea del caso mencionar, en primer grado se fulminó condena aplicándose una tasa de reemplazo del 80% y en consecuencia una mesada superior, por lo que, esta Sala en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones deberá modificar dicha condena al ser más favorable para la entidad. Aclárese, pese a que se adjuntó la liquidación por parte del juzgador de primer grado, de allí no se extrae cuáles fueron los cálculos aritméticos que se realizaron para hallar la tasa de reemplazo. Se modifica este punto.

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.

Ahora bien y en aras de determinar el retroactivo adeudado por diferencias de mesadas pensionales, debe analizarse en este punto el medio exceptivo de la prescripción oportunamente propuesto por la demandada COLPENSIONES (página 9, archivo 07)¹¹, recordando la pensión de vejez por alto riesgo se hizo exigible el 1º de junio de 2019 día siguiente al retiro del sistema, reclamando el demandante su derecho el 12 de marzo de 2020, el cual fue negado mediante Resolución SUB 139488 del 30 de junio de 2020, desatándose los recursos de reposición y apelación interpuestos por el actor a dicha decisión, mediante actos administrativos SUB 190893 del 08 de septiembre de 2020 y DPE 13685 del 06 de octubre de 2020 (páginas 181 a 199 y 344 a 354, archivo 07), interponiendo la demanda el 02 de diciembre de 2020 (página 2, archivo 01), por lo que es evidente que entre la fecha de exigibilidad del derecho (01/06/2019), la reclamación administrativa e interposición de la demanda NO transcurrió el término trienal establecidos en la ley, por ende, se deberá liquidar el retroactivo pensional a partir del día siguiente a la desafiliación, teniendo como extremos los mismos fijados por el *A quo*, estos son, 1º de junio de 2019 al 04 de febrero de 2024.

¹¹ Se tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones, auto admisorio de fecha 11 de agosto de 2021 – archivo 04 - y se notificó a la entidad el 1º de junio de 2022 – archivo 05-, esto es, dentro del año del artículo 94 del C.G.P.

Dilucidado lo anterior, lo que sigue ahora es el cálculo del retroactivo adeudado por concepto de mesadas pensionales, arrojando un total de **\$75.231.750,76**, esto, sin perjuicio de las mesadas ordinarias y adicionales que se sigan causando con posterioridad. Así las cosas, como quiera que el retroactivo liquidado en primer grado resultó ser superior, se deberá modificar dicha condena.

Cálculo retroactivo pensional

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/06/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.132.079,00	8,00	\$ 9.056.632,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.175.098,00	13,00	\$ 15.276.274,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.194.017,00	13,00	\$ 15.522.221,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.261.121,00	13,00	\$ 16.394.573,0
01/01/23	31/12/23	13,12%	\$ 1.426.580,00	13,00	\$ 18.545.540,0
01/01/24	08/02/24	9,28%	\$ 1.558.967,00	0,28	\$ 436.510,8
Total retroactivo				\$ 75.231.750,76	

En otro giro, en cuanto a los intereses moratorios, punto de apelación del demandante, es menester precisar, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 indica que este rubro está previsto para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cualquiera que sea su fuente, pudiendo colegirse, el pago tardío de las mismas debe ser sancionado en los términos de tal normativa.

No obstante, dicha premisa, para la procedencia de estos debe analizarse la situación que dio lugar a negar la prestación económica por parte de Colpensiones, evidenciando al efecto, mediante Resolución SUB 139488 del 30 de junio de 2020 – página 189, archivo 07-, la entidad arguyó:

“Que de acuerdo a lo expuesto anteriormente, se tiene que los documentos obrantes dentro del expediente pensional el asegurado no realizo actividades de alto riesgo descritas en el artículo 02 del decreto 2090 de 2003, toda vez que revisado el cargo, las funciones y los principales factores de riesgo, las actividades desarrolladas no indican la realización de este tipo de actividades de alto riesgo descritas en el decreto 2090 de 2003.

Concluyendo de lo anterior, que el solicitante no cumple con los requisitos legales dispuestos para el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, por cuanto los empleadores no certifican exposición por parte del solicitante a actividades enmarcadas en las descritas por el Decreto 2090 de 2003, siendo procedente negar la prestación económica a la luz de lo establecido por el Decreto 2090 del 2003.”.

Este argumento fue ratificado a través de las Resoluciones SUB 190893 del 08 de septiembre de 2020 y DPE 13685 del 06 de octubre de 2020, soportando la decisión en que el empleador no efectuó la cotización con el porcentaje adicional, no siendo de recibo dicho argumento, en la medida que las cotizaciones efectuadas por ETERNIT COLOMBIANA S.A. fueron asumidas bajo la modalidad de – *actividades de alto riesgo*- siendo registrada la novedad en la historia laboral por Colpensiones., razón por la cual para esta Corporación no existe una razón que justifique su actuar y en ese sentido debe ser condenada la pasiva al pago de los intereses moratorios.

En cuanto a la fecha a partir de la cual se causan los intereses de mora, el inciso final del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, prevé que los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

Así pues, de conformidad con la documental obrante a 181 y s.s. del archivo 07, el accionante elevó reclamación de reconocimiento pensional el **12 de marzo de 2020**, por lo que, al tenor de la disposición citada, procede la condena del pago de intereses de mora a cargo de la pasiva, a partir del **13 de julio de 2020**, hasta la fecha en que se realice el pago sobre las mesadas retroactivas que se adeudan desde el 1º de junio de 2019. Advirtiéndose en este punto, los intereses se calculan a la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, certificada por la Superintendencia Financiera para el periodo correspondiente al momento en que se efectúe el pago, intereses que no se liquidan en concreto, por cuanto esta liquidación a la fecha de la sentencia resulta innecesaria, pues la tasa de interés moratorio debe ser la vigente en el momento en que se efectuó el pago, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Por esta razón, se revocará la condena de la indexación.

Finalmente, se confirmará la sentencia en el sentido de autorizar a COLPENSIONES a descontar del anterior retroactivo pensional lo correspondiente a los aportes a salud, en virtud de lo previsto en el artículo 42 de la Ley 100 de

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

Así las cosas, agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme a las motivaciones precedentes lo que se sigue la adición, 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 como valor de la mesada pensional a partir del 1º de junio de 2019 la suma de **\$1.132.078,53**, aplicando una tasa de reemplazo del 67,49%, conforme a lo expuesto.

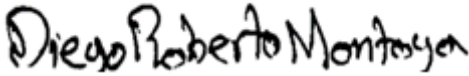
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para en su lugar establecer como valor del retroactivo pensional causado entre el 1º de junio de 2019 al 08 de febrero de 2024 la suma de \$75.231.750,76, esto, sin perjuicio de las mesadas ordinarias y adicionales que se sigan causando con posterioridad, conforme a lo expuesto.

TERCERO: REVOCAR el numeral **CUARTO** del fallo de primer grado y en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar al demandante VICTOR JULIO MORENO MEDINA los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales causadas desde el 1º de junio de 2019, precisándose, este concepto se pagará a partir del **13 de julio de 2020**, hasta el momento que se produzca el pago y se calcularán a la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, conforme a lo expuesto en precedencia.

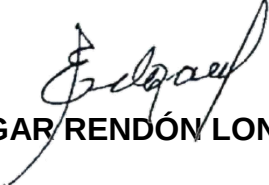
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás el fallo proferido en primera instancia conforme a lo expuesto.

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 JAIRO ENRIQUE GARCÍA OLAYA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., AFP SKANDIA S.A. Y COMO LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE S.A. (RAD. 04 2022 00570 01)

Bogotá D.C. treinta de (30) de abril 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 el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y AFP SKANDIA S.A. como también el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juez 04 Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de febrero de 2024¹, en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de JAIRO ENRIQUE GARCÍA OLAYA a la AFP PORVENIR, suscrita en julio de 1997. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP SKANDIA a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al 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. La anterior orden deberá ser cumplida en el término de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a AFP PORVENIR S.A. a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto gastados de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante

¹ Expediente digital, archivo número 25 (audio), récord: 01:01:40 a 1:27:38.

permaneció afiliado a esa administradora, la anterior orden deberá ser cumplida en termino señalado en el numeral anterior.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del actor al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. Esta orden deberá cumplirse en el término de los 15 días siguientes al señalado en los numerales segundo y tercero de esta decisión.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas SKANDIA y PORVENIR en favor del actor. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$ 1 SMLMV a cargo de cada una de ellas.

SÉPTIMO: DECLARAR PROBADA la excepción de mérito propuesta por Mapfre denominada: MAPFRE no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron amparados, amen que la sentencia que acoge la pretensión de la ineficacia del traslado no le es oponible.

OCTAVO: CONDENAR en costas a Skandia S.A. a favor de Mapfre. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1 SMLMV.

NOVENO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral.”

Inconforme con la anterior decisión y como se expuso previamente, los apoderados judiciales de las AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. sustentaron sus recursos de alzada en los siguientes términos:

La representación de la AFP PORVENIR S.A. refirió estar inconforme con la condena impuesta a esta administradora de trasladar con destino Colpensiones los rendimientos efectuados en la cuenta individual del demandante, toda vez que estos únicamente se generan el RAIS al igual que los gastos de administración, primas de seguros previsionales y demás emolumentos ordenados por el Juez de instancia. En línea con lo anterior, refirió que la sentencia recurrida desconoce el artículo 113, literal B la Ley 100 de 1993 en el cual se menciona cuáles son los emolumentos a trasladar cuando existe un cambio de régimen pensional. En consecuencia, señaló que no se debe devolver sumas diferentes a las mencionadas en el citado artículo, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación de vejez del afiliado.

De manera ilustrativa, mencionó el concepto emitido por la Superintendencia Financiera de fecha 17 de enero 2020 en donde se indicó que en los eventos en que se declara la ineficacia de traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y los rendimientos que hubieren en la cuenta individual del afiliado y, referente a la indexación de las condenas emitidas por el Juez de primera instancia, reseñó el

pronunciamiento del Tribunal Superior de Cali quien señaló que la indexación no es procedente en la declaración de ineficacia en la medida en que con el traslado rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda. Razón por la cual solicita se de aplicación a dicho precedente.²

Por su parte la representación de la AFP SKANDIA S.A. refirió estar inconforme puntualmente con la condena impuesta relacionada con la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales y la indexación, como también en contra del numeral séptimo que declaró probadas las excepciones formuladas por la llamada en garantía MAPFRE S.A.

² Expediente digital, archivo número 25, récord: 01:28:00 a 01:31:20.
Recurso de apelación AFP PORVENIR S.A.:

“Gracias señor juez, con el debido respeto, me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir el despacho, el cual procedió a sustentar en los siguientes términos, en primer lugar hay que tener en cuenta que la parte demandante el momento del traslado era una persona capaz y por ende tenía plenos conocimientos que la llevaron a tomar la decisión libre, voluntaria e informada de trasladarse con PORVENIR, máxime cuando ostentaba la calidad de abogado.

En segundo lugar, se debe poner de presente que a juicio este apoderado no se hizo una debida valoración probatoria del actuar de la parte demandante respecto a los deberes que le asistían como consumidor financiero, pues tan así es esta situación, que en el interrogatorio de parte manifestó que ni siquiera leyó el formulario de afiliación, el cual era como la mínima exigencia que debía tener sobre todo con la calidad que ostentaba para el momento de su afiliación con mi representada.

Por otro lado, tampoco se comparte la visión del despacho, toda vez que si lo que se pretende con la ineficacia es devolver las cosas a su estado anterior, debe señalarse que en ese en ese sentido, no sé debería valer Colpensiones o en su defecto el afiliado de los rendimientos que únicamente se generan en el RAIS y así a pesar que se ordena trasladar los rendimientos, también se ordenó trasladar sumas como lo son los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y demás emolumentos que, indicó el despacho, lo cual a juicio está apoderado, se predica únicamente de la ineficacia en favor de la parte demandante y no en igualdad de condiciones de los aquí presentes en este litigio.

Aunado a lo anterior, debe señalarse que la sentencia que acaba de prohibir el despacho desconoce el artículo 113, literal B la Ley 100 de 1993 en el cual se menciona cuáles son los emolumentos a trasladar cuando existe un cambio de régimen pensional y estos son, abro comillas el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos cierro comillas. En consecuencia, no se debe devolver sumas diferentes a las mencionadas en el citado artículo, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación de vejez del afiliado.

Asimismo, se debe poner de presente que la superintendencia financiera de Colombia, en concepto del 17 de enero 2020 bajo radicación 20191522169003000, manifestó que en los eventos en los que procede la nulidad o ineficacia de traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y los rendimientos de la cuenta individual. En ese sentido, la sentencia del despacho está desconociendo el mandato legal, así como el concepto de la superintendencia financiera, quien se encarga de vigilar a mi representada.

Por otro lado, también se pone de presente que no se comparte la decisión del despacho, toda vez que si lo que se pretende con la indexación es suplir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, debe señalarse que los rendimientos que se generan en el RAIS suplen este fenómeno del otro devaluatorio. Y es que así también lo ha considerado al Tribunal Superior de Medellín, así como Tribunal Superior de Cali, para lo cual me permito traer a colación el proceso de radicación 760013105008 2023 0010101, en cuanto el tribunal manifestó lo siguiente: abro comillas en cuanto a indexación la sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que con el traslado rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, que podría verse generado en los emolumentos a retornar debido a la inflación, por tal razón se revocará este ítem y en su lugar, se le impondrá al fondo privado a retornar las sumas con sus respectivos rendimientos, cierro comillas.

En ese orden de ideas este apoderado considera que se debería aplicar el precedente que está imponiendo hoy en día el Tribunal Superior de Cali, toda vez que los rendimientos, pues si suplen esta pérdida del poder adquisitivo, que es lo que se pretende con indexación y en consecuencia condenar a mi representada a trasladar estos emolumentos debidamente indexados constituye una doble condena por los mismos hechos. En ese sentido solicitaría al honorable Tribunal Superior Distrito judicial de Bogotá que revoque su integridad la sentencia que acaba de proferir el despacho, muchas gracias.”

Para sustentar su alzada expuso que en materia de devolución de gastos de administración existe una regulación concreta como lo es el Decreto 3925 de 2008 quien no consagra que deban trasladarse gastos de administración cuando se realiza cambio de régimen de pensional, por cuanto el demandante hasta que quede ejecutoriado la providencia que ponga fin al presente proceso se encuentra amparado en los riesgos de invalidez y muerte.

En cuando a la absolución de MAPFRE S.A. indicó que dada la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS trae como consecuencia dejar sin efecto uno de los elementos esenciales de ese contrato, que es el interés asegurable y el artículo 1137 de código civil indicó que al perderse ese interés asegurable deberá la aseguradora restituir las sumas percibidas con ocasión a la afiliación del demandante. Por lo que será esta aseguradora y no la AFP SKANDIA quien restituya el valor de las primas de seguros previsionales por contar con los pagos realizados entre el año 2010 y al 2018. Finalmente, solicitó se revoque la indexación ordenada de los rubros objeto de condena por cuanto con los rendimientos estaría compensando cualquier depreciación del poder adquisitivo de la moneda.³

³ Expediente digital, archivo número 25, récord: 01:31:24 a 01:34:23.
RECURSO AFP SKANDIA S.A.

“Gracias su señoría, parcialmente el recurso de apelación contra la sentencia proferida, referente a la orden impartida por el despacho, especialmente el numeral referido a la devolución de gastos, primas y emolumentos de debidamente indexada, así como el numeral séptimo que por probada las excepciones formuladas por la demandada, la aseguradora Mapfre.

Fundo ese recurso bajo los siguientes argumentos: ya declarada la ineficacia del traslado, como se ha señalado en el presente caso trae las consecuencias jurídicas y dentro de esas consecuencias está el traslado de los recursos. Dentro de esos recursos, no se señala o la norma que contempla la materia Decreto 3995 el año 2008 no contempla que deba recaer sobre los gastos o el 3% de gastos de administración. Considera suscrita que no están en ellos porque precisamente guarda relación armónica con discusiones de ley 100 de 1993 artículo 20 especialmente donde no, donde será una destinación específica de ese 3% de gastos administración y son rubros o conceptos que mi representada desde el año 2010, fecha en el cual el demandante se trasladó, a la fecha, pues no cuentan.

De hecho, se le ha dado una correcta y eficiente administración de los aportes realizados por el demandante y cuenta incluso hasta la ejecutora de esta sentencia con la cobertura para la protección de riesgos como una invalidez o una muerte. En ese orden de ideas es dable destacar su Señoría que en el presente caso atendiendo que se ha declarado en eficacia y bajo las normas que regulan la materia que señala de manera taxativa esos emolumentos que se deben trasladar, considera la suscrita que no está señalado en esta norma pues no hay lugar a trasladar esos emolumentos momentos hacia Colpensiones.

Seguidamente, pues esté numeral me lleva necesariamente a apelar la decisión tomada en el numeral séptimo de absolver a la aseguradora Mapfre, dado que ya se dio, se consolidó una condena en contra de mi representada, referente a este rubro, como son las primas de seguros provisional que pagadas a la aseguradora entre el año 2010 hasta el año 2018. Fecha en la cual estuvo vigente el contrato de seguros vigente entre mis mi representada y la aseguradora. Y en ese orden de ideas al declararse la ineficacia, trae como consecuencia que deja sin piso uno de los elementos esenciales de ese contrato, que es el interés asegurable y el artículo 1137 indica que al perderse ese interés asegurable, pues deberá la aseguradora restituir las sumas percibidas.

Considerando lo anterior honorables magistrados, pues solicitó la revocatoria de la sentencia, teniendo en consideración que debe ser la aseguradora Mapfre y no SKANDIA quien deba trasladar porque finalmente es quien cuenta con esos pagos realizados entre el 2010 y al 2018. Finalmente, si se confirma la decisión, solicitó la indexación sea revocada de estos rubros y esos conceptos, considerando que con los rendimientos estaría compensando cualquier depreciación del poder adquisitivo de la moneda y no habría lugar a que se sancione en dos oportunidades a mi representada de esta manera, parcialmente dejo presentado el recurso de apelación su señoría, 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 las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda⁴ las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo⁵, aspirando se declaré la ineficacia del traslado de régimen efectuado al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A. y del traslado que este hiciera posteriormente a la AFP SKANDIA S.A. y, en consecuencia, se ordené su traslado al RPMPD administrado por Colpensiones junto con la totalidad de los dineros que obren en su cuenta individual tales como cotizaciones, bonos, comisiones, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y sumas adicionales con todos los intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado hasta la fecha en que se produzca el traslado, costas procesales y demás derechos que resulten probados bajo las facultades *extra y ultra petita*.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS y, en consecuencia, se ordenó a las AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor tales como sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a cada una de estas administradoras, ordenándose que al 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. Se absolvió a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones del llamamiento en garantía impetradas por la AFP SKANDIA S.A. y, se condenó en costas a PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.

Consideración a la que arribó la Juez de primer grado con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y al señalar que la demandada AFP PORVENIR S.A. no logró acreditar el

⁴ Expediente digital, archivo 01, páginas 1 y 2.

⁵ Ibidem, páginas 2 y 8.

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

Expuesto lo anterior, para resolver la controversia planteada es menester precisar que 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 por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002⁶.

Así las cosas, dentro de la documental visible en el expediente obra copia del documento de identidad del actor de donde se extrae que su fecha de nacimiento fue el día 06 de enero de 1961⁷, por lo que la edad de 62 años la cumplió el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el día 21 de septiembre de 2022⁸, esto es, cuando ya se encontraba inmerso en la prohibición antes referida, por cuanto le faltaban menos de 10 años para cumplir el requisito de edad para adquirir su derecho pensional y, de otra parte, el demandante no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994), pues para esa data según las probanzas incorporadas en autos, apenas había cotizado al sistema

⁶ “ (...) 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(...) ”.

⁷ Expediente digital, archivo 01 página 67 a 68.

⁸ Ibidem, página 53 a 64.

de seguridad social en pensión un total de 52.29 semanas⁹, por lo que no se encontraba inmerso en la excepción prevista en la mencionada sentencia C-789 de 2002 para poder 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 parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al RPMPD la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de este régimen al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso acaeció el **24 de julio de 1997** con fecha de efectividad a partir del **01 de septiembre del año 1997**¹⁰ por afiliación que hiciera inicialmente el señor JAIRO ENRIQUE GARCÍA OLAYA a la AFP PORVENIR S.A., conforme la información reportada consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar que 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 le reportaría, pues 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 especialidad 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 sin lugar a duda alguna las consecuencias de una decisión de tal envergadura.

⁹ Expediente digital, archivo 11, archivo denominado GRP-SCH-HL-2022_8065579-20220926020157.PDF



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES

PERIODO DE INFORME: Enero 1967 septiembre/2022

ACTUALIZADO A: 26 septiembre 2022

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento: **Cédula de Ciudadanía**

Número de Documento: **19424321**

Nombre: **JAIRO ENRIQUE GARCIA OLAYA**

Dirección: **KR 58 C # 147 - 81 IN 1 apt 2022 b**

Estado Afiliación: **Trasladado**

Fecha de Nacimiento: **06/01/1961**

Fecha Afiliación: **10/04/1991**

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
1008205272	COLEGIO MAYOR NTRA S	10/04/1991	05/06/1991	\$51.720	8.14	0.00	0.00	8.14
1008205272	COLEGIO MAYOR NTRA S	01/08/1991	31/08/1991	\$51.720	4.43	0.00	0.00	4.43
1008205272	COLEGIO MAYOR NTRA S	01/12/1991	31/12/1991	\$51.720	4.43	0.00	0.00	4.43
1008205272	COLEGIO MAYOR NTRA S	01/04/1992	31/05/1992	\$65.190	8.71	0.00	0.00	8.71
1008205272	COLEGIO MAYOR NTRA S	01/08/1992	31/12/1992	\$65.190	21.86	0.00	0.00	21.86
1008205272	COLEGIO MAYOR NTRA S	01/01/1993	02/02/1993	\$81.510	4.71	0.00	0.00	4.71
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS								82.29
[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 + [10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS)								8.00

¹⁰ Expediente digital, archivo 13, página 100.

Frente al tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 12136 radicación No. 46.292 de 2014¹¹, 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»* (SL 1688 de 2019)¹².

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 este 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 extunc¹³ en los términos del artículo 1.746 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 ya citada Corte en sentencia SL 2877 de 2020¹⁴ lo siguiente:

«(...) 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).

¹¹ M.P. Doctora ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

¹² M.P. Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

¹³ Al tema puede consultarse la sentencia SL 2877 de 2020 y SL 4875 de 2020.

¹⁴ M.P. Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

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».*

De igual manera esta alta Corporación en sentencia SL 1948 de 2021¹⁵ 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» (SC 3201-2018).]

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

¹⁵ Ibidem.

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 SL 1688-2019, reiterada en CSJ SL 3464-2019, y especialmente la CSJ SL 4360-2019)».

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 nuestro órgano de cierre 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 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 cada uno de los regímenes 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 a la AFP PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia expuesto entre otras en las sentencias con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011¹⁶, radicación No. 31989 del 9 de septiembre de

¹⁶ “(...) 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

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, 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

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.

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 que el juicio valorativo respecto al cumplimiento del deber de información no se agota con la sola firma del formulario de afiliación, por consiguiente 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 que, de las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante¹⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor de la AFP PORVENIR S.A. le indicó que el ISS prontamente iba a ser liquidado y la opción que tenían era pasarse a un fondo privado, que era más benéfico y, por ello tomó la decisión de firmar el formulario. Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo.

De igual forma debe precisarse en relación con la apelación de la AFP PORVENIR S.A., el hecho de que el accionante fuera una persona con formación educativa profesional no implica que *per se* conociera de las ventajas o desventajas de los diferentes regímenes pensionales, y menos aún dicha circunstancia puede conllevar a que se releve a la AFP de suministrar la información correspondiente al momento del traslado.

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

¹⁷ Audiencia celebrada el día 26 de febrero de 2024, archivo 25 (audio) del expediente digital récord: 11:55 a 40:07.

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

A efecto de zanjar cualquier duda en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A.¹⁸, se debe señalar que 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 PORVENIR S.A. (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 obligatorio que el fondo de pensiones PORVENIR S.A. proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, la referida AFP 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.

Al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema ha precisado de forma insistente que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como “(...) *la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de *leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber.* (...) (CSJ SL 1055 de 2022)

Aquí también debe resaltar esta Sala que el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala

¹⁸ Expediente digital, archivo 13, página 95.

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 SL 1688 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 1.997 cuando se produjo el traslado del aquí demandante a la AFP PORVENIR 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 AFP PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (24 de julio de 1997 con fecha de efectividad a partir del **01 de septiembre del año 1997)**, el deber de información para con el promotor del juicio en los términos que han quedado vistos, esto es

relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y, en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014 ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Y en ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente y en consecuencia el traslado por parte de la AFP PORVENIR S.A. como también de la AFP SKANDIA S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado de las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a cada una de estas administradoras, como también la activación de su afiliación por parte de Colpensiones en el régimen de prima media con prestación definida, se encuentra ajustado a derecho de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

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

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

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

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

Igualmente, en la sentencia SL 1421-2019, Radicación Nro. 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

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

Con relación al pago debidamente indexado recurrido por la AFP SKANDIA S.A., 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 SL 359 de 2021, reiterada en la SL 859 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 Nro. 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

Es de advertir a PORVENIR en punto a su apelación, que 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. Igualmente, resulta pertinente acotar, que las circulares emitidas por la Superintendencia Financiera no resultan vinculantes, 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.

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 contratadas, 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 el 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 adicionales, bonos pensionales, comisiones, gastos de administración, rendimientos financieros, prima del seguros previsional de invalidez y sobrevivencia y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

El anterior razonamiento encuentra sustento en lo previsto en el artículo 108¹⁹ 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, razones suficientes para confirmar en este punto la decisión de instancia..

En relación a la excepción de prescripción²⁰ propuesta por COLPENSIONES, entidad a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Al epílogo conviene agregar una glosa a la temática en estudio, a raíz del comunicado de prensa número 13 del 12 de abril del 2024 expedido por la Corte Constitucional en referencia a la SU-107 del 2024 en punto a estimar que no tiene

¹⁹ “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. 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.”

²⁰ Expediente digital, archivo 08, página 21. Se tuvo por contestada la demanda mediante auto de fecha 17 de octubre de 2023 - Archivo 17 del expediente digital.

fuerza vinculante conforme lo asienta la propia Corte Constitucional en Auto No. 201 del 2013 así:

“...7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole²¹. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional²², en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”²³ y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”²⁴.

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”²⁵. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”²⁶.”

Del mismo modo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A del 4 de febrero del 2016 Radicación número 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) se indicó:

“Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación... el presidente del máximo tribunal constitucional expide los comunicados de prensa con el fin de poner en conocimiento de la comunidad las decisiones adoptadas y con ello de los cambios que implican en el ordenamiento jurídico. No obstante, al no ser

²¹ Ver, al respecto, el auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

²² Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992, posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

²³ Acerca de la facultad de la Corte Constitucional para regular lo referente a las condiciones de publicidad de sus sentencias es útil la consulta de los Autos 152 B de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y 028 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

²⁴ Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 12 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁵ “Que en las condiciones anotadas, es claro que existe una evidente diferencia entre el comunicado que busca satisfacer, con prontitud, el interés de la opinión pública de obtener información y la sentencia “documentada y firmada” que, además, “da cuenta de su contenido así como del número y nombre de los magistrados que la adoptaron, por haber sido quienes intervinieron en la deliberación y decisión respectiva”. Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

²⁶ Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

la sentencia misma la que se publica no produce efectos jurídicos... se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni rempazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991... si bien es cierto a través del citado comunicado se informó sobre la Sentencia de Unificación SU-556 del 14 de julio del 2014, también lo es que, como quedó antes expuesto, dicha publicación no produce efecto vinculante ni jurídico alguno, pues no reemplaza la notificación... De esta forma, al Tribunal no podía exigírsele la aplicación de una sentencia que no producía efectos para el momento en que de adoptó la decisión que ahora se debate... En ese orden, no se advierte el desconocimiento del precedente judicial alegado”

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

SIN COSTAS en esta instancia.

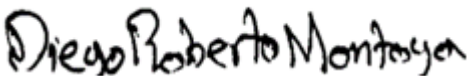
En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

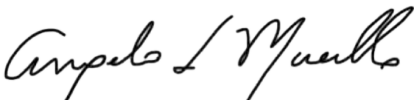
R E S U E L V E

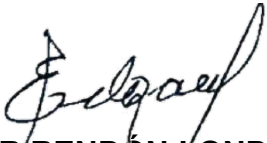
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA 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 JULIO ERNESTO
GUIOT CASTRO CONTRA COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 04 2023
00130 01).**

Bogotá D.C. treinta (30) de abril 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 interpuestos por PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez 4º Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 12 de febrero del 2024 (*Exp. Digital: audio archivo 20, récord: 46:01*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación de Julio Ernesto Guiot Castro a la AFP PORVENIR, suscrita el 24 de noviembre de 2003 y efectiva a partir de enero del 2004. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: Condenar a la AFP Porvenir a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al 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, la anterior orden deberá ser cumplida dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: Ordenar a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus

correspondientes aportes, esta orden deberá cumplirle en el término de los 15 días siguientes al termino señalado en el numeral anterior.

CUARTO: *Declarar no Probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*

QUINTO: *Condenar en costas a la demandada AFP PORVENIR. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.*

SEXTO: *Conceder el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral.”.*

Inconforme con la decisión, PORVENIR presentó recurso de apelación¹ de manera parcial, en lo que respecta al numeral 2º de la sentencia, puntualmente, frente a la indexación de las sumas a retornar a Colpensiones. Al respecto, explicó, que de conformidad con el Tribunal de Cali, en las consideraciones de la sentencia 146 del 9 de junio del 2023, se consideró no hay lugar a dicha imposición, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación adquisitiva de la moneda, refiriendo en este caso, las sumas correspondientes de los gastos administrativos no han perdido el poder adquisitivo, contrario a ello, estos gastos lograron incrementar de sobremanera el saldo de la cuenta de ahorro individual de la parte actora y la condena de devolución de gastos administrativos de manera indexada generarían un enriquecimiento sin justa causa a favor 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 (Página 5 del archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Página 6, ibidem), aspirando se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, en

¹ **Recurso PORVENIR (Récord: 47:32, archivo 20):** Señor juez, siendo un momento oportuno y procesal correspondiente, interpongo el recurso de apelación a la decisión de este despacho frente a la indexación ordenada, teniendo en cuenta que sería una doble condena contra mi representada Porvenir, indicando que pues que de conformidad con el Tribunal de Cali, en las consideraciones de la sentencia 146 del 9 de junio del 2023, en cuanto a la indexación, la sala consideró que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que el traslado de los rendimiento se compensa la depreciación adquisitiva de la moneda que pues haberse generado en los emolumentos a retornar debido a la inflación y, en este caso, las sumas correspondientes de los gastos administrativos no han perdido el poder adquisitivo, contrario a ello, estos gastos lograron incrementar de sobremanera el saldo de la cuenta de ahorro individual de la parte actora y la condena de devolución de gastos administrativos de manera indexada generarían un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones más que la parte actora, gracias su Señoría.

consecuencia se ordene a PORVENIR devolver al RPM todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos e intereses, así mismo se condene a COLPENSIONES a continuar con su afiliación, a la indexación de las sumas adeudadas, derechos *ultra y extra petita* y costas procesales. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia de la afiliación en la AFP PORVENIR, efectuada el 24 de noviembre del 2003, se declaró que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, se condenó a PORVENIR a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, por el periodo que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, resaltándose, al momento de cumplirse esta orden, 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, orden que deberá ser cumplida dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria, se ordenó a COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes en un término de 15 días y se condenó en costas a PORVENIR. **Lo anterior tras considerar**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada Porvenir no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

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 30 de julio de 1958 (Página 33, Archivo 01 expediente digital), por lo que la edad de 62 años, la cumplió en el año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el día 22 de febrero del 2023 y ante Porvenir el 21 de febrero del 2023 (Páginas 15 a 17, 23 y 24, Archivo 01 expediente digital), esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional y, otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-³ por cuanto para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado 489 semanas (archivo 11, carpeta expediente administrativo historia laboral expedida por 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.

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

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

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	Cédula de Ciudadanía	Fecha de Nacimiento:	30/07/1958
Número de Documento:	19445444	Fecha Afiliación:	02/01/1979
Nombre:	JULIO ERNESTO GUIOT CASTRO	Correo Electrónico:	ernestoguiot9@gmail.com
Dirección:	CALLE 59 # 13-84 OFIC 304 ED ALPA	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
1008207732	ABSALON SAAVEDRA Y A	02/01/1979	15/07/1982	\$7.470	184,43	0,00	0,00	184,43
1004005636	EDIFICIO CEDRO GOLF	01/09/1982	23/11/1982	\$21.420	12,00	0,00	0,00	12,00
1004005681	EDIFICIO FICUS LTDA	15/10/1982	16/10/1982	\$21.420	0,29	0,00	0,29	0,00
1004003310	R F LTDA	14/10/1987	30/07/1989	\$165.180	93,71	0,00	0,00	93,71
1008203919	DANIEL CORTES OSORIO	12/09/1989	30/09/1991	\$298.110	93,86	0,00	0,00	93,86
1004003396	DANIEL CORTES O Y CI	11/03/1992	31/12/1994	\$216.000	146,57	0,00	0,00	146,57

del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, ocurrió el **24 de noviembre del 2003 con fecha de efectividad el 1° de enero del 2004** (páginas 90 y 91, archivo 08) por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y en el registro SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

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

jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia».

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

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

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

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

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

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

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

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

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que para el año 2003 llegaron los asesores de Porvenir e hicieron una reunión y explicaron que el extinto ISS se iban acabar y que Porvenir era una buena opción aunado a que le recuperarían sus aportes, razón por la cual decidió trasladarse, precisando no le

⁶ Interrogatorio Demandante, récord 9:58, archivo 20

indicaron de forma clara las consecuencias del traslado en ese momento ni sobre aportes pensionales.

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

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (pág. 90 Archivo 08), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PORVENIR proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora 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 a dar 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 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 2003, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(solicitud efectuada el 24 de noviembre del 2003 con fecha de efectividad 1º de enero del 2004)**, 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, bueno resulta señalar 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 la administradora de pensiones PORVENIR a la que se encuentra actualmente afiliado el actor, del saldo o aportes existentes en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, como también resulta acertado, la decisión impuesta por el *a quo* en cuanto a que para el momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

No obstante, 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 PORVENIR deberá retornar, adicional a lo anterior, las **comisiones** debidamente **indexadas**.

Lo anterior, teniendo en cuenta que así lo ha considerado el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…)

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

del Código Civil. **En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.**

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado 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 SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

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

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

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

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de

cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, radicación No. 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

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

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

Ahora bien, 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 prescripción⁷ propuesta por COLPENSIONES respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta (*Archivo 9 expediente digital, página 13*) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Al epílogo conviene agregar una glosa a la temática en estudio, a raíz del comunicado de prensa número 13 del 12 de abril del 2024 expedido por la Corte Constitucional en referencia a la SU-107 del 2024 en punto a estimar que no tiene fuerza vinculante conforme lo asienta la propia Corte Constitucional en Auto No. 201 del 2013 así:

“...7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole⁸. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional⁹, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”¹⁰ y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”¹¹.

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”¹². Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se

⁷ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 20 de noviembre del 2023, archivo 16 del expediente digital.

⁸ Ver, al respecto, el auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

⁹ Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992, posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

¹⁰ Acerca de la facultad de la Corte Constitucional para regular lo referente a las condiciones de publicidad de sus sentencias es útil la consulta de los Autos 152 B de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y 028 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

¹¹ Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 12 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹² “Que en las condiciones anotadas, es claro que existe una evidente diferencia entre el comunicado que busca satisfacer, con prontitud, el interés de la opinión pública de obtener información y la sentencia “documentada y firmada” que, además, “da cuenta de su contenido así como del número y nombre de los magistrados que la adoptaron, por haber sido quienes intervinieron en la deliberación y decisión respectiva”. Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”¹³.

Del mismo modo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A del 4 de febrero del 2016 Radicación número 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) se indicó:

“Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación... el presidente del máximo tribunal constitucional expide los comunicados de prensa con el fin de poner en conocimiento de la comunidad las decisiones adoptadas y con ello de los cambios que implican en el ordenamiento jurídico. No obstante, al no ser la sentencia misma la que se publica no produce efectos jurídicos... se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni remplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991... si bien es cierto a través del citado comunicado se informó sobre la Sentencia de Unificación SU-556 del 14 de julio del 2014, también lo es que, como quedó antes expuesto, dicha publicación no produce efecto vinculante ni jurídico alguno, pues no reemplaza la notificación... De esta forma, al Tribunal no podía exigírsele la aplicación de una sentencia que no producía efectos para el momento en que de adoptó la decisión que ahora se debate... En ese orden, no se advierte el desconocimiento del precedente judicial alegado”

Agotada la competencia de la Sala por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, 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,

¹³ Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

RESUELVE

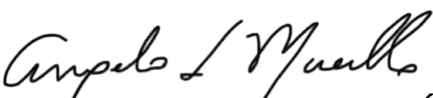
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en su numeral **SEGUNDO**, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a retornar además de lo ordenado por el Juez de primer grado, las **comisiones** debidamente **indexadas**, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 4º 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


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO por ANA GLORIA
ORJUELA RODRÍGUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 05 2022 00530 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril 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:

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor de la sentencia proferida por el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de octubre del 2023 (*Audio archivo 16 expediente digital, récord: 45:27*), en la que se resolvió:

“PRIMERO. Condenar a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones a pagar a la señora Ana Gloria Orjuela Rodríguez una pensión de vejez a partir del día 9 de marzo de 2019 en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente, junto con los reajustes legales y mesadas 13 y 14 adicionales.

SEGUNDO. Condenar a Colpensiones a pagar a favor de la señora Ana Gloria Orjuela de Rodríguez, los intereses moratorios que tratan el artículo 141 de la ley 100 de 1993 a partir del 10 de Julio 2022 y hasta el momento en el que se efectúe el pago.

TERCERO. Autorizar a Colpensiones a descontar de dicha prestación los aportes de seguridad social y de salud.

CUARTO. Costas a cargo de Colpensiones y como agencias en derecho la suma de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

QUINTO. *Compulsar copias a la Contraloría General de la República Distrital de Bogotá, según sus competencias para que valoren la presunta responsabilidad fiscal de la señora María Isabel Campo Martínez como secretaria técnica de Comité de Conciliación y Defensa judicial de Colpensiones, al permitir que el erario se afecte en una condena a intereses moratorios que bien pudo haberse evitado.*

En caso de que ese fallo no fuera apelado, consúltese con el superior a favor de Colpensiones como numeral sexto.”

Inconforme con la decisión COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, solicitando revocar el numeral cuarto del fallo de primer grado relacionado con la condena en costas procesales, teniendo en cuenta el contenido del artículo 48 de la constitución política, aduciendo no se puede destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella, y en el caso de la condena en costas, señala su representada no tiene un rubro destinado para tal fin ya que los dineros que reposan en la entidad son dineros que proceden de los aportes de sus afiliados (*Audio archivo 16 expediente digital, récord: 46:57¹*)

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 ANA GLORIA ORJUELA las pretensiones relacionadas en las páginas 7 A 7 (*Archivo 2 expediente digital*), las cuales encuentran sustento en los hechos relacionados en las páginas 3 a 6 (*ibídem*); solicitando se reconozca y pague la pensión de vejez a que tiene derecho incluyendo el retroactivo correspondiente junto con los intereses de mora; **obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones por cuanto se condenó a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de vejez**

¹ Su Señoría me permito interponer recurso de apelación, el cual procedo a sustentar de la siguiente manera, solicitándole al honorable tribunal revocar el numeral cuarto de la sentencia proferida en primera instancia, esto en lo que concierne a la condena en costas procesales, pues en razón a que pues, teniendo en cuenta el artículo 48 de la constitución política, pues no se podrá destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella, y pues en el caso de las de la condena en costas, pues mi representada no tiene un rubro destinado para tal fin. Razón pues por la cual solicitó el honorable tribunal revocar dicha condena en atención a que los dineros que reposan en la entidad son dineros que proceden de los aportes de sus afiliados, no teniendo, como digo, pues un rubro destinado al pago de costas y agencias en derecho. En esto, pues reitero mi solicitud al honorable tribunal en revocar la condena en costas a Colpensiones y no condenar en costas en segunda instancia, muchas gracias, su Señoría.

a partir del 9 de marzo del 2019 al haber encontrada probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad a esa data (3 años anteriores a la reclamación de la pensión). Lo anterior, tras encontrar acreditada que la actora conservó el beneficio del régimen de transición acreditando los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 para obtener la prestación pensional, con 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es, del 10 de febrero de 1986 al 10 de febrero del 2006, ordenando el pago de intereses moratorios a partir del 9 de julio del 2022 (4 meses después del reclamo de la prestación) al no existir razón que justifique las razones del no reconocimiento por parte de Colpensiones.

Así pues, en primer lugar, se advierte el examen de la Sala además de los motivos de la alzada expuestos por Colpensiones será también en lo que le fue desfavorable en la sentencia, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en su favor, precisando el problema jurídico se centra en establecer si la actora es o no acreedora de una pensión de vejez.

En este orden de ideas, corresponde a la Sala establecer en primer lugar si la demandante es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, beneficio que de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del parágrafo transitorio 4 del acto legislativo 01 de 2005², tiene dos límites temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo - 29 de julio de 2005- el beneficiario del régimen de transición continuaría cobijado por el mismo hasta el año 2014.

² "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

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

De tal manera, en el expediente reposa copia de la cedula de ciudadanía de la demandante (*Archivo 2 expediente digital, pág. 40*) que da cuenta de su fecha de nacimiento el 10 de febrero de 1951, ello permite concluir que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, a 1° de abril de 1994 la actora contaba con 43 años de edad cumplidos. Por tanto, en principio sería beneficiaria del régimen de transición, por lo menos hasta el 31 de julio de 2010 y, eventualmente, hasta el año 2014, debiendo proceder entonces a la verificación del régimen que le sería aplicable a efecto de establecer sus requisitos y la acreditación de los mismos en el plenario.

En cuanto al régimen anterior, se observa que la señora ANA GLORIA ORJUELA RODRÍGUEZ durante su vida laboral efectuó cotizaciones a COLPENSIONES, desde el 28 de enero de 1994, fecha que se consigna en el *“RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR”* aportado por COLPENSIONES y actualizado al 16 de marzo del 2023 (*Archivo 8 expediente digital págs. 577 a 585*), por manera que, el régimen anterior aplicable a la situación pensional de la actora lo sería el contenido en el Acuerdo 049 de 1990, que en su artículo 12 exige la edad de 55 años para la mujer y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, como se dijo, antes del 31 de julio de 2010.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que el demandante alcanzó los 55 años el **10 de febrero del 2006**, pues nació el mismo día y mes de 1951, y en cuanto a las semanas, se advierte conforme a la historia laboral atrás citada *-actualizada al 16 de marzo del 2023-*, acredita un total de 1219,71,

de las cuales **500,58³** fueron cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años, esto es, del 10 de febrero de 1986 al 10 de febrero del 2006, cumpliendo así con el requisito de semanas exigido por el Acuerdo 049 de 1990, tal y como lo dispuso el fallador de primera instancia y, en esa medida debe aclarar la Sala a Colpensiones, al contar la señora ORJUELA RODRÍGUEZ con las 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad (10/02/2006), el Acto Legislativo 01 de 2005, no afectó en nada su derecho pensional⁴.

En relación con la fecha a partir de la cual debe pagarse la pensión, en consideración a que la situación pensional de la actora fue definida con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, resulta aplicable en autos el artículo 13 del citado Decreto, el cual dispone “*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*”.

3

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

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

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1009758381	HUERTAS MOISES	28/01/1994	30/01/1994	\$98.700	0,43	0,00	0,00	0,43
17069562	HUERTAS MOISES	01/12/1995	30/11/1996	\$60.000	51,43	0,00	0,00	51,43
17069562	HUERTAS MOISES	01/12/1996	31/12/1996	\$70.000	4,29	0,00	0,00	4,29
17069562	HUERTAS MOISES	01/01/1997	31/12/1997	\$86.000	51,43	0,00	0,00	51,43
17069562	HUERTAS MOISES	01/01/1998	31/01/1999	\$102.000	55,71	0,00	0,00	55,71
17069562	HUERTAS MOISES	01/02/1999	31/01/2000	\$119.000	51,43	0,00	0,00	51,43
17069562	HUERTAS MOISES	01/02/2000	31/01/2001	\$130.000	48,00	0,00	0,00	48,00
17069562	HUERTAS MOISES	01/02/2001	31/01/2002	\$143.000	51,43	0,00	0,00	51,43
17069562	HUERTAS MOISES	01/02/2002	31/01/2003	\$154.000	51,43	0,00	0,00	51,43
17069562	HUERTAS MOISES	01/02/2003	30/04/2003	\$166.000	12,86	0,00	0,00	12,86
17069562	HUERTAS MOISES	01/05/2003	31/12/2003	\$332.000	17,14	0,00	0,00	17,14
17069562	HUERTAS MOISES	01/01/2004	30/11/2004	\$358.000	44,71	0,00	0,00	44,71
19173796	ROBAYO SIERRA RAFAEL	01/12/2004	31/12/2004	\$358.000	4,29	0,00	0,00	4,29
17069562	HUERTAS MOISES	01/01/2005	31/01/2005	\$381.500	3,86	0,00	0,00	3,86
17069562	HUERTAS MOISES	01/02/2005	31/12/2005	\$382.000	47,14	0,00	0,00	47,14
17069562	HUERTAS MOISES	01/01/2006	31/12/2006	\$408.000	51,00	0,00	0,00	51,00

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

Bajo la premisa anterior, recuérdese si bien el retiro del sistema es requisito necesario para el disfrute del derecho pensional, ha sido criterio de la Sala, respaldado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicación 35605, que deben examinarse las circunstancias especiales que rodean cada caso con el fin de establecer la fecha de desafiliación o retiro del afiliado.

Así pues, en el presente caso si bien la accionante adquirió el status pensional el 10 de febrero del 2006 fecha en que cumplió los 55 años de edad y ya contaba con las 500 semanas requeridas, resulta que su **última semana reportada y cotizada** lo fue para el 31 de marzo del 2020, conforme se evidencia en la página 585 del expediente digital (Archivo 8 Expediente administrativo Colpensiones), misma en la que se registra la novedad de retiro “R”, por lo que sería a partir del día siguiente **-1° de abril del 2020-** que tendría derecho al reconocimiento de la prestación pensional, pues se entiende que allí ocurrió el retiro del sistema, razón por la cual se debe modificar la decisión de primer grado en este aspecto, en virtud de la consulta que se surte en favor de Colpensiones.

Ahora bien, se procede a estudiar la excepción de prescripción oportunamente propuesta por COLPENSIONES⁵, advirtiéndose, si bien el derecho se causó desde el momento en que la accionante cumplió los 55 años de edad y ya tenía las 500 semanas exigidas -10 de febrero del 2006-, la exigibilidad del mismo lo fue solo a partir del 31 de marzo del 2020 data en que la actora se retiró del sistema, presentando reclamación ante Colpensiones el 9 de marzo del 2022⁶ y la demanda el 16 de noviembre del 2022⁷ (Archivo 1 expediente digital), por lo que es claro que no transcurrió el termino trienal establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S para la operancia del fenómeno prescriptivo.

⁵ En la contestación de la demanda (página 12 Archivo 5 expediente digital) la cual se admitió por auto del 31 de agosto del 2023 (Archivo 11 expediente digital).

⁶ Pág. 60 Archivo 2 expediente digital.

⁷ La demanda fue admitida el 27 de febrero del 2023 (Archivo 3 expediente digital) y notificada a COLPENSIONES el 11 de marzo del 2023 (Archivo 4 expediente digital), esto es, dentro del año establecido en el artículo 94 del C.G.P.

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

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

De conformidad con lo anterior, dado que la prestación pensional se causó el **10 de febrero del 2006** (fecha para la cual la demandante tenía los 55 años de edad y acreditó las 500 semanas requeridas), debe recibir el pago de 14 mesadas pensionales al año, como así quedó plasmado en la sentencia de primer grado, la cual deberá ser prohijada también en este punto.

Así las cosas, es claro entonces que la señora ANA GLORIA ORJUELA RODRIGUEZ tiene derecho al pago del retroactivo causado por mesadas pensionales a partir del **1º de abril del 2020** y hasta la data en que sea incluida en nómina.

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

en los términos de tal normativa, evidenciándose por esta Sala de decisión en el presente asunto no se evidencia una razón que justifique la actuación desplegada por la entidad⁸ en el desconocimiento del derecho que le asistía al demandante desde el día siguiente a la fecha de su última cotización (1° de abril del 2020), precisándose cuando se solicitó la prestación pensional la actora ya contaba con los requisitos para su reconocimiento.

De esta suerte, resulta procedente la condena a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios los cuales, deben ser impuestos a partir del **10 de julio del 2022** (4 meses siguientes a la reclamación del derecho 9/03/2022) y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo del retroactivo pensional generado por las mesadas causadas desde el 1° de abril del 2020 y hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina.

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, sin hacer distinción si se trata de una entidad pública, 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 condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a la entidad, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, iterando, la única valoración a tener en cuenta en este aspecto son las resultas del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado en cuanto a que se condena el pago de las mismas a cargo de ésta demandada.

Finalmente, se confirma la autorización a COLPENSIONES de 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

⁸ Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.

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"*, tal como dispuso la A quo en este punto.

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

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

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

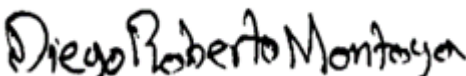
RESUELVE

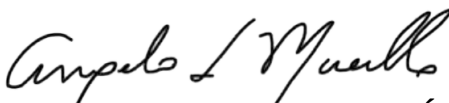
PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** del fallo de primer grado en cuanto a que la pensión de vejez deberá ser reconocida por COLPENSIONES a la demandante a partir del **1° de abril del 2020 (día siguiente a la última cotización efectuada)**, conforme a lo aquí considerado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo proferido por el Juez 5° Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

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 en favor de las demandadas, 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 EDGAR IGNACIO CRISTANCHO ROMERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. (RAD. 07 2022 00039 01)

Bogotá D.C. treinta de (30) de abril 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 el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, como también el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en contra la sentencia proferida por el Juez 07 Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de febrero de 2024 (*Expediente digital, archivo número 21 (audio), récord: 1:09:44*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen gimen pensional realizado por el señor demandante EDGAR IGNACIO CRISTANCHO ROMERO con la AFP PORVENIR el 13 de septiembre de 2.000.

SEGUNDO: SE CONDENA a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor EDGAR IGNACIO CRISTANCHO ROMERO 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 PORVENIR S.A., a devolver a Colpensiones todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde la fecha del traslado, septiembre de 2000, tales como tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, porcentaje correspondiente a primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a PORVENIR el termino de treinta (30) días contados a partir de la notificación del auto de obediencia al Superior, deberá presentar al juzgado un informe discriminando debidamente con todos los valores objeto de devolución, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, el valor de los descuentos de los aportes que se devuelven, el valor de la indexación y toda información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: SE CONDENA a COLPENSIONES a recibir al señor demandante sin solución de continuidad como su afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS en 1979.

QUINTO: Dadas las resultas de proceso **SE DECLARAN NO PROBADAS** las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR.

SEXTO: LAS COSTAS son a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR, las agencias en derecho se tasan a favor del demandante en 2 SMMLV a la fecha del pago a cargo de cada uno de los demandados.

SÉPTIMO: ORDÉNESE la consulta de esta sentencia a favor de Colpensiones como entidad garantizada por la nación y al fin del superior revise la legalidad de lo decidido.”

Inconforme con la anterior decisión y como se expuso previamente, los apoderados judiciales de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES sustentaron sus recursos de alzada en los siguientes términos:

La representación de la AFP señaló estar inconforme con la decisión proferida en razón a que su representada cumplió con las obligaciones que le eran exigibles para el año 2.000, fecha en la cual se efectuó el traslado de régimen pensional del demandante; afirmando que únicamente le era requerido a esta administradora dejar constancia de la asesoría brindada en el formulario de afiliación. Resalto que tiempo después a la fecha de este traslado la normatividad impuso otro tipo de obligaciones a esta administradora como por ejemplo buen consejo, brindar una doble asesoría, informar por escrito los beneficios puntuales de los regímenes pensionales junto con el monto de la pensión.

En igual sentido expuso que el actuar del demandante siempre estuvo encaminado a permanecer afiliado a la AFP PORVENIR S.A. como quiera que nunca presentó inconformismo alguno con su afiliación, haciéndolo únicamente cuando se encontraba inmerso en la prohibición legal de traslado pretendiendo alegar su propia culpa a su favor. Destaco que el único interés del demandante en el presente asunto es de carácter económico y no busca demostrar una falta a los deberes de información brindados en el año 2.000.

Manifestó que en caso de que se confirme la sentencia recurrida no se condene a esta AFP a pago de los rendimientos generados en el RAIS como tampoco los gastos de administración, primas de seguros previsionales, aportes al fondo de garantía mínima con cargo a sus propios recursos; como quiera que fue por cumplimiento legal que PORVENIR incurrió en estos, trayendo a colación el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y las sentencias proferidas por el consejo de estado.

Seguidamente solicitó se revoque lo referente al pago de manera indexada de cada uno de los valores ordenados a devolver al régimen de RPMPD por cuanto como se expuso en la parte resolutive de la sentencia atacada, previamente se ordenó el

pago de rendimientos y es este rubro el que compensa la devaluación que se hubiera causado en algún tiempo, siendo entonces ello un doble pago por el mismo concepto. (*Expediente digital: Archivo número 21 (audio), récord: 1:12:33*)¹

Por su parte, la representación de COLPENSIONES funda su recurso de alza en que al momento del traslado de régimen pensional la normatividad aplicable era la

¹RECURSO DE APELACIÓN AFP PORVENIR S.A.:

“Gracias su Señoría, encontrándome dentro de un momento procesal oportuno me permite interponer recurso de apelación para que sea estudiado por el honorable Tribunal Superior de la siguiente manera: Honorables magistrados solicito respetuosamente revocar el fallo de primera instancia en la medida que está apoderada considerara que efectivamente mi poderdante cumplió con las obligaciones que le eran exigibles para el año 2000, fecha en la que se efectuó el traslado a régimen pensional, en la medida que el único requisito que se le exigía a mi representada era hara constancia de la asesoría brindada en el formulario de afiliación.

Formulario que esa llegó con la contestación de la demanda en la medida pues que para esa data no estaba en vigencia normatividades posteriores que ya le impusieron a las administradoras otras obligaciones como de buen consejo, brindar una doble asesoría de informar por escrito los beneficios puntuales de los regímenes pensionales el monto de la pensión, pero pues se reitera que esta se dieron fue con posterioridad a la fecha en la que se efectuó el traslado de régimen pensional en del aquí demandante del señor Edgar.

En la misma línea, honorables magistrados pues solicito respetuosamente tener en cuenta el actuar del accionante que siempre ha estado encaminado a estar vigente afilada mi representada, pues durante su afiliación a mi representada nunca ha manifestado inconformismo sobre el mismo ni pues se preocupó por gestionar su futuro pensional previamente, sino que solamente espero estar inmerso en la provisión legal de traslado y pues lo que está pretendiendo hacer aquí el accionante es alegar su propia culpa en su favor.

Además pues que es de aclarar que el único interés de él aquí demandante en este proceso es de carácter económico y no busca demostrar la falta del deber de información brindada al mismo en el año 2000, sino que pues lo que quiere aquí o la principal pretensión del accionante como ha señalado es solamente de carácter económico, pues en ocasión a la diferencia que encuentra o puede encontrar entre la eventual mesada pensional que obtendría con mi representada y con Colpensiones y, pues es de aclarar que no se pueden comparar dos regímenes que son sustancialmente diferentes, con características diferentes y eventualmente pues la eventual mesada pensional va a ser diferente, pero esto es conforme a las características propias de cada régimen pensional.

Aunado a lo anterior honorables magistrados, pues se pone ya de presente que si se llegase a confirmar la declaratoria de eficacia de traslados, se solicita respetuosamente que no se condene a mi representada a que traslade los rendimientos que se generarán en el RAIS, tampoco que traslade los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, en la medida que fue por ese cumplimiento legal que mi representada incurrió en los mismos, en la medida que el artículo 20 de la Ley 100 así lo señalaba a los fondos privados de realizar ese descuento, entonces pues fue en cumplimiento de ese mandato legal. Así mismo tampoco sería procedente que mi representada se viese obligada a trasladar los aportes destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, como lo señaló el Consejo de estado en la sala de consulta y servicio civil, en la consulta del 3 de agosto del 2022, 062 del año 2022. Frente a la indexación tampoco sería procedente honorables magistrados, puesto que si ya se está ordenando trasladar rendimientos que ya son dineros actuales, no es procedente entregar también una valga la redundancia entrega del dinero indexada, ya que esto genera una actualización de la moneda y se genera una doble condena por el mismo concepto.

Aunado a lo anterior, tampoco sería procedente habilitar a colpensiones a solicitar por las otras vías, los costos o los supuestos perjuicios que se llegasen a causar con ocasión al siguiente fallo. De esta manera dejo sustentado el recurso de apelación para que sea estudiado por el honorable Tribunal Superior. Muchas gracias, señor juez.”

Ley 100 de 1993 y solo bastaba con la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, aspectos que se cumplieron y demostraron a través de la firma del formulario de afiliación suscribió por el aquí demandante.

En línea con lo anterior, destacó que para la fecha de suscripción y firma del formulario de afiliación no existía la Ley 1748 del 2014 ni el Decreto 2071 del 2015 con los cuales nace la obligación de las AFP de brindar una doble asesoría a sus afiliados, debiendo entonces analizar la documental bajo los requisitos exigidos en el año 2.000 - fecha en la que el demandante se trasladó de régimen - recalcando que colpensiones es un tercero de buena fe y no debe asumir carga alguna al no haber participado en el traslado objeto de reclamó.

Seguidamente señaló en torno a la carga de prueba que hasta el año 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para aprobar el conocimiento y aceptación del afiliado de realizar el traslado de régimen pensiona; en la medida en que las leyes que se expidieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente a lo anterior. Por lo que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible, llamando la atención que el demandante permaneció más de 20 años afiliado a la AFP PORVENIR S.A. y una decisión como la proferida por el a quo genera una afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, sustentando dichos puntos en las sentencias proferidas por la Corte Constitucional C 1024 del 2004 y C 062 del 2010.

Finalizo su intervención solicitando la revocatoria de la condena en costas impuestas en instancia, por cuanto colpensiones no intervino en la decisión que tomó el demandante al trasladarse de régimen pensional, siendo una manifestación libre y no puede cargar impositivamente a su representada que nada influyó la autonomía de este. Solicitó se revoque la decisión proferida y, en consecuencia, se absuelva a Colpensiones de cada una de las pretensiones incoadas en su contra. *(Expediente digital: Archivo número 21 (audio), récord: 1:17:44)*²

² RECURSO DE APELACIÓN COLPENSIONES:

"Su Señoría, encontrándome en la etapa procesal pertinente, me permito interponer el recurso de apelación en contra de la decisión que se profiere el día de hoy por parte del juzgado séptimo laboral del circuito, manifestando mi reproche en cuanto a que se declaró que la ineficacia del traslado del régimen del demandante pues se fundamentó en la falta al deber de información que debían brindar las AFP al momento de la suscripción del formulario pasando por alto que para la fecha de la normatividad era aplicable la Ley 100 de 1993 y solo bastaba con la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse del régimen, la cual se manifestaba pues a través de la firma del formulario de afiliación, lo que en este asunto se dio a plenitud se según se deriva del formulario suscrito y firmado por el demandante.

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

Asimismo, cabía resaltar que para la fecha de suscripción y firma del formulario no existía en la Ley 1748 del 2014 ni el Decreto 2071 del 2015, con los cuales nace la obligación de las AFP de brindar una doble asesoría a sus afiliados.

Así las cosas del análisis de la información suministrada por la AFP y 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 desvirtúa el principio de 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, 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 pensiones es tercero en este asunto y se recuerda que los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes y las consecuencias que se deriven de la celebración de ese de ese acto jurídico solo deben repercutir sobre las partes involucradas.

Ahora bien, en cuanto a lo manifestado en que la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza de las AFP y al transpolar lo señalado por las Cortes en las sentencias referidas a 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 y asentamiento de afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye 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 20 años, por lo que la administradora colombiana de pensiones resulta lesionada con la decisión adoptada, esto en cuanto a la afectación del equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 de 2005. Igualmente, pues también es de recordar el artículo segundo de la Ley 797 del 2003 en el que se hace una prohibición expresa de que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

No es un arreglo caprichoso, tiene su razón de ser al respecto debe entenderse que el principal propósito que tuvo el legislador de establecer esta provisión es proteger el fondo común por medio del cual colpensiones usa para pagar las respectivas pensiones a las a las personas que efectivamente cumplen los requisitos estipulados en la normatividad pensional, y a si no ha generar un desequilibrio patrimonial. Expuesto lo anterior, los recursos que recibe la administradora por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo.

Esto se sustenta además con la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional en sentencia C 1024 del 2004 y que además se reitera en la C 062 del 2010. En cuanto a la condena en costas es de manifestar que colpensiones ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal según el artículo 02 de la Ley 797 y nada tuvo que ver con la decisión que tomó el demandante en trasladarse de régimen por lo cual una decisión que es autónoma, libre y voluntaria no puede cargar impositivamente a mi representada que nada influenció la decisión del demandante. Solicito a los honorables magistrados se tenga en cuenta el artículo 48 inciso 05 de la Constitución Política para absolverme de estas a mi representada con lo anterior de los sustentado mi recurso, reiterando, los honorables magistrados se revoque la decisión proferida el día de hoy y, en consecuencia, se absuelva a mi representada de cada una de las pretensiones en su contra. Muchas gracias su Señoría."

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Página 08 del archivo 01 del expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 6 y 7 *ibidem*), aspirando de manera principal se declare la ineficacia de la vinculación realizada a la AFP PORVENIR S.A. y, en consecuencia, se ordene a trasladar al RPMPD administrado por Colpensiones al señor EDGAR IGNACIO CRISTANCHO ROMERO junto con la totalidad de los dineros que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, bonos pensionales, cotizaciones, rendimientos financieros, devolución de los gastos de administración, declarando que esta última deberá aceptar dicho traslado, costas procesales y demás derecho que resulten probados bajo las facultades *extra y ultra petita*.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS y, en consecuencia, se ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor tales como gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos

Consideración a la que arribo la Juez de primer grado con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y al señalar que la demandada AFP PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

Expuesto lo anterior, para resolver la controversia planteada es menester precisar que 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 por la Corte Constitucional 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

Así las cosas, dentro de la documental visible en el expediente obra copia del documento de identidad del actor de donde se extrae que su fecha de nacimiento fue el día 05 de febrero de 1960 (*Expediente digital archivo 01 página 21*), por lo que la edad de 62 años la cumplió el mismo día y mes del año 2.022 procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el día 01 de diciembre de 2021 (*Expediente digital Archivo 01 páginas 28 y 29*), esto es, cuando se encontraba dos meses de cumplir la edad para adquirir su derecho pensional y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994) pues para esa data según las probanzas incorporadas en autos apenas había cotizado al sistema de seguridad social en pensión un total de 652.57 semanas, según se desprende del reporte de semanas cotizadas en pensión expedido por Colpensiones y actualizado al 23 de marzo de 2022 (*Expediente digital archivo 13, página 41 a 48*)⁴, por lo que no se encontraba inmerso en la excepción prevista en la mencionada sentencia C-789 de 2002 para poder 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 parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al RPMPD la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de este régimen al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso acaeció el **13 de septiembre de**

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
Vivi por la futura *Ega*

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES

PERIODO DE INFORME: Enero 1967 marzo/2022

ACTUALIZADO A: 23 marzo 2022

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento: Cédula de Ciudadanía

Número de Documento: 19414457

Nombre: EDGAR IGNACIO CRISTANCHO ROMERO

Dirección: CLLE 33B NO 4-89 APTO 114

Estado Afiliación: Traslado

Fecha de Nacimiento: 05/02/1960

Fecha Afiliación: 01/03/1979

Correo Electrónico: EDGARICRISTANCHOR@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
1006200082	BCO FRANCES E ITAL D	01/03/1979	13/02/1981	\$9.480	102,29	0,00	0,00	102,29
1006105191	RUIZ CARLOS FEDERICO	29/04/1982	04/05/1982	\$7.470	0,86	0,00	0,00	0,86
1008300880	PRODUCCIONES PUNCH S	15/09/1982	08/11/1982	\$7.470	7,86	0,00	0,00	7,86
1006200453	COOP DESARROLLO LTDA	19/01/1983	06/04/1986	\$17.790	167,71	0,00	0,00	167,71
1008405386	AVESCO LTDA	25/04/1986	18/07/1986	\$39.310	12,14	0,00	0,00	12,14
1008220506	IMPESA ANDINA	08/08/1986	30/04/1987	\$41.040	38,00	0,00	0,00	38,00
1008224453	IMPESA ANDINA S.A.	13/05/1987	30/09/1987	\$54.630	20,14	0,00	0,00	20,14
1008224453	IMPESA ANDINA S.A.	01/12/1987	01/08/1991	\$254.730	191,43	0,00	0,00	191,43
1008206758	WESTREN ATLAS INTERN	07/11/1991	30/12/1993	\$399.150	112,14	0,00	0,00	112,14
1008237362	SERVICIALIDAD DE COLO	28/07/1994	15/09/1994	\$180.000	7,14	0,00	0,00	7,14

2.000 con fecha de efectividad a partir del **01 de noviembre de 2.000** (*Expediente digital, archivo 12 página 75*) por afiliación que hiciera el señor EDGAR IGNACIO CRISTANCHO ROMERO a la AFP PORVENIR S.A., conforme la información reportada consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar que 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 le reportaría, pues 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 especialidad 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 sin lugar a duda alguna las consecuencias de una decisión de tal envergadura.

Frente al tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 12136 radicación No. 46.292 de 2014⁵, 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».

⁵ M.P. Doctora ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

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» (SL 1688 de 2019)⁶.

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 este 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 extunc⁷ en los términos del artículo 1.746 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 ya citada Corte en sentencia SL 2877 de 2020⁸ lo siguiente:

«(...) 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».

De igual manera esta alta Corporación en sentencia SL 1948 de 2021⁹ tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió

⁶ M.P. Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

⁷ Al tema puede consultarse la sentencia SL 2877 de 2020 y SL 4875 de 2020.

⁸ M.P. Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

⁹ Ibidem.

«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» (SC 3201-2018).]

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 SL 1688-2019, reiterada en CSJ SL 3464-2019, y especialmente la CSJ SL 4360-2019).

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 nuestro órgano de cierre 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 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 cada uno de los regímenes 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 a la AFP PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia expuesto entre otras en las sentencias con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011¹⁰, radicación No. 31989 del 9 de septiembre de

¹⁰ “(...) Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

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

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

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

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

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

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

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

“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

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, 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

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.

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 que el juicio valorativo respecto al cumplimiento del deber de información no se agota con la sola firma del formulario de afiliación, por consiguiente 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.

Siendo oportuno destacar que de las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante¹¹ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor le señaló que el seguro social se iba a acabar por lo que no tenía mucha seguridad con los recursos que tenía allí, destacando la omisión de información respecto de las consecuencias de su traslado en ese momento.

Nótese que de lo relatado por el demandante tampoco 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 demandada haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

A efecto de zanjar cualquier duda en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (*Expediente digital, archivo 12 página 34*), se debe señalar que este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que el

¹¹ Audiencia celebrada el día 14 de febrero de 2024, archivo 21 del expediente digital récord: 09:38.

accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción que se advierten ausentes en el plenario.

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

Al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema ha precisado de forma insistente que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como “(...) *la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de *leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber.* (...) (CSJ SL 1055 de 2022)

Aquí también debe resaltar esta Sala que 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 SL 1688 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	Contenido mínimo y alcance del deber de información
----------------------------	--	--

	pensiones a dar 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 2.000 cuando se produjo el traslado del aquí demandante a la AFP PORVENIR S.A. estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada AFP PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (13 de septiembre de 2.000 efectivo el día 01 de noviembre de 2.000), 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 SL 12136 de 2014 ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Y en ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente y en consecuencia el traslado por parte de la AFP PORVENIR S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida se encuentra ajustado a derecho, 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, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

Ahora, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984 en armonía con el 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (en adelante CPT y de la SS), procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A. teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto alzada relacionados con la devolución de los gastos de administración, rendimientos financieros, primas de seguro previsionales, aportes al fondo de pensión de garantía mínima y la indexación de las sumas a las que fue condenada a trasladar.

En relación con la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros, primas de seguro previsionales y aportes al fondo de pensión de garantía mínima, es necesario indicar que 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, 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, incluyendo las sumas de gastos de administración, rendimientos financieros, primas de 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 CSJ SL 1421 de 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 y frente a la condena de disponer el pago debidamente indexado de los anteriores conceptos, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo y su imposición procede de forma oficiosa sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adocrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 359 de 2021, reiterada en la SL 859 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 especialidad en providencia SL 3207 de 2020 radicado 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)*

Aclarando en este punto y para resolver el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliado.

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

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera punto de inconformidad alegado por Colpensiones, la máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *“el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”* (Sentencia SL 2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES¹² (*Expediente digital, archivo 13, páginas 31 y 32.*), entidad a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Respecto de la condena al pago de costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, se debe señalar que el legislador 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 CGP, 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

¹² Se tuvo por contestada la demanda mediante auto de fecha 21 de noviembre de 2023. Archivo 16 del expediente digital.

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 que 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.

Al epílogo conviene agregar una glosa a la temática en estudio, a raíz del comunicado de prensa número 13 del 12 de abril del 2024 expedido por la Corte Constitucional en referencia a la SU-107 del 2024 en punto a estimar que no tiene fuerza vinculante conforme lo asienta la propia Corte Constitucional en Auto No. 201 del 2013 así:

“...7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole¹³. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional¹⁴, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”¹⁵ y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”¹⁶.

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”¹⁷. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que,

¹³ Ver, al respecto, el auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

¹⁴ Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992, posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

¹⁵ Acerca de la facultad de la Corte Constitucional para regular lo referente a las condiciones de publicidad de sus sentencias es útil la consulta de los Autos 152 B de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y 028 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

¹⁶ Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 12 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁷ “Que en las condiciones anotadas, es claro que existe una evidente diferencia entre el comunicado que busca satisfacer, con prontitud, el interés de la opinión pública de obtener información y la sentencia “documentada y firmada” que, además, “da cuenta de su contenido así como del número y nombre de los magistrados que la adoptaron, por haber sido quienes intervinieron en la deliberación y decisión respectiva”. Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”¹⁸.

Del mismo modo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A del 4 de febrero del 2016 Radicación número 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) se indicó:

“Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación... el presidente del máximo tribunal constitucional expide los comunicados de prensa con el fin de poner en conocimiento de la comunidad las decisiones adoptadas y con ello de los cambios que implican en el ordenamiento jurídico. No obstante, al no ser la sentencia misma la que se publica no produce efectos jurídicos... se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni remplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991... si bien es cierto a través del citado comunicado se informó sobre la Sentencia de Unificación SU-556 del 14 de julio del 2014, también lo es que, como quedó antes expuesto, dicha publicación no produce efecto vinculante ni jurídico alguno, pues no reemplaza la notificación... De esta forma, al Tribunal no podía exigírsele la aplicación de una sentencia que no producía efectos para el momento en que de adoptó la decisión que ahora se debate... En ese orden, no se advierte el desconocimiento del precedente judicial alegado”

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

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,

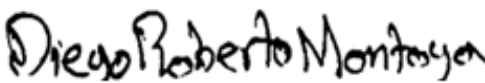
¹⁸ Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

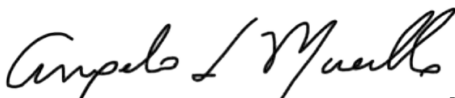
RESUELVE

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 MARÍA EUGENIA GARCÍA DE CHAPARRO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SIENDO VINCULADOS EN EL TRÁMITE DEL PROCESO A LUIS ENRIQUE CHAPARRO GARCÍA Y ECOPETROL S.A. (RAD. 08 2019 00225 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de abril 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 al recurso de apelación interpuesto por la parte **DEMANDANTE** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el día 28 de junio de 2023¹, en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y a las vinculadas ECOPETROL S.A. y LUIS HERNÁN CHAPARRO GARCÍA de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de mérito denominada FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA E IMPOSIBILIDAD JURÍDICA PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIONES DE SOBREVIVIENTES interpuesta por el vinculada ECOPETROL S.A.; y se declara igualmente probada la denominada INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y TÍTULO PARA PEDIR propuesta por la demandada COLPENSIONES, relevándose el despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos invocados dadas las resultas del caso.

TERCERO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandante, liquídese por secretaría fijando como agendas en derecho la suma de \$1.160.000.

CUARTO: Como quiera o en el caso de no ser apelada la presente decisión en razón a que resulta adversa a los intereses de la parte actora, se remitirán las diligencias al

¹ Expediente digital, archivo número 18 (Link audiencia), récord: 22:40 a 23:47

*Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se surta el grado
jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.”*

Inconforme con la anterior decisión y como se expuso previamente, la parte
DEMANDANTE² sustentó su recurso de alzada solicitando se revoque la

² RECURSO DE APELACIÓN DEMANDANTE:

“Su Señoría interpongo el recurso de apelación contra la decisión de su sentencia de fecha hoy 28 de junio del 2023 y notificará en estrados. Primeramente voy a presentar los fundamentos jurídicos en los cuales yo me basé para presentar la correspondiente demanda cuando se presentó y se hizo la reclamación directamente al Seguro Social, en ese momento estaba el decreto 876 del 2018 suspendido, no me recibieron la documentación de Ecopetrol en ese mismo instante, inclusive la misma en ese entonces el Seguro Social me envió que hiciera la reclamación directamente a Ecopetrol porque era la encargada de pagar a sus trabajadores las pensiones y las demás acreencias laborales ya. Se hizo la solicitud directamente a Ecopetrol y Ecopetrol que me dijo a mí, que tenía que ser el Seguro Social era el que pagaba. Salió lo del Seguro Social ya y en ese momento pues yo no podía ni siquiera poner un recurso de apelación porque no se había solicitado en ese mismo instante, la reclamación de el tiempo laborado en Ecopetrol porque no me recibieron la documentación.

Se demandó a Ecopetrol y se hizo la solicitud de ese pago de esa devolución y dijeron que no, por eso se demandó. Quiero aclararle a la señora juez que efectivamente el señor Ricardo Alfredo Chaparro Cervantes antes de entrar a Ecopetrol cotizó en el Seguro Social, cuando él entró a Ecopetrol, Ecopetrol asumió en su totalidad por Convención el aporte de todo el personal de Ecopetrol, es decir, el no Ecopetrol hubiera dicho, efectivamente vamos a descontar al trabajador la cuota que le corresponde de su prestación social, no, porque por Convención ellos hicieron ese convenio de que Ecopetrol asumía en su totalidad el pago de esas prestaciones sociales, ya entonces él no puede aludir que porque que no cotizaban, no le va, se va como decirse a excluir de hacer ese pago que le corresponde ya, como usted se puede dar cuenta, un trabajador no puede ir a una compañía y ni siquiera es decir, está trabajando gratis, no puede dejar a su familia en la a la deriva, si eso es una obligación de ley, la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente que cuando no alcanzan la cuota para llegar a una pensión, pues se devuelve lo que el trabajador se le haya descontado, aquí en este momento, no, porque Ecopetrol asumió en su totalidad el pago de esos aportes.

Ya ustedes en la sentencia que dictó el Tribunal superior de Bogotá, ahí mismo lo dice que yo debí reclamar yo no sé si usted no, no se percató o se le pasó en la motivación de la sentencia dice que yo había hecho mal la solicitud porque yo debí de mandar directamente al Seguro Social de acuerdo a la al Decreto 876 de 1998, es más, le voy a leer una sentencias que son precedentes judiciales que la sentencia T 750706 referencia, expediente t 13445119 de fecha 3 de agosto del 2006, Sala novena de revisión de la Corte Constitucional, acción de tutela accionante, Ariel Ernesto toro Rubio contra el ISIS y Ecopetrol, radicación 532 2007, el ISS se negaba a pagar la indemnización sustitutiva de pensión a la accionante, porque Ecopetrol alegaba que por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 estaban exentos de la aplicación y por lo tanto, no ostentaban la calidad de administradora del régimen de prima media con prestación definida, por lo que el artículo segundo ibidem no es aplicable, pero agrega que el artículo 2 del Decreto 876 de 1998 estatuye que Ecopetrol expedirá bonos pensionales tipo A Y B las personas que se trasladen del régimen de ahorro individual con solidaridad o a la prima media con prestación definida el juzgado tercero civil del circuito, en su fallo, ordena al ISS a pagar de manera completa la pensión sustitutiva de pensión de vejez a la accionante. Y cancelar además al actor la suma correspondiente al tiempo laborado en Ecopetrol.

En otra sentencia en sentencia T 75006 referente expediente 13445119 de fecha 31 de agosto del 2006 la sala novena de revisión de la Corte Constitucional del fallo dictado por el juzgado segundo penal del circuito de Barrancabermeja, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Abelardo Sanabria contra el Instituto de Seguros Sociales, Pensiones y Ecopetrol el señor Sanabria solicitó indemnización sustitutiva de pensión de vejez, la cual fue reconocida por el Seguro Social. El Seguro Social no realizaba el pago de la prestación debido a que el Ecopetrol sostiene que el trabajador requiere reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, que es una consecuencia del incumplimiento de los requisitos para pensión de aportes. Sin embargo, expresa Ecopetrol SA que no se rige por el sistema de aportes, pues los servidores públicos de Ecopetrol, no cotizan para el régimen de prima media con prestación definida, el cual administra el ISS. Es así como también no reconocía directa y exclusivamente este derecho, pues no ostentaba la calidad de prestación económica del régimen pensional de la misma, y por ende no existe soporte justificación legal para el reconocimiento. En sana lógica, la alta Corte en su fallo ordena al Seguro Social pagar de manera completa la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, es decir, cancelar la suma correspondiente al tiempo laborado en Ecopetrol y reconocida por el ISS con la posibilidad de cobrar a Ecopetrol la cuota parte correspondiente.

Las sentencias anteriores están señalando claramente que Ecopetrol debe pagar la indemnización sustitutiva de pensión de vejez por intermedio del ISS que se negaba a reconocer y no es cierto como lo asegura Colpensiones que Ecopetrol no reconoce cuota parte, Colpensiones está desconociendo el decreto el inciso segundo del artículo 2 del Decreto 876 de 1998, contraviniendo las disposiciones legales y jurisprudenciales de las altas cortes. La Corte Constitucional sala novena de revisión sentencias t. 529 09 de fecha 6 de agosto del 2009, dice, en relación con la aplicación de las normas contenidas en la Ley 100 del 93, a fin de hacer efectiva la indemnización sustitutiva la pensión de vejez en aquellos casos en que los aportes al sistema se dieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, la Corte Constitucional ha reiterado que esta normativa es aplicable a todos los habitantes del territorio nacional y a todas aquellas situaciones que al momento de la expedición no se hubieran consolidado, así lo sostuvo en sentencia T 850 del 2008, al indicar abro comillas cierro paréntesis el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva de pensión de vejez se encuentra en cabeza de aquellas personas que, independientemente de haber estado afiliado al sistema integral de Seguridad Social al momento de entrar en vigencia la ley 100 del 93, pero que habiendo

cumplido calidad para reclamar pensión no cuente con el número de semanas cotizadas para acceder a dicha prestación. Además, las entidades de previsión social a las que algún momento cotizó el accionante debe reconocer y pagar la indemnización so pena de que se ocurra en su enriquecimiento en su causa.

Sigue diciendo así, pues es inválida cualquier interpretación restrictiva a la cual se establezca como requisito adicional para acceder a la indemnización sustitutiva que el afiliado haya cotizado al sistema a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 o al momento de la desvinculación del trabajador este haya cumplido con la edad para acceder a la pensión de vejez, pues ello. Entre comillas 1 contradice de manera directa los artículos 48 49 y 366 de la Constitución Política.

Segundo, entre comillas, propicia un enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual se efectuaron los aportes y tercero vulnera el principio constitucional de favorabilidad en materia laboral expresamente previsto en el artículo 53 superior sobre este último esta sala de revisión en sentencia T 180 el 2009 expuso, entre comillas, cada advertir que 1 de los positivos que plantea la Constitución Política para la resolución de conflictos normativos en materia laboral es la aplicación del principio de las favorabilidad previsto en el artículo 53 en desarrollo a este precepto, la Corte Constitucional ha ratificado que dentro de los principios mínimos de las relaciones laborales se encuentra en la aplicación de la situación más favorable al trabajador en caso de duda o en uso de interpretación de las fuentes formales del Derecho, por tanto, hacer una aplicación restrictiva en el asunto sometido a estudio aceptado la posición esbozada por la entidad accionada conllevaría no solo a desconocer los derechos de los afiliados, sino además el aludido principio conforme a lo indicado para la sala, no es viable exigir como presupuesto para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva consagrado en el artículo 37 de la Ley 100 del 93, el haber cotizado sistema a partir de la vigencia, pues eso conllevaría a excluir aquellas personas que se retiraron del servicio antes de que entrara a reír la citada ley vulnerándolas así el principio constitucional de las Favorabilidad laboral.

En este caso Ecopetrol como lo estoy diciendo el diligenció los formularios respectivos, además, quiero manifestarle a la señora juez que aquí se me están violando todos los derechos fundamentales al actor, también quiero anexar aquí en sentencia 734 del 2016 que fue anexada, la Corte Constitucional ostentó que ya en pasadas oportunidades se ha manifestado con respecto a estos casos similares de que aquí se trata, en el cual se hace relevancia la sentencia T 750 el 2006 y por tanto se constituye como precedente de estricta aplicación el momento de abordar la resolución del mismo donde se reconoce al ISS y Colpensiones como entidad responsable a realizar dicho pago que ha sido desconocido en esta sentencia.

Esta corporación sigue diciendo la Corte Constitucional, esta corporación dice: en dicho precedente la sala encontrado que el ISS había vulnerado los derechos fundamentales del actor al mínimo vital, vida digna, al debido proceso del accionante al haber sometido a una parte de trámites innecesarios, obligándolo a remitirse directamente ante Ecopetrol para obtener indemnización pensional a su vez este se opusiera al pago de la misma, pese a que era del Instituto de conformidad con el inciso segundo del artículo dos del Decreto 876 de 1998, el cual debía sufragar la con la facultad de cobrar la entidad petrolera, la cuota parte respectiva.

Nuevamente este decreto 876 también ha sido desconocido por la señora jue en esta sentencia, sigue manifestando la sala debido al proceso administrativo ha sido desarrollado por esta corporación como la garantía infranqueable que debe acompañar a todos aquellos actos que pretendan imponer legítimamente a los sujetos cargas, castigos o sanciones, así como establecer prerrogativas. En ese sentido se ha conocido del principio pronunciamiento de esta corporación que el contenido este derecho fundamental integra, por ejemplo, la correcta producción de los actos administrativos y en ese sentido y en este se ha entendido vulnerado por ejemplo cuando las autoridades públicas no siguen los actos procedimentales establecidos en la ley y en los reglamentos y por esta vía se desconocen las garantías reconocidas. También quiero manifestar aquí que el artículo que se pretende desconocer se está desconociendo el artículo 876 de 1998, según Colpensiones se debe aplicar el Decreto 1730 del 2001 a lo cual un concepto que sea anexo y que fue dirigido también al Seguro Social y después más tarde con fecha 17 de marzo del 2016, donde se especificó que el decreto aplicar era el 876 de 1998.

Y también vuelvo y reitero sí ha sido desconocido aquí dice uno de los apartes de este concepto de otra parte y en cuanto a la aplicación del Decreto 1730 del 2001, esta dirección no lo encuentra procedente para el caso exclusivo de la indemnización sustitutiva de pensión como quiera que la norma del foro es el decreto 876 de 1998. Cuyo contenido en particular no puede entenderse derogado en aplicación al principio general del Derecho que señala que una norma posterior general deroga una anterior especial ley especial pero generalmente no derogarla, sigue diciendo por todo lo anterior, esta dirección considera a gusto derecho el criterio señalado, vea el caso, tanto Ecopetrol como por los distintos jueces de tutela a cuyas órdenes y directrices se ha visto combinada la seccional de Santander por la imprecisión definición jurídica del asunto en cuestión asumida por la Jefatura a su cargo, situación que ya ha sido advertida por el Grupo de la cuarta parte a través de los oficios CP 5716 del 2008, y CP 559 del 2009 firmada para el director jurídico nacional en ese entonces, Sergio Hernando Colmenares, con nota la aplicación de este inciso estaba suspendido mediante el auto del Consejo de Estado de fecha 14 de marzo de 2002, expediente 357801 entre paréntesis 2001 raya 00251 del magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda.

Sin embargo, a través del fallo del 17 de noviembre de 2005, Jaime Moreno García se levantó la suspensión provisional despachando favorablemente la demanda de nulidad, por lo que la norma 938 se encuentra vigente, Yo aquí la señora juez y con su perdón no aplicó el decreto 879 de 1978, el cual se debía aplicar y en el cual todos los precedentes judiciales, tanto de las Cortes como de los jueces de tutela, la Corte Constitucional ha sido clara, aquí se me han vulnerado todos los derechos fundamentales el artículo 53 de la Constitución, ya bueno, aquí se han sido vulnerados varios artículos de la Constitución el que el 876, el decreto 876 de 1998 y el pago de la indemnización sustitutiva, que debe ser pagada por Ecopetrol ningún trabajador trabaja gratis para dejar desprotegido a su familia, señora jueza, con eso doy término a mis argumentos en el en el recurso de apelación interpuesto.”

decisión de primera instancia en razón a que Colpensiones es quien debe reconocer la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, esto es, incluyendo los tiempos en que el señor RICARDO ALFREDO CHAPARRO CERVANTES (q.e.p.d.) trabajo para Ecopetrol, en cumplimiento a lo normado en el artículo 2 de Decreto 876 de 1.998 y no lo expuesto en el Decreto 1730 de 2.001 artículo 2.

Para sustentar sus reparos hizo alusión y a las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en sede de tutela, como por ejemplo y solo por referir algunas, sentencia T 734 de 2016, T 529 de 2009 y T 750 de 2006. Sumado a ello, arguyo que Colpensiones al no reconocer los tiempos en que el señor CHAPARRO CERVANTES (q.e.p.d.) trabajo para Ecopetrol, se aparta del precedente de la Corte Constitucional ha fijado, al igual que desconoce el principio de favorabilidad imperante en la legislación laboral³. (Expediente digital, archivo número 18 (Link audiencia), récord: 23:51 a 44:16)

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 demanda⁴ (Página 322 a 329 del archivo 1 del expediente digital) **las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo⁵**, solicitando se ordene a COLPENSIONES reconocerle la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes por el tiempo en que el señor RICARDO ALFREDO CHAPARRO CERVANTES (q.e.p.d.) trabajo para ECOPETROL S.A., junto con el reconocimiento y pago de intereses moratorios sobre las sumas reconocidas y las costas del proceso.

Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones por cuanto se absolvió a Colpensiones como también a los vinculados LUIS ENRIQUE CHAPARRO GARCÍA Y ECOPETROL S.A. de

³ Expediente digital, archivo número 18 (Link audiencia), récord: 23:51 a 44:16

⁴ Expediente digital, archivo número 1, páginas 322 a 329.

⁵ Ibidem, página 324 a 325.

todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, tras considerar la juez de instancia que el marco normativo que regula el asunto bajo estudio es el artículo 3 del Decreto 807 de 1994 que dispone que de conformidad con lo previsto en el parágrafo 1 del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, está facultada para recibir y expedir bonos pensionales. Así mismo, está obligada a contribuir con las cuotas partes de bono pensional que le corresponda cuando a ello hubiese lugar. Seguidamente hizo alusión al literal a) del artículo 4 de la misma Ley que señala que tienen derecho a bono pensional y al reconocimiento de cuota parte de bono correspondiente: Los servidores públicos que el 1 de abril de 1994 se encuentren vinculados a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol y que con anterioridad a su ingreso hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o prestado servicios al Estado.

Seguidamente señaló que el Decreto 876 de 1998 expresamente indica que no habrá lugar a la expedición de bono tipo E para quienes al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones se encontraban laborando en Ecopetrol y que con anterioridad a su ingreso hubiesen cotizado al ISS o prestado servicios al Estado, en este caso, Ecopetrol reconocerá la pensión y cobrará las cuotas partes respectivas, las cuales podrán cancelarse en un pago único cuando así lo acuerden ambas entidades. Enfatizó que el artículo 2 de dicho decreto señala que tampoco habrá lugar a la expedición de bonos tipo B.

Por lo expuesto, arribó a la conclusión de que en el caso bajo estudio no es posible la reliquidación de la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes solicitada, en primer lugar porque conforme al artículo 1 del decreto 876 no hay lugar a expedición de BONO TIPO E en el caso del causante RICARDO ALFREDO CHAPARRO CERVANTES (q.e.p.d.) por cuanto a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones se encontraba laborando para ECOPETROL en la medida que su primera vinculación laboral corresponde al periodo 12 de mayo de 1992 hasta 11 de mayo de 1993 y con anterioridad a dicho ingreso había cotizado al ISS por el periodo comprendido entre 28 de junio de 1991 hasta 8 de mayo de 1992.

Seguidamente afirmó que tampoco hay lugar a la emisión de BONO PENSIONAL TIPO A o TIPO B por cuanto lo indicado por las normas referidas ordenan que el trabajador que estuvo vinculado laboralmente a ECOPETROL

S.A. efectúe un traslado al RAIS o al RPM, situación que no se presentó en el caso de autos como quiera que el causante CHAPARRO CERVANTES (q.e.p.d.) estaba afiliado al RPM y cotizando al ISS cuando se vinculó laboralmente a ECOPETROL.

Finalmente, aseguró que el Bono Pensional solo se redime cuando haya lugar a un reconocimiento pensional (vejez, invalidez o muerte), existiendo casos en los que su redención también es posible cuando se causa una Indemnización Sustitutiva como lo dispone el artículo 7 del Decreto 1314 de 1994.

Así las cosas, en armonía con el 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (en adelante CPT y de la SS), procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto alzada, razones por las cuáles el problema jurídico a resolver por esta sala será: Determinar si le asiste derecho a demandante a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes previamente reconocida por Colpensiones, estos es, ordenando la inclusión de los tiempos laborados por el señor RICARDO ALFREDO CHAPARRO CERVANTES (q.e.p.d.) en ECOPETROL S.A.

En este punto se debe precisar que no es objeto de discusión que: (i) el señor RICARDO ALFREDO CHAPARRO CERVANTES (q.e.p.d.) cotizo al ISS 45.14 semanas⁶; ii) el tiempo laborado para ECOPETROL S.A. por los periodos del 12 de mayo de 1992 al 11 de mayo de 1993, 07 de junio de 1993 al 06 de junio de 1995, 23 de junio de 1995 al 22 de junio de 1996, 03 de julio de 1996 al 02 de julio de 1997 y del 16 de julio de 1997 al 15 de marzo de 1998⁷; iii) que mediante resolución Nro. 026150 de 2.005 el ISS reconoció indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente únicamente por el periodo en que el causante laboro para el empleador Hacienda Santa Barbara (45 semanas) a la señora MARÍA EUGENIA GARCÍA DE CHAPARRO en la calidad de esposa supérstite y LUIS ENRIQUE CHAPARRO GARCÍA en calidad de hijo del señor RICARDO ALFREDO CHAPARRO CERVANTES (q.e.p.d.)⁸; Y iv) que

⁶ Expediente digital, carpeta 06, archivo denominado GEN-REQ-IN-2016_722985-20190122091327.PDF

⁷ Expediente digital, archivo 03 páginas 1 a 7.

⁸ Expediente digital, carpeta 04, archivo denominado GEN-REQ-IN-2016_722985-20180822103544 página 43 y 44.

mediante resolución GNR 342622 de fecha 05 de diciembre de 2013⁹ Colpensiones de negó reliquidación de la indemnización reconocida con la inclusión de los tiempos laborados ECOPETROL S.A., siendo confirmada mediante acto administrativo VPN 725318 de fecha 17 de diciembre de 2015¹⁰.

Dilucidado lo anterior, para resolver el problema jurídico planteado considera la Sala oportuno señalar de manera inicial que el Sistema General de Pensiones creado a través de Ley 100 de 1993, incluyó tanto a los particulares como a los empleados oficiales del orden nacional y territorial, sin perjuicio de las excepciones previstas en el artículo 279¹¹ de la mentada Ley. En este orden, el régimen de Prima Media con Prestación Definida es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas¹².

Así las cosas, tal y como se mencionó la Ley 100 de 1993 prevé dentro del régimen de prima media con prestación definida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez,¹³ de invalidez¹⁴ o de sobrevivientes. En este último caso, - el que interesa en el presente asunto - el artículo 45 de la citada Ley señala: *“Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente Ley.”*

⁹ Expediente digital, carpeta 04, archivo denominado GRF-AAT-RP-20136800387589-1386895153798.PDF.

¹⁰ Expediente digital, carpeta 04, archivo denominado GRF-AAT-RP-2016_182801-20160108044531.pdf.

¹¹ Artículo 279 de la Ley 100 de 1993: *“El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas. Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato. Igualmente, el presente régimen de seguridad social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de seguridad social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol. (...)”*

¹² Artículo 31 Ley 100 de 1993.

¹³ Artículo 37 Ley 100 de 1993.

¹⁴ Artículo 45 Ley 100 de 1993.

A su turno, la Ley 797 de 2003 al referirse en su artículo 2 (literal P) a las Características del Sistema General de Pensiones, dispuso que: *“los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en la presente ley”*.

A su vez el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 reglamentado por el Decreto 1730 de 2001¹⁵ en su artículo 01 establece las condiciones para que una persona sea beneficiaria de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, las cuales son: i) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiriera el derecho a la pensión de sobrevivientes conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993. Además, el artículo 2 del mismo Decreto se refiere a las entidades responsables de asumir el reconocimiento y pago de esta prestación pensional, señalando que *“cada Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto del tiempo cotizado”*.

En ese sentido, se observa que, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 se encuentran exceptuados para la aplicación del sistema integral de seguridad social, entre otros, *“los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos y los pensionados de la misma”*. Por ello, se han proferidos distintos actos regulatorios de la situación pensional de estas personas, pudiéndose observar para el caso en concreto el Decreto 876 de 1998¹⁶, en cuyo artículo 2 estableció:

*“Ecopetrol expedirá bonos pensionales tipo A o B a las personas que se trasladen al régimen de ahorro individual con solidaridad o al de prima media con prestación definida, según el caso, de conformidad con las reglas vigentes. **Sin embargo, no habrá lugar a la expedición de bonos tipo B para quienes hubieran sido servidores públicos de Ecopetrol y al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones estaban afiliados al Instituto de Seguros Sociales, ISS, o estaban laboralmente inactivos. A estas personas el ISS les reconocerá una pensión o una indemnización sustitutiva teniendo en cuenta todo su tiempo de servicios, y cobrará a Ecopetrol la cuota parte respectiva, la cual podrá cancelarse en un pago único cuando así lo acuerden ambas entidades.** En caso de que el servidor público, con anterioridad a su vinculación con el empleador o empresa que asumía directamente el pago de sus pensiones, obligaba al pago de la reserva actuarial, hubiere estado afiliado a Ecopetrol o a*

¹⁵ “Por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la Indemnización Sustitutiva del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”.

¹⁶ Por el cual se dictan normas para el cálculo, emisión, recepción, administración y demás condiciones de los bonos pensionales de la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, y se reglamenta parcialmente el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

una caja, fondo o entidad del sector público, se expedirá el bono tipo B, siempre y cuando el traslado se hubiere realizado con fecha posterior al 31 de marzo de 1994. Para la expedición de dicho bono se tendrá en cuenta el tiempo reconocido por el título pensional como si hubiera sido cotizado al ISS” (Negrillas propias)

En este punto es pertinente indicar que la demandante acudió vía administrativa directamente a reclamar la prestación hoy objeto de estudio directamente a Colpensiones tal y como se observa de las resoluciones:

- Resolución 026150 de 2005¹⁷.
- GNR 342622 de fecha 05 de diciembre de 2013, confirmada mediante resolución GNR 99318 de fecha 19 de marzo de 2014.¹⁸
- VPN 75318 de fecha 17 de diciembre de 2015¹⁹.

Siendo importante dejar sentado que el decreto aludido (876 de 1998) fue suspendido provisionalmente por decisión proferida por el Consejo de Estado – Sección Segunda de fecha 14 de marzo de 2002, siendo levantada mediante providencia del 17 de noviembre de 2005²⁰, cuando la misma Corporación dispuso: *“LEVÁNTASE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL ordenada por auto de catorce (14) de marzo de dos mil dos (2002) del inciso 2° del artículo 2° del Decreto 876 de 13 de mayo de 1998, expedido por la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de Trabajo y de Seguridad Social”*. Es decir que para el momento en que Colpensiones atendió los requerimientos de la demandante se encontraba vigente esta disposición.

Respecto de la posibilidad de incluir tiempos laborados en ECOPETROL S.A. en la liquidación de indemnizaciones sustitutivas previamente reconocida por Colpensiones (administradora del RPMPD), la Corte Constitucional en sentencia T 750 de 2006²¹ resolvió un caso similar al presente, en el que arribo a la conclusión de que la entidad administradora del Régimen Pensional de Prima Media con Prestación definida es la encargada de reconocer y pagar dicho emolumento pensional cuando quien lo solicita es una persona que estuvo trabajando para Ecopetrol S.A. y que al momento de entrar en vigencia

¹⁷ Expediente digital, carpeta 04, archivo denominado GEN-REQ-IN-2016_722985-20180822103544.pdf, página 44 y 44.

¹⁸ Expediente digital, archivo 01, páginas 3 a 5 y 8 a 10.

¹⁹ Expediente digital, archivo 01, páginas 12 a 14.

²⁰ Consejo de Estado, Radicado: 11001-03-25-00-2001-0251-00 (3578-01). C.P. JAIME MORENO GARCÍA.

²¹ M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

el Sistema General de Pensiones había estado vinculado al ISS al dar aplicación al Decreto 876 de 1998 artículo 2 y en la que concluyo:

“(…) De acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 2º del Decreto 876 de 1998, el acceso a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez para aquellas personas que hubiesen estado laboralmente vinculados con Ecopetrol S.A. y que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones hayan estado afiliados al Instituto de Seguros Sociales (ISS) debe ser resuelto por la entidad administradora del Régimen Pensional de Prima Media con Prestación Definida. (…)”

De igual manera en sentencia T 734 de 2016²² proferida por esa misma Corte dándole solución a un caso análogo al hoy estudiado indicó:

“(…)De acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 2º del Decreto 876 de 1998, el acceso a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez para aquellas personas que hubiesen estado laboralmente vinculados con Ecopetrol S.A. y que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones hayan estado afiliados al Instituto de Seguros Sociales (ISS) debe ser resuelto por la entidad administradora del Régimen Pensional de Prima Media con Prestación Definida, por lo que ésta no podrá someter al afiliado a trámites adicionales o remisiones institucionales, pues en ese caso se estarán vulnerando sus derechos fundamentales a la seguridad social y debido proceso, tal como ha sido reconocido por parte de esta Corporación a partir de la sentencia T-750 de 2006.(…)”

Resaltándose que en la misma sentencia se conminó a Colpensiones para que *“(…) en adelante, ante casos similares al que aquí se ha resuelto deberá obrar con estricto apego a los mandatos constitucionales y legales que le son vinculantes, de tal forma que no se haga recaer sobre los afiliados las cargas administrativas que le son obligatorias a esta entidad.”*

Dicho lo anterior y, como se expuso, si es procedente la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes reclamada, incluyendo los tiempos laborados en ECOPETROL S.A. aun cuando estos no fueron cotizados.

Téngase en cuenta que el señor RICARDO ALFREDO CHAPARRO CERVANTES (q.e.p.d) prestó sus servicios a Ecopetrol por los periodos comprendidos del 12 de mayo de 1992 al 11 de mayo de 1993, 07 de junio de 1993 al 06 de junio de 1995, 23 de junio de 1995 al 22 de junio de 1996, 03 de julio de 1996 al 02 de julio de 1997 y del 16 de julio de 1997 al 15 de marzo de 1998²³ y de conformidad con lo previsto en el inciso 2 del artículo 02 del

²² M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

²³ Remítase a la cita 3.

mencionado Decreto 876 de 1998 al no emanar la expedición del bono pensional tipo B para los servidores públicos de esa empresa que al momento de entrar en vigencia el sistema general estaban afiliados al ISS, - como acontece en este caso, por cuanto el de cujus cotizo para en el ISS 45.14 semanas para el periodo de 28 de junio de 1991 a 08 de mayo de 1992²⁴ - lo procedente tal y como se expuso, es que la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida Colpensiones quien debe efectuar el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva hoy reclamada, en tanto, los tiempos de servicio público como trabajador de Ecopetrol, deben ser tenidos en cuenta en la forma antes anotada.

Concluyéndose de esta manera que, a pesar de que Ecopetrol no se considera una entidad de previsión social, el tiempo de servicio prestado a esta por el señor CHAPARRO CERVANTES (q.e.p.d.) se debe acumular para efectos del reconocimiento de la indemnización sustitutiva implorada, pues no puede desconocerse el hecho de que este acumuló cierta cantidad de aportes bajo la naturaleza tiempo de servicio oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma en comento, lo cual debe tener efectos jurídicos desde el punto de vista prestacional, tal y como lo trajo a colación lo señalado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993²⁵.

Así las cosas, se itera que COLPENSIONES debe efectuar la liquidación de la prestación hoy reclamada incluyendo los tiempos en que el señor CHAPARRO CERVANTES (q.e.p.d.) estuvo al servicio de ECOPETROL S.A., sin perjuicio de la facultad que la norma le otorga para repetir contra dicha entidad por el valor equivalente al tiempo laborado por el afiliado (cuota parte), como quiera que al no ser ECOPETROL S.A. una entidad de previsión social, no tiene la competencia legal para reconocer prestaciones como la hoy reclamada.

Referente al monto de la indemnización, ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 2° del Decreto 1730 de 2001²⁶, el cual preceptúa que para determinar

²⁴ Ver cita 6.

²⁵ “Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.”

²⁶ “Compilado en el artículo 2.2.4.5.2. del Decreto 1833 de 2016: Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado. (...) Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.”

el monto de la indemnización se tendrán en cuenta la totalidad de semanas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993 para lo cual se empleará la siguiente fórmula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Dónde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el artículo 2.2.3.1.3. de este Decreto, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del Dane.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.”²⁷

Con base en ello, efectuados los cálculos de rigor con apoyo del Grupo Liquidador del Consejo Superior de la Judicatura se obtiene un valor a cancelar por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes y solo por el tiempo laborado para Ecopetrol S.A. la suma de \$52.003.020²⁸ (suma actualizada al 30 de abril de 2024), frente al cual se autorizará a la demandada Colpensiones para que efectúe el cobro de la cuota parte por los tiempos aquí reconocidos a ECOPETROL S.A.

En lo que atañe a la procedencia de la indexación reclamada por la demandante, la Sala se permite recordar 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

²⁷ ARTÍCULO 2.2.4.5.3. Cuantía de la indemnización. Decreto 1833 de 2016.

²⁸ Liquidación que hace parte integral de esta sentencia.

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.

En consecuencia, se ordenará que el pago ordenado se debe cancelar debidamente indexado hasta la fecha en que efectivamente sea cancelada al accionante.

En otro giro, en cuanto a los intereses moratorios solicitados, se debe señalar que al ordenarse la indexación de los valores objeto de condena, no puede gravarse la misma obligación dineraria por concepto de intereses moratorios y a la vez por indexación, pues ello implicaría prohijar una doble sanción por la misma causa. Razones por las cuales se absolverá a Colpensiones de este pedimento.

Frente a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES y ECOPETROL S.A.²⁹ basta con indicar que conforme el criterio señalado por la Corte Suprema Justicia en sentencia SL 4559 de 2019³⁰ y reiterada en SL 5544 de 2019 el derecho a la indemnización sustitutiva es imprescriptible.

Por último, si bien del estudio íntegro del expediente digital se avizoró que la demandante en el año 2006 demandó por este mismo concepto a ECOPETROL S.A., proceso identificado con radicado Nro. 12-2006-0986³¹ que en su oportunidad conoció el juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá quien resolvió absolver a la convocada, decisión confirmada por el Tribunal Superior del

²⁹ Expediente digital, archivo 01, página 348 y 379. Se tuvo por contestada la demanda mediante auto de fecha 12 de enero de 2023, archivo 08 del expediente digital.

³⁰ *“Así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, y frente a la cuales esta Corte adoptó la teoría de la imprescriptibilidad, tampoco debe serlo la indemnización sustitutiva, en tanto, es un derecho de carácter pensional, pues comparte la característica básica de ser una garantía que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinada a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, según sea el caso. Desde tal perspectiva, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, se reitera, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica. Es por ello, que tal concepto debe recibir el mismo tratamiento de las pensiones desde el punto de vista de su esencia no prescriptible y su conexión con la realización de otros principios y derechos fundamentales, máxime que resulta coherente afirmar que así como el pago de aportes a pensión puede reclamarse a cualquier empleador en todo tiempo, igual ocurre con la devolución de las cotizaciones, que valga la pena, señalar, aunque son del sistema, dejan de serlo una vez el afiliado no cumple con los requisitos pensionales y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. De manera, que se convierte en una cuestión de justicia, pues no solo ayudó a construir el capital con su trabajo, sino que también al desaparecer el fin para el cual se sufragaron esos aportes – alcanzar la pensión- es natural que pretenda su reintegro.”*

³¹ Expediente digital, archivo 01, página 21 a 31.

Distrito Judicial de Descongestión de Bogotá D.C. – Sala Laboral³² quien señalo:

“(…) De conformidad con la normativa analizada precedentemente, esta Colegiatura observa que la obligación eventual del reconocimiento de la anotada indemnización recae sobre la administradora del régimen de prima media, que para el presente caso corresponde al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en virtud de lo previsto en el inciso 2° del artículo 2° del Decreto 876 de 1998 y en el artículo 2° del Decreto 1730 de 2001, ya reseñados.

En consecuencia, resulta evidente que ECOPETROL no tiene a su cargo el reconocimiento y pago de la aludida prestación; se encuentra eventualmente obligado a pagar la cuota parte respectiva a la administradora, para el posterior reconocimiento.

De esta manera, queda claro que la formulación de las pretensiones en el líbello, posee una falencia sustancial, pues fue dirigida contra una entidad que carece de legitimidad para reconocer este tipo de prestaciones sociales, motivo por el cual, esta Sala se permitirá confirmar lo resuelto por el sentenciador de primer grado. (…)”

Advirtiéndose de esta manera que se podría configurarse la figura de la cosa juzgada, en la medida que dicho proceso se interpuso en contra de ECOPETROL S.A., con la única pretensión de que esta entidad reconociera indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral dispuso mediante sentencia SL 536 de 2023, sobre este tópico:

“Cosa juzgada

Esta se encuentra consagrada en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, hoy artículo 303 del Código General del Proceso, y aplicable por analogía en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que exige para su configuración que «[...] el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes».

En la sentencia CSJ SL 11414-2016, esta Corporación estableció que:

*Sobre el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, para que sea procedente, es preciso recordar que, en ambos procesos judiciales debe concurrir los tres requisitos comunes que son: 1) **Identidad de persona** (eadem personae): debe tratarse del mismo demandante y demandado; 2) **Identidad de la cosa pedida (eadem res): el objeto o beneficio jurídico que se solicita (no el objeto material) debe ser el mismo**, es decir, lo que se reclama; y 3) **Identidad de la causa de pedir (eadem causa petendi): el hecho jurídico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado debe ser el mismo, esto es, el por qué se reclama.***

(…) Para la Corte, no se necesita una redacción idéntica de las pretensiones para predicar el fenómeno de la cosa juzgada (CSJ SL1854-2020). Por el contrario, lo que se debe analizar más allá de la literalidad de los postulados, es que exista una causa petendi igual, lo que se traduce en una estrategia para reabrir discusiones que ya fueron surtidas y resueltas en litigios anteriores.” (Negrilla y subrayado fuera del texto).

³² Expediente digital, archivo 01, página 31 a 38.

De tal manera, como quedó visto, para la operatividad de la excepción de cosa juzgada se necesita entonces que exista identidad de partes, causa y objeto, en proceso anterior en el que se haya decidido en forma definitiva el conflicto sometido a consideración jurisdiccional (Artículo 03 del C.G.P.), circunstancias que pasan a analizarse a continuación teniendo en el material probatorio vertido en el proceso.

- **Identidad de partes**

Tal y como se expuso, dentro del expediente digital milita copia de las actuaciones adelantadas por el juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá quien resolvió absolver a Ecopetrol S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la señora MARÍA EUGENIA GARCÍA DE CHAPARRO, decisión confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Descongestión de Bogotá D.C. – Sala Laboral³³.

Como se ve, tanto en este como en el anterior proceso, los sujetos procesales fueron los mismos, por lo que existe identidad de partes.

- **Identidad de causa:**

En la demanda que cursó en el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá radicada bajo el No. 12-2006-00986-01, se plasmaron como hechos los siguientes³⁴:

Como fundamento de las anteriores pretensiones narró los hechos que se resumen así:

Que el señor Ricardo Alfredo Chaparro Fernández, prestó servicios a ECOPETROL como empleado directivo, durante el término de 5 años y 8 meses, comprendidos entre el 12 de mayo de 1.992 al 15 de marzo de 1.998. Que el señor Chaparro Cervantes al morir contaba con 54 años de edad. Que ECOPETROL fue la última empresa para la que laboró y al terminar la relación laboral, contaba con 48 años de edad. Que en razón de su muerte y ante la circunstancia de no reunir los requisitos para pensión de sobrevivientes le asiste derecho a reclamar la indemnización sustitutiva. Que solicitó el reconocimiento a ECOPETROL y le fue negado con el argumento que no había norma que la obligara a dicho reconocimiento y que el Decreto 876 de 1.998 había sido suspendido por el Consejo de Estado y que el señor Chaparro Cervantes no se encontraba afiliado al régimen de prima media con prestación definida contemplado en la Ley

³³ Ver cita 33.

³⁴ Expediente digital, archivo 01, página 22.

Entre tanto, en la demanda objeto de alzada se identificaron como hechos los siguientes³⁵:

II. HECHOS

1º La suscrita en calidad de esposa Supérstite del señor **RICARDO ALFREDO CHAPARRO CERVANTES**, **solicito** el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente del tiempo laborado en **LA HACIENDA SANTA BARBARA y de ECOPETROL AL ISS**

2º.- Al momento de radicar la documentación se me informo que solamente se recibía el tiempo laborado en la Hacienda Santa Barbara.

3º.- Razón por la cual solamente se reclamó ante el ISS el tiempo laborado en la Hacienda Santa Barbara

4º.-El instituto Colombiano de Seguro Sociales (ISS), mediante **RESOLUCIÓN NO 026150 DE 2005**, reconoció a la suscrita **MARIA EUGENIA GARCIA DE CHAPARRO**, en calidad de esposa supérstite y a **LUIS ENRIQUE CHAPARRO GARCIA** en calidad de hijo menor la indemnización sustitutiva de

pensión de sobreviviente, por el tiempo laborado por el **causante RICARDO ALFREDO CHAPARRO CERVANTES**, en la hacienda Santa Barbara.

5º.-El tiempo laborado en Ecopetrol se tramito directamente ante la Empresa, el cual negó dicha prestación, por lo cual se procedió a presentar la correspondiente demanda.

6º- El Juzgado doce (12) laboral del circuito en sentencia, exoneró a ECOPETROL. Interponiéndose el recurso de apelación.

7º-El **TRIBUNAL SUPERIOR DE DESCONGENTION DE BOGOTA, SALA LABORAL**. En la parte motiva del fallo, dice: “de conformidad con la normativa analizada esta colegiatura observa que la obligación eventual del reconocimiento de la anotada indemnización recae sobre la administración el régimen de prime media, que para el presente caso corresponde al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, en virtud de lo previsto en el inciso 2º del artículo 2º del Decreto 876 de 1998 y en el artículo 2 del Decreto 1730 de 2001, ya reseñados.

8º.-Se interpuso el recurso de Casación, que no fue admitido por la cuantía.

9º- Se radicaron los documentos ante el ISS y en vista de la liquidación de la Entidad y al nombrarse a la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES (COLPENSIONES)**, dicha entidad recibió el correspondiente expediente.

10º- **COLPENSIONES** **EXPIDIO LAS RESOLUCIONES GNR 342622 de fecha 05 de diciembre de 2013**, negando el reconocimiento del pago de dicha prestación, interponiéndose los recursos de Ley y con **RESOLUCION GNR 99318 de fecha 19 de marzo de 2014** confirma la resolución anterior, quedando pendiente el recurso de apelación en el cual se interpuso una acción de tutela.

11º.-El **9 de septiembre de 2015**, con radicación **bz 2015 9074116_5**, manifiesta que, para atender la solicitud de reconocimiento presentada, y poder resolver de fondo de la misma y revisado los documentos en el expediente hacían falta los siguientes documentos. Los formatos CLEP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de tiempos cotizados a otras cajas del sector público (ECOPETROL) y las asignaciones básicas de cada año.

12º- Los documentos que fueron solicitados por el ISS, fueron aportados y lo mismo que las certificaciones de información laboral, certificado salario base y certificado formato 3B CSC diligenciados por ECOPETROL.

13º.- En **Resolución VPB 75318 de 17 de diciembre de 2015 y notificada el 8 de enero de 2016**, niega el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente.

14º Se presentó la respectiva conciliación ante la Procuraduría General de la nación. la cual fue declarada fallida.

³⁵ Expediente digital, archivo 01.

Como se observar, en ambos casos el sustento fáctico es similar, esto es, que el señor RICARDO ALFREDO CHAPARRO CERVANTES (q.e.p.d) laboró para Ecopetrol durante el interregno de tiempo comprendido del 12 de mayo de 1992 al 15 de 03 de 1998, periodos que no fueron reconocidos por Colpensiones al momento de liquidar la indemnización sustitutiva previamente reconocida. Incluso en el presente asunto desde el escrito inicial se puso de presente la existencia del proceso iniciado en el año 2006.

Con esto, si bien la demanda que ocupa a la Sala no contiene los mismos hechos del proceso anterior, sí refieren a idéntica situación fáctica en punto a la reconocimiento y pago de los pedidos laborados en Ecopetrol S.A. por el de cujus, siendo pertinente concluir que existe identidad de causa.

- Identidad de objeto:

En la demanda instaurada en el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá se plasmaron las siguientes pretensiones³⁶:

A reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente tanto a ella como a Luis Enrique Chaparro García, en calidad de cónyuge e hijo respectivamente. Al pago de las costas del proceso. a la indexación de las condenas que se impongan . Al reconocimiento y pago de los intereses corrientes y moratorios sobre las sumas que se reconozcan. (fls. 109 y 110)

Y en la demanda objeto de alzada se elevaron las siguientes súplicas:

I. PRETENSIONES

PRIMERA: Que se ordene y condene a COLPENSIONES, a reconocer y pagar, LA INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE SOBREVIVIENTE, a la suscrita MARIA EUGENIA GARCIA DE CHAPARRO, identificada con la cedula de ciudadanía No 33.151.359 expedida en Cartagena, en su calidad de esposa supérstite del señor RICARDO ALFREDO CHAPARRO CERVANTES (fallecido), por el Tiempo Laborado en ECOPETROL (5 AÑOS 8 MESES), en virtud de lo previsto en el inciso 2º del decreto 876 de 1998.

SEGUNDA.: Que se ordene a Colpensiones que el tiempo laborado en Ecopetrol (5 años 8 meses), se compute con el tiempo laborado en la hacienda Santa Barbara y que fueron pagadas por ISS.

TERCERA: Que se ordene la reliquidación de la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente sobre el tiempo arrojado en el ítem anterior

CUARTA: Que los pagos que se ordenen mediante sentencia deberán ser actualizados conforme al IPC.

QUINTA: Que se ordene a COOLPENSIONES, a pagar los intereses corrientes y moratorios sobre la suma reconocidas.

SEXTA. Que se ordene que una vez realizada la reliquidación de la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente se descuente el valor pagado en la resolución No 026150 de 2005 que reconoció el tiempo laborado en la Hacienda Santa Barbara.

SEPTIMA: Que se condene en Costas a Colpensiones.

³⁶ Expediente digital, archivo 01, página 22.

Conforme a lo anterior y según lo señala la sentencia CSJ SL2910-2019, esta identidad de objeto se configura cuando:

“(…) la demanda versa sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pedido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica, así como sobre los elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.”

De lo anterior surge claramente, que existe identidad de partes, causa y objeto, por cuanto la pretensión ahora elevada en contra de Ecopetrol S.A. por la demandante se encuentra contenida dentro de la decisión que se adoptó por la esta misma especialidad en aquella oportunidad, pues tal como se refirió el Juez 12 Laboral en sentencia de fecha 21 de septiembre de 2007, absolvió de las pretensiones a la demandada al considerar³⁷ (decisión confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Descongestión de Bogotá D.C. – Sala Laboral):

Ahora bien, en el caso bajo examen al estudiar la relación laboral que existió entre el extrabajador fallecido y la demandada, encuentra el despacho que la misma tuvo una vigencia de 5 años 8 meses discontinuos, que terminó el 15 de marzo de 1.998, así mismo, quedó establecido que el actor falleció el 22 de junio de 2.004 luego de más de 6 años de haberse retirado de la demandada y no existe en el informativo prueba de que haya cotizado al régimen de prima media con prestación definida o al de ahorro individual, que permita la aplicación del Decreto 876 de 1.998, que reglamenta las condiciones para la emisión de bono pensional por parte de ECOPETROL y garantizar la cuota parte tendiente a contribuir al financiamiento de la pensión a cargo de otra entidad de seguridad social.

En las anteriores condiciones no encuentra el Despacho que exista obligación de la demandada a reconocer a la actora la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes reclamada, en consecuencia se impone la absolución a la demandada de esta pretensión.

Decisión confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Descongestión de Bogotá D.C. – Sala Laboral quien señaló:

“(…) De conformidad con la normativa analizada precedentemente, esta Colegiatura observa que la obligación eventual del reconocimiento de la anotada indemnización recae sobre la administradora del régimen de prima media, que para el presente caso corresponde al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en virtud de lo previsto en el inciso 2° del artículo

³⁷ Expediente digital, archivo 01 página 35.

2° del Decreto 876 de 1998 y en el artículo 2° del Decreto 1730 de 2001, ya reseñados.

En consecuencia, resulta evidente que ECOPETROL no tiene a su cargo el reconocimiento y pago de la aludida prestación; se encuentra eventualmente obligado a pagar la cuota parte respectiva a la administradora, para el posterior reconocimiento.

De esta manera, queda claro que la formulación de las pretensiones en el libelo, posee una falencia sustancial, pues fue dirigida contra una entidad que carece de legitimidad para reconocer este tipo de prestaciones sociales, motivo por el cual, esta Sala se permitirá confirmar lo resuelto por el sentenciador de primer grado. (...)”

Nótese que estas providencias señalaron expresamente la improcedencia de que Ecopetrol S.A. fuera quien debiera realizar el reconocimiento y pago de la prestación hoy reclamada, aduciendo que la encargada de esta actuación sería el ISS (hoy Colpensiones). De manera que no podría ahora la demandante solicitarle nuevamente a la hoy vinculada por pasiva Ecopetrol S.A. el reconocimiento de la indemnización sustitutiva en los mismos términos, cuando ya se había decidido sobre tal punto y sin que ahora pueda debatirse nuevamente si corresponden a Ecopetrol S.A. o no el reconocimiento de dicha prestación.

Así las cosas, la Sala colige con facilidad que la decisión que adoptó esta Corporación en el primero de los procesos, contiene un pronunciamiento de fondo que definió la situación jurídica de la actora de forma concreta, que es precisamente lo que busca proteger la cosa juzgada y evitar así un doble estudio y pronunciamiento de fondo atinente a una misma causa (CSJ SL374-2013).

De esta manera se evidencia la concurrencia de los elementos exigidos por el artículo 303 del CGP, es decir, identidad de partes, causa y objeto entre el proceso promovido ante el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá y el presente trámite, que en conjunto traen como efecto ni más ni menos la configuración de la institución jurídica de cosa juzgada. Razones por las cuales se declarará de oficio la excepción de cosa juzgada.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentes, se revocará la decisión de primer grado para en su lugar **CONDENAR** a la demandada Colpensiones a realizar la reliquidación de la pensión sustitutiva de la pensión de sobrevivientes únicamente por los periodos en que el señor RICARDO

ALFREDO CHAPARRO CERVANTES (q.e.p.d.) laboro para Ecopetrol S.A., en los términos expuestos en las motivaciones precedentes y declarará probada de oficio la excepción de cosa juzgada respecto de ECOPETROL S.A.

SIN COSTAS en esta instancia y las de primera instancia se revocan a cargo de la parte demandada Colpensiones.

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 la sentencia proferida por la Juez 08 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a la demandada **COLPENSIONES** a pagar a la **DEMANDANTE** por concepto de reliquidación de la pensión sustitutiva de la pensión de sobrevivientes por los periodos en que el señor RICARDO ALFREDO CHAPARRO CERVANTES (q.e.p.d.) laboro para Ecopetrol S.A. suma que asciende a \$52.003.020; sin perjuicio de la facultad que la norma le otorga para repetir contra dicha entidad por el valor equivalente al tiempo laborado por el afiliado (cuota parte).

SEGUNDO: CONDENAR al pago de la anterior suma debidamente indexado.

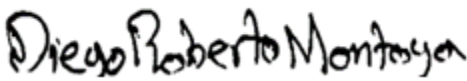
TERCERO: DECLARAR PROBADA DE OFICIO LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA respecto de ECOPETROL S.A.

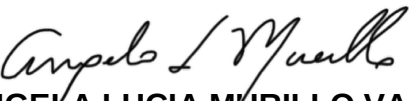
CUARTO: ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de PRESCRIPCIÓN, al tenor de las consideraciones expuestas.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia y las de primera instancia se revocan a cargo de la parte demandada Colpensiones.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN

008 2019 00225 01


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 WILSON BARINAS MORENO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. y como vinculada PROTECCIÓN S.A. (RAD. 10 2020 00392 01)

Bogotá D.C. treinta (30) de abril 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 y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 10 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 15 de marzo del 2024 (*Audiencia virtual, archivo 47 Grabación Audiencia del expediente digital, récord: 1:21:16*), en la que se resolvió:

PRIMERO: *DECLARAR la ineficacia de la afiliación del demandante señor WILSON BARINAS MORENO, de su afiliación a la AFP COLMENA el 06 de septiembre de 1995, AFP que hoy es la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, se declaran ineficaces los traslados de régimen de ahorro individual por el demandante de conformidad a lo establecido dentro de este proceso que se realizaron, traslados de cesión por fusión de Colmena a ING el 01 de abril del año 2000 y de ING a la AFP Protección S.A., el 31 de diciembre del año 2012 y el traslado de AFP Protección a Colfondos el 30 de agosto del año 2013, por incumplirse el deber de información de dar a conocer características de los regímenes pensionales, ventajas, desventajas y la incidencia de este traslado de su régimen pensional, por ende hay lugar a declarar ineficacia el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al RAIS, realizado por el demandante y se ordena su regreso automático, sin solución de continuidad a la afiliación al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado y conforme a la parte considerativa de esta providencia.*

SEGUNDO: Se CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a restablecer la afiliación al Régimen de Prima Media del señor WILSON BARINAS MORENO, sin solución de continuidad, como si nunca se hubiese trasladado, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Se CONDENA a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, hacer la devolución o entrega con destino al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones de las sumas existentes en la cuenta individual del señor Wilson Barinas Moreno, correspondientes a cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos como lo establece el artículo 1746 del Código Civil, y asimismo, se condena a Colfondos a que debe hacer la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales, de invalidez y sobrevivencia, y porcentajes de garantía de pensión mínima con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, y para ello se le otorga el término de 15 días siguientes a las ejecutoria de esta providencia para hacer esta devolución y deberá acompañar la devolución de estas sumas de dinero con los documentos que permitan conocer a Colpensiones los periodos ciclos cotizados, el ingreso base de cotización, el valor de la cotización, los rendimientos, intereses, frutos y bonos pensionales si los hubiere, y así mismo deberá llegar la información documental que le permite establecer Colpensiones cuáles fueron las sumas descontadas por gastos de administración, suma de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje de garantía de pensión mínima durante su vinculación a Colfondos para que Colpensiones pueda hacer la devolución en los términos indicados en esta sentencia, todo de conformidad, la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Se CONDENA a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver con destino al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones las sumas que le fueron descontadas al demandante por su afiliación al señor Wilson Barinas Moreno, por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje de garantía de pensión mínima con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados, que le hubiera realizado acompañada de los documentos correspondientes a la información sobre cuáles fueron las sumas descontadas por estos conceptos al demandante, se le otorga el término de 15 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia para la devolución de la suma de dinero con destino al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones y conforme a la parte considerativa.

QUINTO: Se CONDENA a Colpensiones a que de manera inmediata a la ejecutoria de esta sentencia debe imputar en la historia laboral del demandante las semanas cotizadas en el RAIS, durante su vinculación a la AFP Protección S.A. y Colfondos S.A. y se condena a COLPENSIONES, a que una vez ingresen los dineros provenientes de las citadas AFPs, debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución en los términos indicados en esta sentencia de conformidad. La parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Se CONDENA a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez de conforme a lo establecido por el artículo 33 de la ley de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a favor del demandante, Wilson Marina Moreno, a partir del día siguiente al retiro del sistema general de pensiones, retiro que deberá acreditar el demandante ante Colpensiones y deberá Colpensiones hacer el reconocimiento pensional dentro de los términos legales establecidos para ello, deberá dar aplicación a los artículos 21 de la Ley 100 de 1993 y artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, para establecer la tasa de reemplazo de la pensión del demandante, teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada y para efectos de establecer el ingreso base de liquidación de la correspondiente mesada pensional, de conformidad a lo establecido en la parte considerativa de esta providencia.

SÉPTIMO: Se DECLARAN no probadas las excepciones planteadas por las demandadas Colpensiones y la llamada en litis consorte necesario AFP Protección, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

OCTAVO: se CONDENA en costas de esta instancia a la COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES a favor de la parte actora y deben ser tasadas por secretaría del Despacho estableciendo como agencias en derecho a cargo de la administradora AFP PROTECCIÓN S.A. la suma de \$ 1.000.000, a cargo de la administradora COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS la suma de \$ 500.000 y a cargo de COLPENSIONES la suma de \$ 500.000, a favor de la parte demandante.

NOVENO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Inconforme con la decisión, COLFONDOS¹ solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, señalando el afiliado ejerció su derecho de elección de régimen conforme al artículo 13 el literal B de la Ley 100 del 93, la selección se llevó a cabo de manera completamente libre y sin ningún vicio que afectara la validez de su elección. El traslado se materializó de forma voluntaria y en plena conformidad con las disposiciones legales vigentes para aquel momento.

Respecto de la devolución de gastos de administración y las primas del seguro provisional, señala el artículo séptimo del Decreto 3995 del año 2008, regula de manera taxativa los rubros sujetos a traslado, los cuales se resumen en los saldos de los aportes realizados a nombre del trabajador destinados a la respectiva

¹ COLFONDOS (Récord: 1:29:19)

Si señora, procedo a presentar el recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de dictar primer término, pues es de suma importancia mencionar, pues, que el afiliado ejerció su derecho de elección de régimen conforme al artículo 13 el literal B de la Ley 100 del 93, la selección se llevó a cabo de manera completamente libre y sin ningún vicio que afectara la validez de su elección. El traslado se materializó de forma voluntaria y en plena conformidad con las disposiciones legales vigentes para aquel momento.

Relacionado con la devolución de gastos de administración y las primas del seguro provisional, es necesario señalar al Tribunal superior que la sentencia Apelada contraviene el artículo séptimo del Decreto 3995 del año 2008. Este decreto regula de manera taxativa los rubros sujetos a traslado, los cuales se resumen en los saldos de los aportes realizados a nombre del trabajador destinados a la respectiva cuenta individual y al Fondo de Garantía de pensión mínima del RAIS la norma no hace mención alguna a gastos de administración y seguros provisionales.

Llama la atención será un aspecto esencial en esta controversia la naturaleza y la función de la póliza provisional contratada, la póliza provisional se contrata es en beneficio de los afiliados, siendo la AFP simplemente una intermediaria. En este proceso, es la AFP quien recauda las primas de seguro por cuenta la aseguradora y dichos recursos nunca ingresan al patrimonio de Colfondos, por ende, pues resulta improcedente solicitarle a la AFP en la devolución de recursos que nunca estuvieron bajo su posición.

En relación con los gastos de administración, señalar que en cualquiera de los dos regímenes se cobra la Comisión del 3%. El mencionado porcentaje en ningún caso corresponde a un capital destinado para financiar la pensión, razón por la cual la no devolución de ese concepto no afecta al monto de la pensión del afiliado en el régimen de prima media, cuando la AFP devuelve los gastos de administración, los mismos no llegan al afiliado, sino que ingresan es al patrimonio de Colpensiones, es decir, que los gastos de administración en ningún caso afectan al afiliado. Por estas razones, solicito muy amablemente al Tribunal Superior revocar la sentencia en estos puntos. Muchas gracias.

cuenta individual y al Fondo de Garantía de pensión mínima del RAIS, precisando la norma no hace mención alguna a gastos de administración y seguros provisionales.

Expresa es la AFP quien recauda las primas de seguro por cuenta la aseguradora y dichos recursos nunca ingresan al patrimonio de Colfondos, por ende, resulta improcedente solicitarle a la AFP en la devolución de recursos que nunca estuvieron bajo su posición.

En relación con los gastos de administración, señala que en cualquiera de los dos regímenes se cobra la comisión del 3%. El mencionado porcentaje en ningún caso corresponde a un capital destinado para financiar la pensión, razón por la cual la no devolución de ese concepto no afecta al monto de la pensión del afiliado en el régimen de prima media, cuando la AFP devuelve los gastos de administración, dado que los mismos no llegan al afiliado, sino que ingresan es al patrimonio de Colpensiones, es decir, que los gastos de administración en ningún caso afectan al afiliado.

Por su parte, la demandada COLPENSIONES² expresa en su apelación para la fecha de la suscripción y la firma del formulario, no existía la Ley 1748 del año

² COLPENSIONES (Récord: 1:31:20)

Gracias, Señoría, me permito sustentar recursos de apelación frente a la decisión su Señoría.

Estando su Señoría en esta oportunidad sustento recurso de apelación frente a la decisión, solicitando al honorable al Tribunal de la sala laboral revocar la decisión que se toma en primera instancia en declarar la ineficacia a favor de la parte actora a favor del señor Wilson Barinas, declarando la ineficacia del traslado del régimen del demandante, considerando esa falta del deber de información como como lo pretende, como se pretendía y ya se reconocía que, en esta instancia.

Así mismo, le solicito a ustedes honorables magistrados con el mayor respeto que cabe resaltar que para la fecha de la suscripción y la firma del formulario, pues aunque no existía la Ley 1748 del año 2014 ni el Decreto 2071 del año 2015, donde nace esa obligación de las AFP o los fondos privados a una doble asesoría a sus afiliados, entiéndase si, que asimismo y haciendo ese análisis en la información suministrada o brindada, pues en ese caso al primer traslado por parte de Protección a la parte actora, señor Wilson, pues la AFP debió de brindar como tal al momento de esa afiliación y tener valoradas y tener en cuenta y valoradas toda la información de carácter general o especial para que fuera de su conocimiento bajo la normativa vigente, según la fecha de la Ley 100 del 1993. Asimismo, su Señoría y a ustedes, honorables magistrados, Pido el juzgamiento de la conducta en base de la conducta de las AFP o los fondos privados con base a las normas inexistentes, como se hace por parte ese análisis profundo por parte de la honorable jueza en primera instancia, pero no hay una justificación jurídica alguna y esto está afectando como tal el debido proceso en el mecanismo de defensa de mi representada Colpensiones que sin haber participado en el presente asunto, pues no logra como tal evitar el reintegro o volver a afiliarse a esta persona al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

Finalmente, pues dicho lo anterior, le solicito de manera muy respetuosa los honorables magistrados, se revoque la decisión tomada en primera instancia y en caso de que se llegara a confirmar, pues esta decisión por parte del honorable tribunal, ruego se mantenga la condena impuesta a la AFP, en el entendido de que esta es reintegrar la totalidad de las cotizaciones que se recibió a lo largo de la vida laboral. Asimismo, le solicito a

2014 ni el Decreto 2071 del año 2015, donde nace esa obligación de las AFP o los fondos privados a una doble asesoría a sus afiliados y en este caso el primer traslado por parte de Protección a la parte actora, la AFP debió de brindar como tal al momento de esa afiliación y tener valoradas y tener en cuenta y valoradas toda la información de carácter general o especial para que fuera de su conocimiento bajo la normativa vigente, según la fecha de la Ley 100 del 1993.

Precisa, no hay una justificación jurídica y esto está afectando como tal el debido proceso en el mecanismo de defensa de su representada Colpensiones que, sin haber participado en el presente asunto, no logra como tal evitar el reintegro o volver a afiliar a esta persona al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

Finalmente señala que en caso de que se llegara a confirmar la decisión se mantenga la condena impuesta a la AFP, en el entendido de que esta es quien debe reintegrar la totalidad de las cotizaciones que se recibió a lo largo de la vida laboral. Asimismo, solicito se adicione la sentencia de la condena impuesta a la entidad, en el sentido de condicionar el previo cumplimiento de la misma a todas las obligaciones que se impongan a la AFP.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Páginas 4 y 5, archivo 01 Expediente Digitalizado), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 2 y 3, *ibidem*), aspirando se declare la ineficacia de la afiliación en el RAIS, en consecuencia se condene a Colfondos a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en su cuenta, junto con sus rendimientos y demás dineros que se hubieren cancelado, se ordene a Colpensiones a tenerlo como afiliado y a reconocer y pagar la pensión de vejez por el cumplimiento del lleno de los requisitos, intereses moratorios del

los magistrados que se adicione la sentencia de la condena impuesta a la entidad, la cual represento una obligación de hacer a favor de la parte actora y se condiciona el previo cumplimiento de la misma, todas las obligaciones que se impongan a la AFP. Muchas gracias a Su Señoría dejo sustentado el recurso de apelación.

artículo 141 de la Ley 100 de 1993, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, ordenando a la AFP COLFONDOS S.A. la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales, de invalidez y sobrevivencia, y porcentajes de garantía de pensión mínima con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, en el término de 15 días siguientes a la ejecutoria de la providencia para hacer esta devolución y deberá acompañar la devolución de estas sumas de dinero con los documentos que permitan conocer a Colpensiones los periodos ciclos cotizados, el ingreso base de cotización, el valor de la cotización, los rendimientos, intereses, frutos y bonos pensionales si los hubiere, y así mismo deberá llegar la información documental que le permite establecer Colpensiones cuáles fueron las sumas descontadas por gastos de administración, suma de seguros previsionales, de invalidez y sobrevivencia y porcentaje de garantía de pensión mínima durante su vinculación a Colfondos para que Colpensiones pueda hacer la devolución, igualmente condenó a la AFP PROTECCIÓN a devolver con destino al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones las sumas que le fueron descontadas al demandante por su afiliación, por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje de garantía de pensión mínima con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados, que le hubiera realizado acompañada de los documentos correspondientes a la información sobre cuáles fueron las sumas descontadas por estos conceptos al demandante, en el mismo termino de 15 días siguientes a la ejecutoria de a providencia.

Agregó el a quo, COLPENSIONES deberá recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor, por lo que, una vez hecha la reactivación al Régimen de Prima Media con prestación Definida, y se haya cumplido con el requisito de desafiliación del sistema general de pensiones, reconocerá y pagará la pensión de vejez bajo los presupuestos de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, por 13 mesadas pensionales, aplicando la tasa de reemplazo establecida en el artículo 34 de la citada ley, liquidado el IBL conforme el artículo 21 ibídem, esto es, con el promedio de lo devengado en los 10 últimos años cotizados o toda la vida laboral, tomando el más favorable, y teniendo en cuenta la densidad de semanas cotizadas por el

demandante. Por último, se condenó en costas a COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

La a quo fundamentó su decisión en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado, señalando dentro de autos ello no se demostró. De igual modo, encontró probado que el actor tenía derecho a la pensión de vejez, por reunir más de 1.300 semanas de cotización y haber cumplido 62 años de edad, sin embargo, la supeditó a que Colpensiones la liquidara en su momento, cuando se desafilie del sistema, dado que no está acreditado el retiro, siendo Colpensiones la que calcule la prestación teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada, en los términos de los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.

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

Así las cosas, se tiene como fecha de nacimiento del actor el 19 de diciembre de 1957 (*Conforme se registra en la cédula de ciudadanía Página 16, Archivo 01 Expediente Digitalizado*), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 4 de agosto de 2020 (*expediente administrativo, archivo 27 pagina 8*), esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el

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”.

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 51.57 semanas cotizadas al sistema que (*Historia Laboral aportada por Colpensiones Archivo 45 expediente digital páginas 2*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ver Imagen:



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES

PERIODO DE INFORME: Enero 1967 octubre/2023

ACTUALIZADO A: 18 octubre 2023

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento: Cédula de Ciudadanía

Número de Documento: 19377915

Nombre: WILSON BARINAS MORENO

Dirección: CL 9 NRO 12 54 B LEON XIII

Estado Afiliación: Traslado

Fecha de Nacimiento: 19/12/1957

Fecha Afiliación: 13/03/1986

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
12013700030	INDUMECANICA LTDA	13/03/1986	15/06/1986	\$61.950	13,57	0,00	0,00	13,57
1003802732	JORGE CORTES M Y CIA	02/07/1993	31/12/1994	\$98.700	78,29	0,00	0,00	78,29
860078024	JORGE CORTES MORA Y	01/01/1995	30/09/1995	\$119.000	37,29	0,00	0,00	37,29
					[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:			
					129,14			
					[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 * TOTAL SEMANAS COTIZADAS*):			
					0,00			

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, tuvo como fecha de solicitud el **9 de septiembre de 1995**, efectivo el **1º de octubre de 1995** (*Ver Páginas 23 y 37, archivo 37 del expediente digital*) por afiliación que hiciera a AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, según se desprende del formulario de afiliación y reporte SIAFP, imponiéndosele entonces a la AFP la obligación de acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al *status quo ante*, art. 1746 CC).

Así, discurrió

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

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

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

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

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

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

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

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no

ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...).

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que de lo único que se acuerda es que se podía pensionar a una menor edad, pero de manera alguna le indicaron sobre las modalidades pensionales en el RAIS, requisitos para pensionarse anticipadamente, entre otros aspectos, situación que en manera alguna da a entender que el actor conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado.

⁶ Interrogatorio del demandante. Récord 24:55 Archivo 46

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 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.

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

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

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

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

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

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin,

la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

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

...

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN antes COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen (solicitud efectuada el 9 de septiembre de 1995, efectiva el 1º de octubre 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.

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.

Aclarando en este punto y para resolver la apelación de COLPENSIONES, aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente a la demandante como su afiliada.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de la AFP COLFONDOS, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus cotizaciones, frutos, intereses y rendimientos, como también la devolución por parte de esta y de la AFP PROTECCIÓN de los gastos de administración, primas de seguros previsionales, de invalidez y sobrevivencia, y porcentajes de garantía de pensión mínima con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de COLPENSIONES, que se adicionará el ordinal segundo y tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que tanto COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. deben devolver también a COLPENSIONES, además de lo ordenado por la *a quo* las **comisiones**, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado 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.**

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

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

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

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

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

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

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

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

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

[...]

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

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en

el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

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

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

“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)”.

Frente a esta temática, debe anotarse igualmente el deber de devolver las cuotas de administración incumbe a todas las administradoras del régimen de ahorro individual en las que estuvo afiliada la demandante, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…) De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.” En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES, a favor de quien se surte la consulta (páginas 114, archivo “01. ExpedienteFísico.pdf”, expediente digital), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.”.

Por otro lado, 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).

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁷ (Página 14, archivo 16 expediente digital), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

En otro giro, dado que el actor solicitó el reconocimiento del derecho pensional y el Juez a quo acogió dicha pretensión en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 a partir de la novedad de retiro, se procede a su estudio en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones, advirtiendo, en virtud de la ineficacia del traslado e iterando que el demandante NO es beneficiario del régimen de transición, conforme se expuso desde el inicio de esta providencia, la prestación pensional del accionante en efecto deber ser estudiada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993⁸, disposición

⁷ Se tuvo por contestada la reforma a la demanda en auto del 8 de agosto del 2023, archivo 26 expediente digital.

⁸ “**Artículo 33.** Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

que exige para el caso de los hombres debe haber alcanzado 62 años en tanto a partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementó, así como las cotizaciones mínimas ascendían a 1.000 semanas , las cuales aumentaron desde el 1° de enero del año 2005 en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas.

De esta manera, como ya se mencionó se encuentra a página 16 del archivo 27, copia del documento de identidad del demandante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 19 de diciembre de 1957, por lo que acreditó la edad exigida de 62 años, el mismo día y mes del año **2019**; ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización, se encuentra en el archivo digital 33 *REPORTE DE DÍAS ACREDITADOS* generada por la AFP COLFONDOS con corte a septiembre del 2023 en la que se desprende que el demandante contaba a dicha data con 1383,29 semanas cotizadas, razón por la cual es claro que actualmente el promotor de este litigio reúne los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

AFP COLFONDOS

FUTURA- COLFONDOS

DIAC80 Reporte de días acreditados

7

Usuario

Identif. afiliado .. C.C 19377915 BARINAS MORENO WILSON

Período Tipo Acreditación Días Acr. Días Cot. Salario Acum. Salario mens. Origen Cotización

(=) Total semanas acreditadas .. 1383,29 Total días acreditados 9683

(-) Semanas simultáneas Días simultáneos

(+) Delta en semanas Delta en días

Total semanas para B y P .. 1383,29 Total días para B y P 9683

Ahora, respecto de la fecha desde la cual debe ser otorgada la prestación, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 4 de la Ley 797 del 2003 señala que *«La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínimo de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente»*.

No obstante lo anterior, en autos no hay certeza frente a la última cotización efectuada por el demandante, por el contrario en dicho reporte, se precisa que el estado de la afiliación del actor es activo, aunado a que el promotor de este litigio al absolver interrogatorio de parte manifestó que aun continuaba cotizando por medio de la empresa (*récord 24:25, audiencia 15 de marzo de 2023*), razón por la

A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”.

cual el reconocimiento pensional deberá supeditarse al día siguiente de la fecha de la última cotización o cuando se reporte la novedad de retiro, pues si bien el derecho pensional ya se encuentra causado por el cumplimiento de los requisitos exigidos para la pensión de vejez, no es posible disfrutarla ni exigirla sino hasta el momento en que se haya efectuado el retiro del sistema del actor, precisando, en lo que respecta al monto de la mesada, este deberá ser calculado conforme lo previsto en el inciso 3º del artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es con lo devengado en toda la vida o durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento dependiendo lo que le resulte más favorable, dado que como quedó visto el demandante cuenta con más de 1300 semanas de cotización y al cual se deberá aplicar la tasa de reemplazo que se obtenga de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, todo ello al momento del retiro del servicio. De modo que se confirmará lo decidido en primera instancia en este puntual aspecto.

De cara 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.

Al epílogo conviene agregar una glosa a la temática en estudio, a raíz del comunicado de prensa número 13 del 12 de abril del 2024 expedido por la Corte Constitucional en referencia a la SU-107 del 2024 en punto a estimar que no tiene fuerza vinculante conforme lo asienta la propia Corte Constitucional en Auto No. 201 del 2013 así:

“...7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole⁹. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

⁹ Ver, al respecto, el auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional¹⁰, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”¹¹ y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”¹².

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”¹³. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”¹⁴.

Del mismo modo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A del 4 de febrero del 2016 Radicación número 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) se indicó:

“Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación... el presidente del máximo tribunal constitucional expide los comunicados de prensa con el fin de poner en conocimiento de la comunidad las decisiones adoptadas y con ello de los cambios que implican en el ordenamiento jurídico. No obstante, al no ser la sentencia misma la que se publica no produce efectos jurídicos... se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni reemplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991... si bien es cierto a través del citado comunicado se informó sobre la Sentencia de Unificación SU-556 del 14 de julio del 2014, también lo es que, como quedó antes expuesto, dicha publicación no produce efecto vinculante ni jurídico alguno, pues no reemplaza la notificación... De esta forma, al Tribunal no podía exigírsele la aplicación de una sentencia que no producía efectos para el momento en que de adoptó la decisión que ahora se debate... En ese orden, no se advierte el desconocimiento del precedente judicial alegado”

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

¹⁰ Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992, posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

¹¹ Acerca de la facultad de la Corte Constitucional para regular lo referente a las condiciones de publicidad de sus sentencias es útil la consulta de los Autos 152 B de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y 028 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

¹² Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 12 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹³ “Que en las condiciones anotadas, es claro que existe una evidente diferencia entre el comunicado que busca satisfacer, con prontitud, el interés de la opinión pública de obtener información y la sentencia “documentada y firmada” que, además, “da cuenta de su contenido así como del número y nombre de los magistrados que la adoptaron, por haber sido quienes intervinieron en la deliberación y decisión respectiva”. Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

¹⁴ Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

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

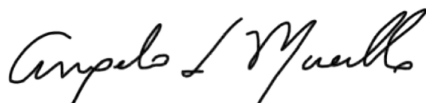
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en su numeral **SEGUNDO y TERCERO**, en el sentido de **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. a retornar las **comisiones** debidamente **indexadas** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esas administradoras, 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 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 ÁNGELA
HERNÁNDEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. (12 2022 00224 01)**

Bogotá D.C. treinta (30) de abril 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 el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por la Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 28 de agosto del 2023 (Audio archivo 17, récord 34:37), en la que se resolvió:

***“Primero.** Declarar la ineficacia del traslado realizado por la señora Ángela Hernández, identificada con C.C. No. 52.075.825 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos el 12 de mayo de 1994, conforme a lo considerado en esta decisión.*

***Segundo.** Declarar válidamente vinculada la señora Ángela Hernández al régimen de prima media.*

***Tercero.** Condenar a Colfondos a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Ángela Hernández tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados, conforme a lo expuesto.*

***Cuarto.** Condenar a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre Colfondos, con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora Ángela Hernández al régimen de ahorro individual, y una vez ingresen actualice su información en la historia laboral.*

Quinto. Declarar no probadas las excepciones propuestas.

Sexto. Condenar en costas de esta decisión a Colfondos y Colpensiones e inclúyase como agencias en derecho la suma de 1.160.000 pesos para cada una.

Séptimo. En caso de no ser apelada la presente decisión por Colpensiones, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor.”

Inconforme con la decisión el apoderado de COLFONDOS S.A. la apeló expresando la AFP siempre cumplió con el deber información y jamás existió omisión en la información como tampoco equivocada e indebida asesoría, aduciendo la parte demandante es una persona totalmente capaz que contaba con la capacidad de analizar los argumentos manifestados por los asesores a fin de determinar si realmente le convenía o no tomar dicha decisión, considerando no ser válido que después de estar varios años afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, como no logró cumplir con los objetivos de ahorro que se propuso cuando se trasladó de régimen pretenda obtener la anulación de una afiliación completamente legal, advirtiendo la existencia del deber de asesoría lo fue hasta la expedición de la ley 1748 del 2014 y el decreto 2071 del 2015.

Señala el formulario de afiliación se ajusta a la ley como les dispone el artículo 11 del decreto 692 de 1994 y las normas citadas anteriormente y la voluntad expresa en el formulario de afiliación expresa el ingreso de la parte demandante al RAIS cumpliendo así las exigencias legales para tal fin, aunado a que la parte demandante no hizo uso del derecho de retractarse en fondo de pensiones como lo dispone el art 3 del decreto 1161 de 1994, solicitando por ende revocar el fallo de primer grado. (Audio archivo 17, récord 36:41¹)

¹ **APELACIÓN: COLFONDOS**

Su señoría me permito interponer recurso de apelación frente a la sentencia que acaba de proferir. Solicito a los honorables magistrados que revoque la sentencia anteriormente proferida, sea lo primero en manifestar que el caso de mi representada siempre cumplió con el deber información jamás existió omisión en la información como tampoco equivocada e indebida asesoría, la parte demandante es una persona totalmente capaz que contaba con la capacidad que analizar los argumentos manifestados por los asesores de mi representada a fin de determinar si realmente le convenía o no tomar dicha decisión. Entonces no es válido que después de estar varios años afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, como no logro cumplir con los objetivos de ahorro que se propuso cuando se trasladó de régimen pretendiendo obtener la anulación de una afiliación completamente legal. El deber de la información que tiene una administradora, debe advertirse que la existencia del deber de asesoría sino hasta a expedición de la ley 1748 del 2014 y el decreto 2071 del 2015.

Es claro que el deber legal de las administradoras de poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias del traslado, que los traslados realizados por fuera de la vigencia de esas disposiciones no se les puede exigir que no estén, circunstancias dentro de las cuales no había obligatoriedad y mi representada tiene establecido un procedimiento de capacitaciones dirigidas a las asesores comerciales el cual consisten en darles todas las herramientas e información necesaria para que entiendan y transmitan la información sobre las características propia del RAIS a los posibles afiliados, dada la particularidad de cada caso concreto, la persona es la encargada de explicar todas las condiciones y

Por otro lado, COLPENSIONES indica en su apelación la Juez de primer grado pasó por alto que para la fecha del traslado realizada la normatividad aplicable para esa época, era la Ley 100 de 1993, artículo 13 literal B y Decreto 693 del 94 y Decreto 663 de 1993, donde se manifestaba que era la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual aduce en este asunto se dio a plenitud. Así mismo resalta para la fecha de suscripción del formulario de afiliación el 12 de abril de 1994 con la AFP Colfondos no existía la Ley 1748 del 2014 ni el Decreto 271 del 2015 con los cuales nace la obligación de las AFP de una doble asesoría a sus afiliados.

Sumado a lo anterior señala, la decisión dada 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, considerando no se tuvo en cuenta al momento de proferir la sentencia el principio de la relatividad jurídica, en cuanto a que Colpensiones es un tercero en el asunto y los actos jurídicos tienen un efecto interparte y las consecuencias que se derivan de este acto jurídico, solo deben repercutir sobre las partes involucradas, por lo cual señala debe tenerse en cuenta que la entidad a la que representa en ninguna manera puede ser ni favorecida ni mucho menos perjudicada por la celebración de ese contrato entre la AFP Colfondos y aquí la accionante.

Expresa Colpensiones, resulta lesionada con la decisión adoptada, esto en cuanto a la afectación del equilibrio y la sostenibilidad financiera sistema consagrada en el artículo 48 de nuestra Constitución Política, precisando el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, hace una prohibición expresa que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaran diez años o menos para cumplir la edad y tener derecho a la pensión de vejez.

es el asesor que permite la solicitud y cada persona lo cual ocurrió en este caso. El formulario de afiliación ajusta a la ley como les dispone el artículo 11 del decreto 692 de 1994 y las normas citadas anteriormente y la voluntad expresa en el formulario de afiliación expresa el ingreso de la parte demandante al RAIS cumplió las exigencias legales para tal fin.

Por otra parte, el Sistema general de pensiones, el artículo 13 de la ley 100 de 1993 vigente para la fecha para lo cual el parte demandante acepto trasladarse del régimen y adicionalmente la parte demandante no hizo uso del derecho de retractarse en fondo de pensiones administrado por mi representada como lo dispone el art 3 del decreto 1161 de 1994.

De lo anteriormente expuesto solicitó a los honorables magistrados se revoque la sentencia anteriormente proferida. Gracias su señoría.

Finalmente indica que en caso de confirmarse la decisión se adicione con una obligación de hacer a favor del demandante, esto es, que se condicione al previo cumplimiento de las obligaciones que se imponga a la AFP Colfondos, en el entendido que Colpensiones no podrá dar cumplimiento de la sentencia hasta tanto la AFP Colfondos integre los recursos a su representada y de esa manera actualice la información de la demandante en la respectiva base de datos.
(Audio archivo 17, récord 39:03²)

² **APELACIÓN COLPENSIONES:**

Gracias Señora juez, siendo este la oportunidad procesal respetuosamente me permito interponer y sustentar el recurso de apelación en los siguientes términos: En primer lugar, hay de manifestar que la señora pues al momento de su decisión de declarar ineficacia traslado al régimen de la demandante, considerando esa falta de deber de información que tenía la AFP al momento de la suscripción del formulario de afiliación pasó por alto que para la fecha del traslado realizada de la realidad del momento según la normatividad aplicable para esa época, pues era la Ley 100 de 1993, artículo 13 literal B y Decreto 693 del 94 y Decreto 663 de 1993, pues esta manifestaba que era la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen pues se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, para lo cual en este asunto pues se dio a plenitud. Así mismo cabe resaltar que para la fecha de suscripción del formulario de afiliación el 12 de abril de 1994 con la AFP Colfondos pues no existía la Ley 1748 del 2014 ni el decreto 271 del 2015 con los cuales nacen la obligación de las AFP de una doble asesoría a sus afiliados.

Así las cosas, del análisis de la información suministrada con la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento en su afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de la suscripción del formulario, es por ello que no es razonable ni jurídicamente válido pues imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información que no estaban previstos en el ordenamiento jurídico vigente, al momento del traslado del régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de la legalidad y el debido proceso. Y de acuerdo con el artículo 29 de nuestra Constitución Política, pues señala que el ajuste de las tomas preexistentes es al acto que se juzga.

Lo anterior y conforme a la decisión dada por este despacho, pues este viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien sin haberse participado en el trámite del traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación, esto es con base a que no se tuvo en cuenta el momento de proferir la sentencia el tan importante el principio de la relatividad jurídica esto en torno a que Colpensiones es un tercero en el este asunto y es de recordar que los actos jurídicos como se mencionó En principio, pues tienen un efecto interparte y que en consecuencias, pues, y las consecuencias que se derivan de esta celebración, de este acto jurídico, pues solo deben de repercutir sobre las partes involucradas, por lo cual es de tenerse en cuenta honorables magistrados que la entidad a la que representó pues en ninguna manera puede ser ni favorecida ni mucho menos perjudicada de la celebración de este contrato entre la AFP Colfondos y aquí la accionante.

Finalmente, dicho lo anterior, pongo a su consideración honorables magistrados en este asunto, la administración colombiana de pensiones Colpensiones, pues resulta lesionada con la decisión adoptada por este despacho, esto en cuanto a la afectación del equilibrio, la sostenibilidad financiera sistema consagrada en el artículo 48 de nuestra Constitución Política igualmente reitero a los honorarios magistrados que el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, el cual hace una prohibición expresa que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaran diez años o menos para cumplir la edad y tener derecho a la pensión de vejez.

Ahora bien, en caso de que se llegase a confirmar esta decisión por parte del honorable tribunal, ruego se mantenga la condena impuesta a la AFP Colfondos en el entendido que esta debe reintegrar la totalidad de las cotizaciones que recibió Esto es los recursos de la cuenta individual, las cuotas abonar, rendimiento, bonos pensionales, cuotas de seguros provisionales, cuotas de administración y demás a que diera el lugar. Asimismo, solicito a los honorarios magistrados que se adiciona la sentencia a la de la condena impuesta a la entidad que represento con una obligación de hacer a favor del demandante, que se condicione el previo cumplimiento de las obligaciones que se imponga que se imponga a la AFP Colfondos, en el entendido que Colpensiones no podrá dar cumplimiento de la sentencia hasta tanto la AFP Colfondos pues integre los recursos a mi representada y de esa manera actualice la información de la demandante en la respectiva base de datos. De esta manera, señora Juez, dejo por sentado mi recurso de apelación, muchísimas 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 de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (páginas 4 y 5, Archivo 1 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (página 5 ibidem), aspirando principalmente se declare la ineficacia y nulidad de la afiliación al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., en consecuencia se condene a la AFP a trasladar los aportes al RPM, se ordene a Colpensiones a recibirlos, se condene al pago de gastos procesales 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 traslado de régimen pensional realizado por la actora el 12 de mayo de 1994, ordenando a COLFONDOS la devolución a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos y demás rubros que posee la actora en su cuenta de ahorro individual debidamente indexados; y a COLPENSIONES aceptar su traslado y a recibir el monto de los conceptos anteriores, así como a actualizar su historia laboral. Lo anterior tras considerar que la AFP demandada, no cumplió con la carga probatoria de demostrar el suministro de la información suficiente a la accionante al momento en que se realizó el traslado de régimen, destacando que dicha carga probatoria se impone a esta AFP demandada en aplicación del criterio sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción, sin el que el formulario de afiliación fuera suficiente para el cumplimiento de tal fin.**

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 18 de abril de 1971 (pág. 15 Archivo 1 expediente digital), por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2028, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 29 de abril del 2022 (Pág. 4420 ibidem), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional-tenía 51 años-; de otra parte, se tiene, la actora 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 8.14⁴ semanas (*Historia laboral expedida por Colpensiones Archivo 1 pág. 16*), 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

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 mayo/2022

ACTUALIZADO A: 17 mayo 2022

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento: Cédula de Ciudadanía

Número de Documento: 52075825

Nombre: ANGELA HERNANDEZ

Dirección: CR 16A 79 33

Estado Afiliación: Asignado al RAI por Decreto 3995/2008

Fecha de Nacimiento: 18/04/1971

Fecha Afiliación: 12/11/1993

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
1002803099	IMPRESANDES S.A.	12/11/1993	07/01/1994	\$107.675	8,14	0,00	0,00	8,14
860047472	AYUDA TEMPORAL Y ASE	01/08/1997	30/09/1997	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
860047472	AYUDA TEMPORAL Y ASE	01/11/1997	30/11/1997	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:								8,14

obrantes en el proceso, acaeció el **12 de mayo de 1994, con fecha de efectividad a partir del 1° de junio de ese año** (págs. 20 y 21 Archivo 11), por afiliación que hiciera a COLFONDOS S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

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

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar

que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias».

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia CSJ SL1948-2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional,

razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8

“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».

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 desfavor de los consumidores financieros (...).».

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante (*Audiencia del 28 de agosto del 2023, Récord: 8:38*), no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado, pues tan solo expresó que el asesor de COLFONDOS le dijo que debía

cambiarse a un fondo privado porque el ISS se iba acabar y podía perder la pensión.

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

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. (página 21, Archivo 11 expediente digital), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la 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 COLFONDOS S.A. proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia

expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar	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 COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (12 de mayo de 1994, efectivo el 01 de junio de 1994) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-201, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios

antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Aunado a lo anterior, en relación con el principio de la relatividad jurídica apelado por Colpensiones, 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 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 accionante, la transferencia de las cotizaciones y todos los costos cobrados por administración, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, con los respectivos frutos e intereses, debidamente indexados y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera que se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, se adicionará el ordinal tercero del fallo de primer grado, en cuanto a que, COLFONDOS además de los gastos de administración, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales con los respectivos intereses, **deberán retornar** las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁷ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁸, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

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.

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

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

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

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

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la

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

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

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

Por otro lado, conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del 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 SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁹, a favor de quien se surte la consulta (página 262, *Archivo 10 expediente digital*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Frente a la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de la AFP demandada, 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.

Al epílogo conviene agregar una glosa a la temática en estudio, a raíz del comunicado de prensa número 13 del 12 de abril del 2024 expedido por la Corte Constitucional en referencia a la SU-107 del 2024 en punto a estimar que no tiene fuerza vinculante conforme lo asienta la propia Corte Constitucional en Auto No. 201 del 2013 así:

“...7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole¹⁰. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional¹¹, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”¹² y, precisamente, en

⁹ Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 17 de marzo del 2023 (*Archivo 12 expediente digital*).

¹⁰ Ver, al respecto, el auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

¹¹ Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992, posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

¹² Acerca de la facultad de la Corte Constitucional para regular lo referente a las condiciones de publicidad de sus sentencias es útil la consulta de los Autos 152 B de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y 028 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”¹³.

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”¹⁴. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”¹⁵.

Del mismo modo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A del 4 de febrero del 2016 Radicación número 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) se indicó:

“Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación... el presidente del máximo tribunal constitucional expide los comunicados de prensa con el fin de poner en conocimiento de la comunidad las decisiones adoptadas y con ello de los cambios que implican en el ordenamiento jurídico. No obstante, al no ser la sentencia misma la que se publica no produce efectos jurídicos... se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni reemplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991... si bien es cierto a través del citado comunicado se informó sobre la Sentencia de Unificación SU-556 del 14 de julio del 2014, también lo es que, como quedó antes expuesto, dicha publicación no produce efecto vinculante ni jurídico alguno, pues no reemplaza la notificación... De esta forma, al Tribunal no podía exigírsele la aplicación de una sentencia que no producía efectos para el momento en que de adoptó la decisión que ahora se debate... En ese orden, no se advierte el desconocimiento del precedente judicial alegado”

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.

¹³ Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 12 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴ “Que en las condiciones anotadas, es claro que existe una evidente diferencia entre el comunicado que busca satisfacer, con prontitud, el interés de la opinión pública de obtener información y la sentencia “documentada y firmada” que, además, “da cuenta de su contenido así como del número y nombre de los magistrados que la adoptaron, por haber sido quienes intervinieron en la deliberación y decisión respectiva”. Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

¹⁵ Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

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

RESUELVE

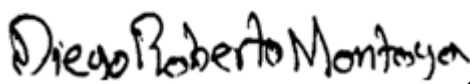
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a COLFONDOS S.A., devolver a COLPENSIONES además de lo ordenado por la Juez de primer grado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía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

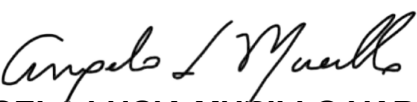
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA 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 OMAR RAFAEL
CORREA HEREDIA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. (RAD. 13 2023 00083
01).**

Bogotá D.C. treinta (30) de abril 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, contra la sentencia proferida por la Juez 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de noviembre del 2023 (*14 Audiencia Virtual, expediente digital récord 43:31*), en la que se resolvió:

“PRIMERO. *Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que hiciere el señor Omar Rafael Correa Heredia a Colfondos, el 6 de julio de 2001, por las razones antes expuestas.*

SEGUNDO: *Condenar a Colfondos a devolver a Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, así como los aportes al fondo de pensión de garantía de pensión mínima, por lo expuesto precedentemente.*

TERCERO: *Condenar a Colpensiones a tener como afiliado al demandante, a recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar su Historia Laboral, conforme a lo antes visto.*

CUARTO: *Declarar no probadas las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa del fallo.*

QUINTO: Condenar en costas a Colfondos, en favor de la demandante, incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia, la suma de \$1.200.000.

SEXTO: Por haber sido condenada Colpensiones y fungir la Nación como garante, remitir el proceso en consulta en su favor.

SÉPTIMO: Remitir copia de esta sentencia por secretaria a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.”

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES¹ (14 Audiencia Virtual, expediente digital récord 44:55) la apeló manifestando que el traslado de régimen realizado por el actor en el año 2011 debe presumirse como totalmente válido, puesto que no fue demostrado a cabalidad por la parte actora que existiera dicha falta al deber de información por parte de la AFP COLFONDOS en el momento en que se realizó el traslado de régimen, encontrándose probado, por el contrario, que el demandante permaneció por más de 20 años afiliado al RAIS por su propia voluntad y sin ejercer ninguna acción tendiente a volver al régimen de prima

¹ Muchas gracias, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación frente al fallo.

Sea lo primero reiterar que el traslado de régimen realizado por el actor en el año 2001 debe presumirse como totalmente valido puesto que no fue demostrado a cabalidad por la parte actora que dicha tal falta del deber de información por parte de la AFP del RAIS, encontrándose probado por el contrario que el demandante ha permanecido por más de 20 años en el RAIS por su propia voluntad y sin ejercer acción alguna tendiente a volver al régimen de prima media en el tiempo en que esto le era legalmente permitido, así como tampoco se evidencia que hubiese tenido acciones o intenciones de indagar sobre la pertinencia de ventajas o desventajas de permanencia en el RAIS.

De otra manera, se aclara que si bien es cierto el demandante solicito ante Colpensiones el retorno al régimen de prima media, no es menos cierto que para la fecha de dicha solicitud en el año 2022 el actor ya contaba con 60 años de edad y por ende se encontraba inmerso en la prohibición legal de traslado de régimen contemplada en la ley 797 de 2003.

Así mismo, se tiene que el actor el 1 de abril del 94 no contaba con 15 años de servicio cotizados para ser beneficiario del régimen de transición y por ello tampoco le resulta aplicables las sentencias de la Corte Constitucional que establecen la posibilidad de traslado al régimen de prima media sin restricción en el tiempo.

Aunado a lo anterior, solicito se tenga en cuenta lo dispuesto en la sentencia C 1024 de 2004 y en la SU 130 de 2013, las cuales indican que en materia de traslado nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados a este esquema dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría, esto teniendo en cuenta que la declaratoria injustificada de ineficacia de un afiliado del régimen de prima media al RAIS, se afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental de la seguridad social de los demás afiliados.

Igualmente solicito se tenga en cuenta lo dispuesto en la sentencia T 489 de 2010 en la cual se precisa que no se puede permitir la descapitalización del fondo con personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento cuando le faltan ya 10 años o menos para concretar la edad en su pensión de vejez a beneficiarse de un ahorro comunitario y accediendo a una pensión, cuyo pago desfinancia el sistema, pues desde una perspectiva social se contraria a la que se abandona el valor de la justicia material al permitir que personas que no han contribuido con las cotizaciones y rendimientos de los fondos pensionales entren a beneficiarse y subsidiarse a costa de las cotizaciones y riesgos asumidos por otros cotizantes sino por ellos mismos.

De acuerdo con lo anterior, de manera respetuosa solicito se conceda el recurso de apelación al considerar que el traslado de régimen realizado por el actor en el año 2001 es totalmente valido y eficaz y que es imposible para Colpensiones recibir al demandante en el régimen de prima media al encontrarse en la prohibición legal de traslado de régimen de la ley 797. Muchas gracias.

media en el tiempo en que le era legalmente permitido, así como tampoco se evidencia que haya realizado acciones tendientes a indagar sobre la pertinencia, ventajas, desventajas y características de trasladarse al RAIS y permanecer en dicho régimen.

De otro lado, agregó, si bien es cierto, la demandante solicitó ante COLPENSIONES, el retorno al Régimen de Prima Media no es menos cierto que para la fecha de dicha solicitud, en el año 2022 ya contaba con 60 años de edad y por ende se encontraba inmerso en la prohibición legal de traslado de régimen contemplado en el literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Asimismo, adujo al 1º de abril del 1994 no contaba con 15 años de servicios cotizados para hacerse beneficiario al régimen de transición y, por ende, tampoco le resultan aplicables las sentencias de la Corte Constitucional que establece la posibilidad del traslado sin restricción en el tiempo.

Aunado a lo anterior, solicitó se tenga en cuenta lo dispuesto en las sentencias C-1024 de 2004 y SU-130 de 2013, de la Corte Constitucional que en materia de traslado manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría, esto, en el entendido que una declaratoria injustificada e ineficacia de traslado de un afiliado que se pasó del régimen de Prima media al RAIS, afecta a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y de paso, pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de aquellos afiliados que si venían cotizando durante toda su vida, durante largos periodos al régimen de prima Media.

Indicó, en la sentencia T-489 de 2010, se precisa que no se puede permitir la descapitalización del fondo cuando personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento cuando ya les faltan 10 años o menos para concretar su edad mínima de pensionarse por vejez, vienen a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión cuyo pago desfinancia el sistema y para la cual no aportaron, pues desde una perspectiva social, con estas acciones se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material si se permite que personas que no han contribuido con los aportes y rendimientos de determinados fondos pensionales puedan entrar a beneficiarse y a

subsidiarse de los mismos a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otros afiliados.

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 (págs. 3 y 4, archivo 01), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (págs. 1 y 2, ibidem), aspirando se declare ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada a COLFONDOS S.A., en consecuencia se condene a dicha AFP a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades sin aplicar ningún descuento, se condene a Colpensiones activar su afiliación, a recibir la totalidad de los aportes a pensión, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado que hiciera el demandante a la AFP COLFONDOS el día 6 de julio del 2001 y se le condenó a devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, así como los aportes al fondo de pensión de garantía de pensión mínima, se condenó a COLPENSIONES a tener como afiliada a la actora y a recibir los dineros actualizando su historia laboral y se condenó en costas a la demandada COLFONDOS en favor de la demandante. **Lo anterior tras considerar que**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, las demandadas no lograron acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.**

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se

estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 25 de marzo de 1962 (*Archivo 10 expediente administrativo*), por lo que los 62 años de edad los alcanzará el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y COLFONDOS el 8 y 9 de noviembre del 2022 respectivamente (*Páginas 102,103 y 105 a 107, ibidem*) esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con **342.29** semanas cotizadas al sistema³ (*Páginas 53 y 54, archivo 7 historia laboral*

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

³

RESUMEN HISTORIA LABORAL					
Nit/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta
P 1007100061	FLOTA AGUILA LTDA	LABORAL	ISS	11/06/1987	29/02/1988
P 1007100061	FLOTA AGUILA LTDA	LABORAL	ISS	01/03/1988	28/05/1989
P 1007100061	FLOTA AGUILA LTDA	LABORAL	ISS	23/08/1989	31/12/1990
P 1007100061	FLOTA AGUILA LTDA	LABORAL	ISS	01/01/1991	28/02/1991
P 1007100061	FLOTA AGUILA LTDA	LABORAL	ISS	01/03/1991	10/07/1992
P 1000105022	FLORES ALTAMIRA S.A.	LABORAL	ISS	15/07/1992	31/10/1993
P 1000105022	FLORES ALTAMIRA S.A.	LABORAL	ISS	01/11/1993	07/02/1994
P 1000105022	FLORES ALTAMIRA S.A.	LABORAL	ISS	08/02/1994	30/09/1994

válidas para bono), 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.

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 **6 de julio del 2001** con fecha de efectividad a partir del **01 de septiembre del 2001** (Páginas 26 y 55, archivo 07 del expediente digital), específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario suscrito con la AFP COLFONDOS.

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,

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
2396	342.29	0	0.00	0	0.00	4803	686.14	0	0.00	0	0.00

<https://www.bonospensionales.gov.co/BonosPensionales/jsp/Principal.jsp>

Resumen Historia Laboral											
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS:	2396	SEMANAS:	342.29	DIAS:	4803	SEMANAS:	686.14				

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

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

1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba

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

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

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

que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la 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 más

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

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando

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.

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que a la empresa en la que laboraba para el año 1994, asistió un asesor de COLFONDOS S.A, quien hizo una reunión individual en la que explicó que el ISS se iba a acabar, que en los fondos privados iban a tener una mayor pensión y podrían pensionarse de manera anticipada, no obstante, señaló que no le indicaron especificidades del RAIS, pues no conocía que era el bono pensional, la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios.

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.

⁶ Interrogatorio Demandante, récord 14:44, archivo 14

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado COLFONDOS S.A. 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, 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 S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (6 de julio del 2001, efectivo 1 de septiembre del 2001), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar en punto a la apelación de COLPENSIONES, 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.

Con relación al hecho de permanecer en el RAIS por mucho tiempo, a la que se ha hecho referencia por COLPENSIONES en su apelación -20 años-, 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 al demandante al momento de su traslado no fue acreditada por la AFP COLFONDOS, razón por la cual no se puede entender como una ratificación de la voluntad de permanecer en el RAIS, como lo sugiere en la alzada

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

(comisiones) y 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 debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión adicionará el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que COLFONDOS S.A. -además de lo ordenado por la Juez *a quo*- deberá retornar las **primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁷ junto con los demás conceptos ordenados 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.

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

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

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 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)”.

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁹ (Página 25, archivo 09 del expediente digital) entidad a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

⁹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 22 de septiembre de 2023, archivo 11 del expediente digital.

Al epílogo conviene agregar una glosa a la temática en estudio, a raíz del comunicado de prensa número 13 del 12 de abril del 2024 expedido por la Corte Constitucional en referencia a la SU-107 del 2024 en punto a estimar que no tiene fuerza vinculante conforme lo asienta la propia Corte Constitucional en Auto No. 201 del 2013 así:

“...7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole¹⁰. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional¹¹, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”¹² y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”¹³.

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”¹⁴. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”¹⁵.”

Del mismo modo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A del 4 de febrero del 2016 Radicación número 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) se indicó:

¹⁰ Ver, al respecto, el auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

¹¹ Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992, posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

¹² Acerca de la facultad de la Corte Constitucional para regular lo referente a las condiciones de publicidad de sus sentencias es útil la consulta de los Autos 152 B de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y 028 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

¹³ Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 12 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴ “Que en las condiciones anotadas, es claro que existe una evidente diferencia entre el comunicado que busca satisfacer, con prontitud, el interés de la opinión pública de obtener información y la sentencia “documentada y firmada” que, además, “da cuenta de su contenido así como del número y nombre de los magistrados que la adoptaron, por haber sido quienes intervinieron en la deliberación y decisión respectiva”. Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

¹⁵ Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

“Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación... el presidente del máximo tribunal constitucional expide los comunicados de prensa con el fin de poner en conocimiento de la comunidad las decisiones adoptadas y con ello de los cambios que implican en el ordenamiento jurídico. No obstante, al no ser la sentencia misma la que se publica no produce efectos jurídicos... se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni remplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991... si bien es cierto a través del citado comunicado se informó sobre la Sentencia de Unificación SU-556 del 14 de julio del 2014, también lo es que, como quedó antes expuesto, dicha publicación no produce efecto vinculante ni jurídico alguno, pues no reemplaza la notificación... De esta forma, al Tribunal no podía exigírsele la aplicación de una sentencia que no producía efectos para el momento en que de adoptó la decisión que ahora se debate... En ese orden, no se advierte el desconocimiento del precedente judicial alegado”

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

R E S U E L V E

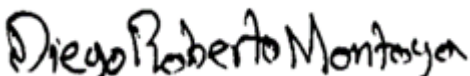
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que COLFONDOS -además de lo ordenado por la Juez *a quo*- deberá retornar a COLPENSIONES las **primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, todo debidamente indexado** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, conforme lo considerado.

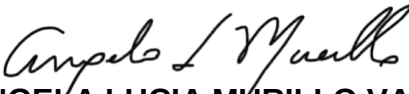
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia 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 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 FABIO ANTONIO LUNA
CUELLAR CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A., AFP COLFONDOS S.A. Y AFP
PORVENIR S.A. (RAD. 14 2021 00304 01)

Bogotá D.C. treinta de (30) de abril 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 el fin de resolver los
recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP COLFONDOS S.A. y
COLPENSIONES, como también el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta
última en contra la sentencia proferida por la Juez 14 Laboral del Circuito de Bogotá
el día 12 de febrero de 2024¹, en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo el demandante
señor FABIO ANTONIO LUNA CUELLAR del régimen de prima media al régimen de
ahorro individual con solidaridad, señalando como consecuencia de esta declaración
que ningún efecto jurídico surtió el acto de traslado por él y, por tanto, siempre
estuvieron afiliados al régimen de prima media con prestación definida administrado
actualmente por Colpensiones.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. donde se encuentra vinculados
actualmente el demandante FABIO ANTONIO LUNA CUELLAR a trasladar a
Colpensiones todos los saldos depositados en sus cuentas individuales de ahorro sin
descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, prima de seguros
previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía
de pensión mínima, mismos que deben retornar debidamente indexados hacia
Colpensiones, y por el tiempo en que permanecieron a ellos vinculados cada uno de
los demandantes. Obligación que también se impone a COLFONDOS y
PROTECCIÓN, por el tiempo en que permaneció vinculado el demandante.

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

CUARTO: CONDENAR en cosas de esta acción a las demandadas, oportunamente
se tazarán.”

¹ Expediente digital, archivo número 31, Link de audiencia récord: 15:10 a 51:35.

Inconforme con la anterior decisión y como se expuso previamente, los apoderados judiciales de la AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES sustentaron sus recursos de alzada en los siguientes términos:

La representación de la AFP COLFONDOS S.A. señaló estar inconforme puntualmente con la condena impuesta, por cuanto el demandante al momento de afiliarse a esta administradora contó con toda la información necesaria para acceder al traslado de manera libre y voluntaria. Resaltó el hecho que el accionante haya permanecido afiliado en el RAIS por más de 10 años, realizando traslados horizontales permite inferir su decisión de permanecer el régimen de ahorro individual.

En igual sentido solicito se modifique la sentencia recurrida y en su lugar se absuelva de trasladar los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales, argumentando que dichas sumas son descontadas en ambos regímenes y no corresponden a un capital que esté destinado a financiar una pensión, cobros que no ingresaron al patrimonio de esta demandada.²

² Expediente digital: Archivo número 31, Link de audiencia, récord: 58:00 a 01:02:21.
Recurso de apelación AFP COLFONDOS S.A.:

Gracias su señoría, me permito presentar respetuosamente recurso de apelación contra los numerales tercer y cuarto de los procesos bajo el radicado 37 de 2022 y 304 de 2021, atendiendo a que considero que no se encontraban llamadas a prosperar las pretensiones del demandante, en cuanto a que considero que en el proceso con radicado 37 del 2022, perdón 304 del 2021 el demandante contó con toda la información para acceder a el traslado libre y voluntario, debe tenerse en cuenta en este caso que si bien Colfondos fue el primer fondo al cual se trasladó el demandante, el mismo brindó toda la información necesaria para que escogiera el régimen de ahorro individual.

De igual forma permaneció afiliado al régimen de ahorro individual por más de 10 años realizando varios actos de traslado que permitieron que se materializará su decisión de permanencia en el régimen de ahorro individual, en este caso en específico debe tenerse en cuenta que el demandante en el interrogatorio de parte mencionó o dejó claro que los actos de relacionamiento que hizo entre los fondos privados fueron por una conveniencia con el bono pensional, tal como lo mencionó como me como dije anteriormente en el interrogatorio de parte y de esta forma queda claro que ya intervino una voluntad o un acto voluntario por parte del demandante para pertenecer afiliado al régimen de ahorro individual.

(...) En ambos procesos también se solicitó que se han modificada sentencia, en el sentido de que no se ordenen la devolución de los gastos de administración y la prima de seguro previsional, teniendo en cuenta que dichas sumas o dichos porcentajes son descontados en ambos regímenes y en ningún caso corresponde a un capital destinado para financiar la pensión, razón por la cual la no devolución de este concepto no afecta el monto de la pensión del afiliado en el régimen de prima media con prestación definida, que por el contrario dichos gastos devueltos ingresan al fondo común del régimen de prima media sino que son recibidos por Colpensiones y por tanto aumentan su patrimonio, no siendo un argumento correcto que este indemniza algún perjuicio al demandante a los demandantes en este caso.

En cuanto a las pólizas previsionales que son contratadas por las AFP en beneficio y provecho de los afiliados, estas fueron recaudadas por la AFP pero dichos recursos no ingresan al patrimonio de la administradora y, por lo anterior es improcedente que la AFP regrese unos recursos que ya nunca ha recibió. Por tanto, solicito el honorable tribunal que se ha modificado revocado estos numerales de la sentencia proferida por el juzgado 14 laboral del circuito de Bogotá y en su lugar se absuelva a mi representada Colfondos a la devolución de gastos de administración y de cuotas de seguros previsionales. Muchas gracias su señoría.

Por su parte la representación de COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia recurrida y en su lugar se absuelva a esta entidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte demandante, en razón a que el demandante no probó el engaño sufrido por parte de las administradoras del RAIS. Por el contrario con los formularios de afiliación obrantes en el expediente se logró demostrar que el demandante bajo la gravedad de juramento manifestó que realizó el traslado de régimen libre de presiones, por su propia voluntad y con el lleno de los requisitos legales; sin que en su momento hubiese exteriorizado su voluntad de retractarse. Razones por las cuales no podía ordenarse su traslado al RPMPD.

Igualmente señaló que no obra pruebas que al demandante se le hubiera causado un vicio en su consentimiento como error, fuerza o dolo, al no reflejarse nota de protesta o infirmitad en los formularios de afiliación, si no que por el contrario, se encuentran acorde a derecho y se hizo de manera libre y voluntaria por parte del actor.³

³ Expediente digital: Archivo número 31, Link de audiencia, récord: 01:02:27 a 01:07:10.
Recurso de apelación COLPENSIONES:

“Gracias su señoría, teniendo en cuenta las sentencias condenatorias de primera instancia proferidas por el honorable juzgado 14 laboral de circuito judicial de Bogotá, me permitió interponer y sustentar recurso de apelación en los procesos con radicado 2021 304, 2022 37 y 2020 354. En las sentencias el juzgado ordenó declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS de los accionantes Fabián Antonio Luna Cuellar, el señor Luis Libardo Herrera y el señor Bernardo Banda Mora, en su lugar tenerlos como afiliados al régimen de prima media con prestación definida; junto con el traslado por parte de las AFP demandas de todos los aportes, cotizaciones frutos, rendimientos entre otros conceptos causado en su cuenta de ahorro individual.

Al respecto me permito manifestar que la administradora Colombiana de pensiones no comparte tal 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 los accionantes y recibió por parte de los fondos privados, así como la falta de información al momento de las asesorías. Al ser este asunto probatorio donde Colpensiones no tiene documentos o conoció en su momento de la mencionada asesoría recibida por los accionantes queda sujeto a aquello que las AFP del RAIS logren demostrar, respecto a su correspondiente gestión. Lo anterior acorde con el estatuto del consumidor leyes decretos que regulan la filiación de los particulares el sistema de régimen de ahorro individual con solidaridad.

No obstante lo anterior, si se llegan a revisar formularios de afiliación y traslado firmados por los demandantes suscritos bajo la gravedad del juramento en los mismos se encuentran a manifestación expresa de que lo hicieron libre de apremios y por su propia voluntad, por tanto la afiliación de señores Fabio Antonio Luna Cuéllar, Luis Libardo Laverde Herrera y Bernardo Banda Mora al RAIS lo hicieron con el lleno de 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.

Asimismo dentro de los expedientes no obra prueba alguna que efectivamente a los demandantes se les hubiese hecho incurrir en falta al deber de información por parte de las AFP o que se estén presencia de un vicio del consentimiento como lo es el error, fuerza o dolo. Así mismo no se evidencia entre los formularios de afiliación nota de protesta 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 encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre coerción o presiones indebidas.

Visto los hechos de las demandas es fácil concluir que no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto, que es el contrato celebrado entre los hoy demandantes y las AFP accionadas, por no tratarse de un error o nulidad que afecte la validez del acto y lo condena a su anulación la decisión judicial.

De lo anterior se deduce que si la decisión libre y voluntaria y sin presiones en las oportunidades legales los demandantes nunca manifestaron su deseo retractarse las afiliaciones al RAIS por ende deben asumir las consecuencias legales que tales decisiones que no fueron otras más que regirse por las normas, procedimientos

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda⁴ las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo⁵, aspirando se declare la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida a la AFP PROTECCIÓN S.A. y, los traslados realizados posteriormente de manera horizontal a la AFP COLFONDOS S.A. y AFP PORVENIR S.A. respectivamente, ordenándose a la AFP PORVENIR S.A. (administradora a la que se encuentra afiliado actualmente) a trasladar al RPMPD administrado por Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación tales como aportes o cotizaciones obligatorias y voluntarias, bonos pensionales, junto con sus respectivos frutos, intereses, rendimientos, así como los gastos de administración, comisiones y primas de seguros, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado.

Igualmente solicitó se condene a las AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a devolver y trasladar a COLPENSIONES sin deducción alguna, la totalidad de los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, rendimientos y los gastos de administración cobrados durante su permanencia en cada una de estas administradoras. Ordenándole a Colpensiones aceptar y activar su afiliación en RPMPD sin solución de continuidad incorporando y actualizando para el efecto su historia laboral. Costas procesales y demás derecho que resulten probados bajo las facultades *extra y ultra petita*.

y requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual con solidaridad. De modo que no es procedente alegar después de tanto tiempo que fueron engañados solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas, esto significa que la vinculación a la administradora del RAIS se ajustó a la ley y goza de plena y total validez.

Es de concluir entonces que los accionantes en sus pretensiones se fundan en los argumentos en el hecho de haber sido engañados por los asesores de los fondos privados a los cuáles han estado afiliados con lo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1516 del Código Civil y el 167 del código general del proceso, le correspondía a la carga de probar dicha afirmación lo que brilló por su ausencia en las en los presentes casos.

Centrándonos en los hechos y las pretensiones de los señores Fabio Antonio Luna Cuéllar, Luis Libado Laverde Herrera y el señor Fernando Banda Mora, se tienen que estas no están llamados a prosperar por cuanto carecían de la reunión total de exigencias y rigurosidades que establece la ley para retornar del RAIS al RPM. Por lo anterior, con la anterior solicito muy respetuosamente al honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral que revoque las creencias proferidas en primera instancia entre los radicados 2021 304, 2022 77 y 2000 20354 y en su lugar se absuelva Colpensiones de todas y cada una de las condenas.”

⁴ Expediente digital, archivo 04, páginas 4 y 5.

⁵ Ibidem página 1 a 4.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS y, en consecuencia, se ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor tales como gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, mismos que deben retornar debidamente indexados hacia Colpensiones, y por el tiempo en que permaneció vinculado el demandante. Condena que en igual sentido se impuso a las AFP COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. por el tiempo en que permaneció vinculado el demandante.

Consideración a la que arribo la Juez de primer grado con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y al señalar que la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

Expuesto lo anterior, para resolver la controversia planteada es menester precisar que 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 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 por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002⁶.

Así las cosas, dentro de la documental visible en el expediente obra copia del documento de identidad del actor de donde se extrae que su fecha de nacimiento fue el día 03 de septiembre de 1963⁷, por lo que la edad de 62 años la cumplirá el mismo día y mes del año 2025 procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el día 05 de mayo de 2021⁸, esto es, cuando ya se encontraba inmerso en prohibición antes referida, por cuanto le faltaban menos de

⁶ “ (...) 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(...) ”.

⁷ Expediente digital, archivo 03, página 152.

⁸ Ibidem, página 160.

10 años (más exactamente 4 años) para cumplir el requisito de edad para adquirir su derecho pensional y, de otra parte no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994) pues para esa data según las probanzas incorporadas en autos apenas había cotizado al sistema de seguridad social en pensión un total de 212.57 semanas⁹, por lo que no se encontraba inmerso en la excepción prevista en la mencionada sentencia C-789 de 2002 para poder 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 parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al RPMPD la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de este régimen al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso acaeció el **11 de agosto de 1997** con fecha de efectividad a partir del **01 de octubre de 1997**¹⁰ por afiliación que hiciera inicialmente el señor FABIO ANTONIO LUNA CUELLAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., conforme 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 que 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 le reportaría, pues 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 especialidad 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 sin lugar a duda alguna las consecuencias de una decisión de tal envergadura.

⁹ Expediente digital, archivo 08, página 52.

Impresión de agenda, del 01/01/2013, página 1

¹⁰ Ibidem, página 49

Frente al tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 12136 radicación No. 46.292 de 2014¹¹, 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» (SL 1688 de 2019)¹².

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 este 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 extunc¹³ en los términos del artículo 1.746 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 ya citada Corte en sentencia SL 2877 de 2020¹⁴ lo siguiente:

«(...) 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).

¹¹ M.P. Doctora ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

¹² M.P. Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

¹³ Al tema puede consultarse la sentencia SL 2877 de 2020 y SL 4875 de 2020.

¹⁴ M.P. Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

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».*

De igual manera esta alta Corporación en sentencia SL 1948 de 2021¹⁵ 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» (SC 3201-2018).]

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

¹⁵ Ibidem.

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 SL 1688-2019, reiterada en CSJ SL 3464-2019, y especialmente la CSJ SL 4360-2019)».

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 nuestro órgano de cierre 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 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 cada uno de los regímenes 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 a la AFP PROTECCIÓN S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia expuesto entre otras en las sentencias con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011¹⁶, radicación No. 31989 del 9 de septiembre de

¹⁶ “(...) 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.

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, 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.

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente y en esa dirección advierte la Sala que el juicio valorativo respecto al cumplimiento del deber de información no se agota con la sola firma del formulario de afiliación, por consiguiente 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.

Siendo oportuno destacar que de las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante¹⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor le señaló que en el régimen de ahorro individual había mejores rendimientos de sus ahorros como también tendría derecho a un bono pensional, destacando la omisión de información respecto de las consecuencias de su traslado en ese momento.

Nótese que de lo relatado por el demandante tampoco es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que las AFP demandadas hayan cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

A efecto de zanjar cualquier duda en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A.¹⁸, se debe señalar que 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

¹⁷ Audiencia celebrada el día 31 de enero de 2024, archivo 28 del expediente digital récord: 06:40 a 21:51.

¹⁸ Expediente digital, archivo 09, página 42.

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 obligatorio que el fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A. proporcionará al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, la referida AFP 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.

Al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema ha precisado de forma insistente que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como “(...) *la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de *leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber.* (...) (CSJ SL 1055 de 2022)

Aquí también debe resaltar esta Sala que 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 SL 1688 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	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

	Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1.997 cuando se produjo el traslado del aquí demandante a la AFP PROTECCIÓN S.A. estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (11 de agosto de 1997), el deber de información para con el promotor del juicio en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y, en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014 ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Y en ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente y en consecuencia el traslado por parte de la AFP PORVENIR S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida se encuentra ajustado a derecho, 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, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados. Obligación que también se impuso a las AFP COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., por el tiempo en que permaneció vinculado el demandante

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 las AFP PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS deberán devolver a COLPENSIONES, además de lo ordenado por la *a quo* las **comisiones**, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

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

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

Ahora, en punto a la de apelación interpuesta por la AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES con relación al hecho de permanecer el demandante en el RAIS por más de 10 años, esta Sala de decisión se permite señalar a los recurrentes que como ya se refirió a lo largo de esta providencia la información que se le debía suministrar al demandante al momento de su traslado no fue acreditada por las administradoras del RAIS demandadas, 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 relación con la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsionales punto apelado por la AFP COLFONDOS, 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, 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, incluyendo las sumas de gastos de administración y primas de 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 SL 1421 de 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 (...).»*

En relación a la excepción de prescripción¹⁹ propuesta por COLPENSIONES²⁰, entidad a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Al epílogo conviene agregar una glosa a la temática en estudio, a raíz del comunicado de prensa número 13 del 12 de abril del 2024 expedido por la Corte Constitucional en referencia a la SU-107 del 2024 en punto a estimar que no tiene fuerza vinculante conforme lo asienta la propia Corte Constitucional en Auto No. 201 del 2013 así:

“...7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole²¹. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional²², en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”²³ y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”²⁴.

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y

¹⁹ Expediente digital, archivo 11, página 51.

²⁰ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto de fecha 26 de enero de 2024. Archivo 11 del expediente digital.

²¹ Ver, al respecto, el auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

²² Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992, posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

²³ Acerca de la facultad de la Corte Constitucional para regular lo referente a las condiciones de publicidad de sus sentencias es útil la consulta de los Autos 152 B de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y 028 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

²⁴ Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 12 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

firmada”²⁵. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”²⁶.

Del mismo modo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A del 4 de febrero del 2016 Radicación número 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) se indicó:

“Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación... el presidente del máximo tribunal constitucional expide los comunicados de prensa con el fin de poner en conocimiento de la comunidad las decisiones adoptadas y con ello de los cambios que implican en el ordenamiento jurídico. No obstante, al no ser la sentencia misma la que se publica no produce efectos jurídicos... se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni remplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991... si bien es cierto a través del citado comunicado se informó sobre la Sentencia de Unificación SU-556 del 14 de julio del 2014, también lo es que, como quedó antes expuesto, dicha publicación no produce efecto vinculante ni jurídico alguno, pues no reemplaza la notificación... De esta forma, al Tribunal no podía exigírsele la aplicación de una sentencia que no producía efectos para el momento en que de adoptó la decisión que ahora se debate... En ese orden, no se advierte el desconocimiento del precedente judicial alegado”

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.

²⁵ “Que en las condiciones anotadas, es claro que existe una evidente diferencia entre el comunicado que busca satisfacer, con prontitud, el interés de la opinión pública de obtener información y la sentencia “documentada y firmada” que, además, “da cuenta de su contenido así como del número y nombre de los magistrados que la adoptaron, por haber sido quienes intervinieron en la deliberación y decisión respectiva”. Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

²⁶ Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

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,

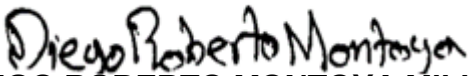
R E S U E L V E

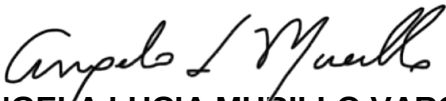
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para ordenar a **PORVENIR S.A.** devolver a **COLPENSIONES** además de lo ordenado por el Juez a *quo* las **comisiones** debidamente **indexadas** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente 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: 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 ANTONIA MARÍA TERESA BERMÚDEZ CÁRDENAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- (RAD. 16 2021 00559 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de abril 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 al recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, como también el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el día 12 de diciembre de 2023 (Expediente digital, archivo número 20 (audio), récord: 41:16), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora demandante ANTONIA MARÍA TERESA BERMÚDEZ CÁRDENAS identificada con cédula de ciudadanía Nro. 41.678.706, la suma única de veintinueve millones seiscientos ochenta y cinco mil quinientos sesenta y cinco pesos punto setenta y cuatro pesos (\$29.685.565,74) a título de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, que se basó en 877.71 semanas cotizadas entre el 24 de julio de 1976 y el treinta y uno 31 de enero de 2014. Suma que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el del 31 de diciembre de 2023 y como IPC final del mes anterior al que se efectúe el pago.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

TERCERO: SE CONDENA EN COSTAS a la demandada COLPENSIONES. Practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de Un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente como valor de las agencias en derecho.”

Inconforme con la anterior decisión y como se expuso previamente, el apoderado de COLPENSIONES¹ sustentó su recurso de alzada solicitando se revoque la decisión de primera instancia en razón a que los tiempos cotizados en Colpensiones deben ser contabilizados y por lo tanto reconocidos por el Fomag, quien reconoció el derecho pensional que actualmente disfruta la demandante, siendo entonces lo procedente solicitar la respectiva reliquidación de la prestación económica que hoy devenga la actora, por lo tanto no es la entidad demandada quien debe asumir el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Por último, solicita se revoque igualmente la condena impuesta por concepto de costas procesales en la medida que la entidad demandada no cuenta con los recursos para asumir dicha carga. (Expediente digital: Archivo número 20 (audio), récord: 42:53 a 45:10)

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 9 del archivo 1 del expediente digital) **las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo** (Página 8 ibidem), solicitando se ordena a COLPENSIONES reconocerle la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez sobre 876 semanas y las costas del proceso.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, por cuanto se condenó a Colpensiones a pagar en favor de la demandante la

¹ RECURSO DE APELACIÓN COLPENSIONES:

“Estando en la etapa procesal pertinente presento *recurso de apelación a la sentencia proferida por su honorable despacho conforme las siguientes razones: teniendo en cuenta que la pensión sustitutiva de pensión de vejez por los tiempos cotizados a la administradora deben ser tenidos en cuenta en el fondo donde fueron donde le fue otorgado la pensión que goza hoy la señora Antonia. En ese orden de ideas Colpensiones debería o sea la señora la señora Antonia la demandante debe solicitar la reliquidación de estas semanas al fondo donde se encuentra actualmente afiliada y donde está percibiendo su pensión de vejez. Puesto que la administradora colombiana de pensiones maneja pues como no tiene no hay un sustento fáctico porque permite acceder a las pretensiones de la demanda entonces y se le analizaron todos los todas las todas las pruebas que presentó y después de verificar esto el comité de conciliación en razón a que para Colpensiones no es dable dar esta pensión y en razón a que como se exponía esta debe ser reliquidada por el fondo actual el cuál es el FOMAG y estos recursos deben ser destinados al FOMAG no por Colpensiones, entonces su señoría solicito se revoque la sentencia que a la que fue condenada a la administradora colombiana de pensiones y se tenga en cuenta se revoque en su totalidad ya que pues en cuanto a las costas también Colpensiones no tiene recursos destinados para el*

suma de \$29.685.565,74 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez para cuya liquidación debía tenerse en cuenta 877.71 semanas cotizadas, suma que deberá ser canceladas debidamente indexada. Lo anterior, tras considerar el juez de instancia la inexistencia de incompatibilidad de la indemnización sustitutiva con la pensión reconocida por el Magisterio y encontrar satisfechos los presupuestos previstos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, declarando para el efecto no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada.

Así las cosas, se debe precisar que no fue motivo del debate jurídico la calidad de pensionada que ostenta la demandante tal y como puede verificarse del contenido de la resolución Nro. 3676 de fecha 26 de julio de 2013 expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio², de donde se extrae que se le otorgó a la demandante señora ANTONIA MARÍA TERESA BERMÚDEZ CÁRDENAS una Pensión Vitalicia de Jubilación a partir del 23 de febrero de 2012 en cuantía inicial de \$2.066.176.

De tal manera y descendiendo al caso de autos, se debe señalar que la defensa de Colpensiones en su contestación de la demanda como también en los actos administrativos expedidos por esta sostiene la incompatibilidad de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con la pensión de jubilación reconocida a la demandante por parte del Magisterio, razones por las cuáles el problema jurídico a resolver por esta sala será: i) ¿Se encuentra ajustada a derecho la decisión adoptada por el juez de primera instancia quien declaró procedente la indemnización sustitutiva a favor de la demandante, por evidenciarse el cumplimiento de los requerimientos estipulados en el artículo 37 de la ley 100 de 1993?, en caso de responderse negativamente el anterior interrogante, corresponderá establecer si ii) ¿Es incompatible el anhelo formulado por parte de la actora con la pensión de jubilación que le fuera reconocida por parte del Ministerio de Educación Nacional?

Previo a resolver los problemas planteados por esta Sala de decisión se debe señalar que no es materia de debate por así aceptarlo expresamente la

pago de las mismas y pues eh en este sentido su señoría dejo sentado mi recurso de apelación muchas gracias.”

² Expediente digital, archivo 01 pagina 41 y 42.

entidad demandada al momento de contestar el escrito introductor³ y verificable con la prueba documental arrimada al plenario⁴, el número de semanas cotizadas ante el extinto ISS hoy Colpensiones (877,71 semanas) y la respuesta negativa otorgada con ocasión del agotamiento de la reclamación administrativa a través de la resolución SUB 180496 de fecha 03 de agosto de 2021⁵, confirmada por medio de la resolución DPE 8699 del 06 de octubre de 2021.

Establecido lo anterior y en torno a resolver los planteamientos que anteceden, advierte la Sala desde este momento que no existe incompatibilidad para acceder a la prestación reclamada por encontrarse la demandante pensionada por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por las siguientes razones a saber:

En primer lugar, verificado el reporte de semanas cotizadas en pensiones a Colpensiones⁶ **no se advierten cotizaciones** de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. al régimen de prima media con el fin de subrogar el riesgo de vejez y conforme la resolución de reconocimiento de pensión de jubilación⁷ ésta se le otorgó a la demandante en razón a 20 años de servicios prestados como Docente de vinculación Nacionalizado, quien se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En segundo lugar, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó del Sistema Integral de Seguridad Social a los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (ello con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003) y dispuso que las prestaciones a cargo de dicho fondo serían compatibles con pensiones o cualquier tipo de remuneración. Marco legal se fundamenta en el hecho de que cuanto los afiliados al FOMAG prestan sus servicios como docentes no oficiales, están obligados a realizar cotizaciones a una Administradora de Pensiones para los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte conforme al artículo 17 de la Ley 100 de 1993, lo que les permite acceder a las prestaciones del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

³ Expediente digital, archivo 08 pagina 3 (hecho 2)

⁴ Expediente Digital, archivo 08, páginas 292 a 299 (Reporte de semanas cotizadas en pensión expedido por Colpensiones actualizado al 08 de abril de 2022)

⁵ Expediente digital, archivo 01 páginas 24 a 29.

⁶ Ver cita número 3.

⁷ Remitirse a la cita 1.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1127 de 2022⁸ al respecto indicó:

"(...)si bien el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 estableció el límite del régimen prestacional de los docentes oficiales hasta el 27 de junio de 2003 –fecha en que la ley fue publicada en el Diario Oficial-, pues quienes se vincularan a partir de ahí se regirían por las previsiones del sistema general de pensiones, tal disposición mantuvo el régimen exceptuado para quienes estaban vinculados con anterioridad a este cambio normativo, previsión que a su vez conservó el Parágrafo Transitorio 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005, que es justamente el caso del demandante.

De ahí que si el docente ingresó a laborar al servicio del Estado y particulares simultáneamente y con anterioridad a aquella fecha, estaba habilitado para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100 de 1993, con la posibilidad de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, según el caso y el régimen pensional que elija, independientemente de la pensión de jubilación que disfrute en el sector oficial. (...)"

Conforme a lo anterior, no ofrece duda que las pensiones de jubilación a cargo del FOMAG y las prestaciones a cargo de entidades administradoras de pensiones por periodos cotizados a éstas en actividad diferente a la de docente oficial son compatibles. Aunado a lo anterior, si bien el artículo 6º del Decreto 1730 de 2001 establece que las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez, esta incompatibilidad debe predicarse para aquellas prestaciones que sean reconocidas por la misma administradora de fondos de pensiones, situación que no se presenta en autos en tanto la pensión de jubilación que actualmente percibe la demandante se encuentra a cargo única y exclusivamente de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., información que se extrae de la misma resolución 3676 de 2013⁹.

Ahora, del expediente administrativo aportado por COLPENSIONES más exactamente del reporte de semanas cotizadas en pensión se evidencia que los aportes con los cuales eventualmente se va a reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez provienen de empleadores privados¹⁰, por lo que no obedecen a los tiempos que dieron lugar a la Pensión de Jubilación del Magisterio, tratándose por consiguiente de dos prestaciones que tienen diferente causa y fuente de financiamiento. Por lo anterior, es diáfano que la

⁸ M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

⁹ Ver cita 1.

¹⁰ Expediente Digital, archivo 08, páginas 292 a 293 (Reporte de semanas cotizadas en pensión expedido por Colpensiones actualizado al 08 de abril de 2022)

promotora del litigio logró acreditar tiempo de servicio o cotizaciones distintas a las que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión que hoy disfruta, no generándose por consiguiente y como ya se expuso incompatibilidad alguna.

En esta misma dirección, baste con señalar que tampoco podría generarse una vulneración a la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política¹¹ por cuanto los recursos pertenecientes a la seguridad social no son propiedad del Estado como los bienes y rentas de la Nación, por cuanto estos tienen una destinación definida al tenor de lo previsto en la ley 797 de 2003 artículo 2¹² y en esa medida tales recursos son de origen parafiscal¹³.

Por otra parte, dentro del recurso de apelación el apoderado de la demandada elabora un argumento referente al deber y/o posibilidad que tiene la demandante de acumular las cotizaciones en el Fondo de Prestaciones del Magisterio; no obstante, no se hizo referencia a ninguna disposición que así lo permita razón por la cual esta Sala de decisión y solo en gracia de la discusión entiende que su argumento podría tener fundamento en el artículo 31 del Decreto 692 de 1994¹⁴, que luego de su lectura se extrae que no es un imperativo legal sino una potestad que la ley le otorga a los docentes oficiales afiliados a aquel fondo (Fomag) para que elijan la opción que consideren más favorable a sus intereses, esto es, que: (i) los aportes adicionales se administren en el Fomag, o (ii) que sean gestionados en cualquiera de las administradoras del régimen de prima media o de ahorro individual con solidaridad. Al respecto puede consultarse la sentencia SL del 06 diciembre de 2001, rad. 40848, SL 3775 de 2021 en la que indicó está última:

¹¹ “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

¹² “los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenece a la Nación ni a las entidades que lo administren”.

¹³ Ver Sentencias SL del 19 de junio de 2008, radicado 28164; SL del 06 de diciembre de 2011, radicado 40848; SL 451 de 2013; SL 2649 de 2020; SL 4117 de 2020; SL 3775 de 2021; SL 1127 de 2022 y SL 1698 de 2022.

¹⁴ Artículo 31. Posibilidad de acumular cotizaciones en el caso de profesores. Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado.

(...) Una lectura desprevenida de la norma en cita, permite colegir que desde el título mismo del precepto se descarta la mentada «imperatividad» pregonada por la recurrente, pues lo que allí se establece, claramente, es una opción formulada en términos positivos, como un derecho y no como una imposición, que permite a los docentes oficiales afiliados al Fondo del Magisterio que cumplan la condición de recibir remuneraciones del sector privado, seleccionar la opción que consideren pertinente en relación con las alternativas que allí se plantean: i) que esos aportes adicionales se administren en el Fomag o, ii) que sean gestionados en cualquiera de las administradoras del régimen de prima media o de ahorro individual con solidaridad (...).” (Reiterada en la SL 1127 de 2022)

En ese orden de ideas, no cabe duda para esta Sala que le asiste derecho a la demandante al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva reclamada por el cumplimiento de los requisitos legales dispuestos para el efecto¹⁵; por cuanto cumplió 57 años de edad el día 22 de febrero de 2014¹⁶, no reunía el número de semanas de cotización exigidas para acceder a una pensión de vejez (únicamente cotizó 876.57 semanas)¹⁷ y, el 10 de abril de 2021 manifestó la imposibilidad de seguir cotizando¹⁸. Tal y como lo estableció el juez de instancia, otorgando de esta manera solución al primer problema jurídico a resolver.

En ese orden de ideas, no cabe duda para esta Sala que le asiste derecho a la demandante al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva reclamada por el cumplimiento de los requisitos legales dispuestos para el efecto tal como lo estableció el juez de instancia, otorgando de esta manera solución al primer problema jurídico a resolver.

Respecto de la condena al pago de costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, se debe señalar que el legislador 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 CGP, 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

¹⁵ Artículo 37 de la Ley 100 de 1993: “INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

¹⁶ Según se desprende de su documento de identidad, obrante en el expediente digital, archivo 01, página 45.

¹⁷ Según reporte de semanas de cotizadas en pensiones actualizado a 16 de abril de 2021, expedido por Colpensiones. Expediente digital, archivo 08, página 213.

¹⁸ Expediente digital, archivo 08, página 208

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 que la única valoración a tener en cuenta en este aspecto son los resultados del proceso, por lo que se confirma de igual manera la sentencia de primer grado en este aspecto.

Por último, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES¹⁹ (Expediente digital, archivo 08, páginas 04 y 08), entidad a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que conforme el criterio señalado por la Corte Suprema Justicia en sentencia SL 4559 de 2019²⁰ y reiterada en SL 5544 de 2019 el derecho a la indemnización sustitutiva es imprescriptible.

Referente al monto de la indemnización, ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 2° del Decreto 1730 de 2001²¹, el cual preceptúa que para determinar el monto de la indemnización se tendrán en cuenta la totalidad de semanas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993 para lo cual se empleará la siguiente fórmula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Dónde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el artículo 2.2.3.1.3. de este Decreto, sobre los cuales cotizó el afiliado a la

¹⁹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto de fecha 24 de octubre de 2023, archivo 17 del expediente digital.

²⁰ “Así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, y frente a la cuales esta Corte adoptó la teoría de la imprescriptibilidad, tampoco debe serlo la indemnización sustitutiva, en tanto, es un derecho de carácter pensional, pues comparte la característica básica de ser una garantía que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinada a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, según sea el caso. Desde tal perspectiva, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, se reitera, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica. Es por ello, que tal concepto debe recibir el mismo tratamiento de las pensiones desde el punto de vista de su esencia no prescriptible y su conexión con la realización de otros principios y derechos fundamentales, máxime que resulta coherente afirmar que así como el pago de aportes a pensión puede reclamarse a cualquier empleador en todo tiempo, igual ocurre con la devolución de las cotizaciones, que valga la pena, señalar, aunque son del sistema, dejan de serlo una vez el afiliado no cumple con los requisitos pensionales y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. De manera, que se convierte en una cuestión de justicia, pues no solo ayudó a construir el capital con su trabajo, sino que también al desaparecer el fin para el cual se sufragaron esos aportes –alcanzar la pensión- es natural que pretenda su reintegro.”

²¹ “Compilado en el artículo 2.2.4.5.2. del Decreto 1833 de 2016: Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado. (...) Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.”

administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del Dane.

SC: *Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.*

PPC: *Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.*”²²

Con base en ello, efectuados los cálculos de rigor con apoyo del Grupo Liquidador del Consejo Superior de la Judicatura se obtiene un valor a cancelar por concepto de indemnización sustitutiva de \$30.010.827²³ cifra que por resultar superior a la dispuesta por el juez de primer grado (\$29.685.565), razón suficiente para no modificar la condena impuesta en primera instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la encartada.

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

SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

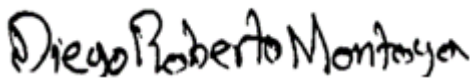
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

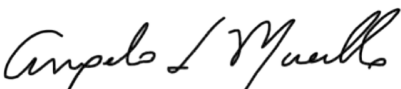
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

²² ARTÍCULO 2.2.4.5.3. Cuantía de la indemnización. Decreto 1833 de 2016.

²³ Liquidación que hace parte integral de esta sentencia.


ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN

016 2021 00559 01

Con salvamento de voto


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 ÁLVARO ENCISO
PRIETO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y AFP COLFONDOS S.A. (RAD. 16 2022 00152 01)

Bogotá D.C. treinta de (30) de abril 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 el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las demandadas AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, como también el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, en contra la sentencia proferida por el Juez 16 Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de febrero de 2024¹, en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que realizará el demandante señor Álvaro Enciso Prieto identificado con cedula de ciudadanía Nro. 19.320.001, que tuviera lugar el día doce de julio de 1999, por ante la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, motivado lo anterior en la omisión en el deber de información por parte de la mencionada administradora.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a Colpensiones, incluyendo los conceptos 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 recursos que componen las cotizaciones efectuadas en favor del demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a recepcionar los recursos condenados en el numeral que antecede y a reactivar la afiliación del demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, con actualización de su historia laboral y la inclusión de la totalidad del equivalente a semanas cotizadas del demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad para el régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

¹ Expediente digital, archivo número 18 (audio), récord: 50:58 a 1:05:03.

QUINTO: CONDENAR en costas de la instancia a las demandadas, practíquese la liquidación por secretaría incluyendo el monto de un cuarto de salario mínimo legal mensual vigente (a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la parte demandante.”

Inconforme con la anterior decisión y como se expuso previamente, los apoderados judiciales de la AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES sustentaron sus recursos de alzada en los siguientes términos:

La representación de la AFP COLFONDOS S.A. refirió estar inconforme con la condena impuesta a esta administradora de trasladar con destino Colpensiones los gastos de administración. Sustentó su inconformidad en el hecho de que el demandante no se vio afectado con el cobro de estos conceptos, como quiera que de haber permanecido en el régimen de prima media de igual manera se le hubiese cobrado dichos rubros. Por lo que devolver estos recursos aumentarían el patrimonio de Colpensiones al no ingresar estos al fondo común.

De igual manera señaló estar inconforme con la condena en costas que se le impuso, dado que en este tipo de procesos no pueden ser conciliables debido a la existencia de varias demandadas sumado al hecho de que como al demandante le faltaban menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, Colfondos no podía efectuar el traslado de régimen del demandante.

Frente a la condena por conceto de primas de seguros previsionales indicó que estos seguros fueron contratados por esta AFP en beneficio y provecho del afiliado, asumiendo los riesgos de invalidez y muerte y, si los mismos se hubieran materializado, hubiera cancelado la suma adicional para financiar las correspondientes pensiones. Razón por la cual la entidad solo tiene un rol de intermediaria y en consecuencia la AFP recauda las primas del seguro en nombre y por cuenta de la aseguradora pero estos recursos no ingresan al patrimonio de la administradora; por lo que no es procedente que AFP COLFONDOS S.A. devuelva unos recursos que nunca recibió.²

² Expediente digital, archivo número 18, récord: 01:05:00 a 01:08:32.
Recurso de apelación AFP COLFONDOS S.A.:

“Gracias su señoría, dentro de la oportunidad y de manera respetuosa me permito presentar recurso apelación en contra de la sentencia dictada dentro de la presente audiencia. Su honorable despacho resolvió decretar la ineficacia en la afiliación que efectuó la parte actora ente el régimen de ahorro individual y como consecuencia de esto, ordenó su traslado al régimen de prima media con prestación definida.

En relación con los gastos de administración lo cual se encuentra sustentado por mandato legal, el demandante en la actualidad como no logró él los recursos suficientes en su cuenta de ahorro individual es entonces que lo que generan estos gastos de administración es lograr multiplicar la cuenta individual del demandante y en esta medida no hay lugar a la devolución de tales gastos. Asimismo se debe estimar que el afiliado no se vio afectado por el cobro de estos conceptos, dados que se hubiese estado en el régimen de prima media igual se hubiera causado el 3% para sufragar los gastos de administración y obtener la cobertura de los riesgos de invalidez y

Por su parte la representación de COLPENSIONES solicita se revoque la condena en costas impuesta por el juez de instancia, por cuanto esta entidad no tiene responsabilidad alguna en los hechos que fundamentan las pretensiones de la demanda y no tiene rubro alguno destinado a cubrir estas condenas, lo que le genera un detrimento patrimonial³.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda⁴ las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo⁵, aspirando se declaré la ineficacia del traslado de régimen efectuado al RAIS en el mes de julio de 1999 y, en consecuencia, se ordené su traslado al RPMPD administrado por Colpensiones

muerte. Por ende debe 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 frente a la condena en costas que se impuso, en primer lugar las administradoras de pensiones estamos sujetas por disposición legal, toda vez que este tipo de procesos no pueden ser conciliables y esto es debido a que como existen varias partes, todas deben tener la misma postura conciliatoria y además de eso, para poder el régimen de prima media recibir la filiación del actor Colfondos no puede generar la devolución por cuanto la ley tiene la prioridad de que en cuanto a las partes les faltan en menos de 10 años para adquirir su edad de pensión no se puede generar su traslado. Es entonces que los fondos de pensiones en este caso Colfondos llegamos a este proceso sin tener otra posibilidad de concurrir al mismo e incluso pues como se dijo anteriormente no se puede presentar el acuerdo conciliatorio.

Ahora bien frente a la bolsa previsional esta es contratada por la AFP en beneficio y provecho de los afiliados, razón por la cual la entidad solo tiene un rol de intermediaria y en consecuencia la AFP el recauda las primas del 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 ella nunca recibió. Desde la perspectiva de la aseguradora previsional debe señalarse que se prestó efectivamente el servicio es decir confrontarse de un contrato de ejecución sucesiva ella asumió los riesgos de invalidez y muerte del afiliado y si los mismos se hubieran materializado lo hubiera correspondido al 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. De esta manera su señoría dejó sustentado en el recurso de apelación, no sin antes solicitar de manera respetuosa se ha concedido para que sea el tribunal superior quien en falló a fondo absuelva a mi representada de las pretensiones concedidas por este despacho, muchas gracias.”

³ Expediente digital, archivo número 18 (audio), récord: 01:08:35 a 01:09:55.
Recurso de apelación Colpensiones:

“Gracias su señoría, estando en la etapa procesal pertinente, presento recurso de apelación frente la sentencia que acaba de proferir su honorable despacho conforme las siguientes, honorable magistrados Colpensiones como se evidencia en el proceso no tiene responsabilidad frente a los hechos que fundamentan las pretensiones de la demanda, estos hechos señores magistrados son ajenos a la entidad que represento, por lo tanto pues conforme a esto no hay mérito alguno a una condena en costas, por lo cual solicito a su honorable despacho revocar la condena en costas emitida contra la entidad que represento, ya que pues Colpensiones no tiene un rubro destinado al pago de estas condenas ni agencias en derecho, por lo cual este dinero sale de los valores que financian el sistema de pensiones en el régimen de prima media, lo que genera un detrimento al patrimonio de las pensiones de sus demandantes y pues honorables magistrados en concordancia que Colpensiones ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal además atendiendo teniendo en cuenta la Constitución y la ley. Con lo anterior dejó sentado mi recurso de apelación muchas gracias señoría.”

⁴ Expediente digital, archivo 01, páginas 5 y 6.

⁵ Ibidem, páginas 6 y 7.

junto con la totalidad de los dineros, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de pólizas por invalidez y muerte, devolución de los gastos de administración, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios durante todo el tiempo que estuvo vinculado con la AFP COLFONDOS S.A.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS y, en consecuencia, se ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor tales como los conceptos 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 recursos que componen las cotizaciones efectuadas en favor del demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Consideración a la que arribó la Juez de primer grado con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y al señalar que la demandada AFP COLFONDOS S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

Expuesto lo anterior, para resolver la controversia planteada es menester precisar que 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 por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002⁶.

Así las cosas, dentro de la documental visible en el expediente obra copia del documento de identidad del actor de donde se extrae que su fecha de nacimiento

⁶ “ (...) 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(...) ”.

fue el día 02 de junio de 1958⁷, por lo que la edad de 62 años la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el día 10 de febrero de 2022⁸, esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir su derecho pensional y, de otra parte, el demandante no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994), pues para esa data según las probanzas incorporadas en autos, apenas había cotizado al sistema de seguridad social en pensión un total de 230 semanas⁹, por lo que no se encontraba inmerso en la excepción prevista en la mencionada sentencia C-789 de 2002 para poder 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 parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al RPMPD la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de este régimen al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso acaeció el acaeció el **12 de julio de 1999** con fecha de efectividad a partir del **01 de septiembre del año 1999**¹⁰ por afiliación que hiciera el señor ÁLVARO ENCISO PRIETO a la AFP COLFONDOS S.A., conforme la información reportada consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

⁷ Expediente digital, archivo 01 página 18.
⁸ Ibidem, página 53 a 64.
⁹ Expediente digital, archivo 06.01, archivo denominado GRP-SCH-HL-66554443332211_75-20140820070505.PDF.

143520010333-7 DP



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES

PERIODO DE INFORME: Enero 1967 agosto/2014

ACTUALIZADO A: 20 agosto 2014

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento: Cédula de Ciudadanía

Número de Documento: 19320001

Nombre: ALVARO ENCISO PRIETO

Dirección: FINCA SAN JOSE

Estado Afiliación: Traslado

Fecha de Nacimiento: 02/06/1958

Fecha Afiliación: 11/04/1995

Correo Electrónico: alenpri@gmail.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 año a año.

[1]Identificación Aportante	[2] Nombre o Razón Social	[3] Desde	[4]Hasta	[5] Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sin	[9]Total
1003900652	METALFISCHER S.A.	11/04/1977	01/07/1977	\$ \$1.770	11,71	0,00	0,00	11,71
1008204796	ASOCIACION BANCARIA	29/08/1977	01/10/1977	\$ \$2.430	4,86	0,00	0,00	4,86
1006108572	FEDECAFE	01/09/1988	31/05/1989	\$ \$125.145	39,00	0,00	0,00	39,00
1008204705	FEDECAFE	01/06/1989	01/10/1992	\$ \$426.481	174,14	0,00	0,00	174,14
1932000	ALVARO ENCISO PRIETO	01/03/1995	31/12/1995	\$ \$120.000	4,29	0,00	0,00	4,29
860052287	INVERSIONES CASTILLA	01/04/1995	30/04/1995	\$ \$400.000	2,86	0,00	0,00	2,86
860052287	INVERSIONES CASTILLA	01/05/1995	30/06/1995	\$ \$600.000	8,57	0,00	0,00	8,57
860052287	INVERSIONES CASTILLA	01/07/1995	31/12/1995	\$ \$650.000	25,71	0,00	0,00	25,71
1932000	ALVARO ENCISO PRIETO	01/01/1996	31/12/1996	\$ \$142.125	0,00	0,00	0,00	0,00
860052287	INVERSIONES CASTILLA	01/01/1996	31/12/1996	\$ \$1.000.000	51,43	0,00	0,00	51,43
1932000	ALVARO ENCISO PRIETO	01/01/1997	31/12/1997	\$ \$172.005	0,00	0,00	0,00	0,00
860052287	INVERSIONES CASTILLA	01/01/1997	31/03/1997	\$ \$1.200.000	12,86	0,00	0,00	12,86
860052287	INVERSIONES CASTILLA	01/04/1997	30/09/1999	\$ \$1.500.000	35,71	0,00	0,00	35,71
1932000	ALVARO ENCISO PRIETO	01/01/1998	31/12/1998	\$ \$203.825	0,00	0,00	0,00	0,00
1932000	ALVARO ENCISO PRIETO	01/01/1999	30/09/1999	\$ \$236.460	0,00	0,00	0,00	0,00
800241602	FUNDACION COLOMBIANA	01/01/2004	31/01/2004	\$ \$0	0,00	0,00	0,00	0,00
					[16] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:			
					371,14			

¹⁰ Expediente digital, archivo 07, página 23.

Así las cosas, parte la Sala por indicar que 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 le reportaría, pues 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 especialidad 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 sin lugar a duda alguna las consecuencias de una decisión de tal envergadura.

Frente al tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 12136 radicación No. 46.292 de 2014¹¹, 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» (SL 1688 de 2019)¹².

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

¹¹ M.P. Doctora ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

¹² M.P. Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

informada, pues de no cumplirse este 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 extunc¹³ en los términos del artículo 1.746 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 ya citada Corte en sentencia SL 2877 de 2020¹⁴ lo siguiente:

«(...) 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».*

De igual manera esta alta Corporación en sentencia SL 1948 de 2021¹⁵ 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

¹³ Al tema puede consultarse la sentencia SL 2877 de 2020 y SL 4875 de 2020.

¹⁴ M.P. Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

¹⁵ Ibidem.

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» (SC 3201-2018).]

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 SL 1688-2019, reiterada en CSJ SL 3464-2019, y especialmente la CSJ SL 4360-2019)».

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 nuestro órgano de cierre 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 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 cada uno de los regímenes 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 a la AFP COLFONDOS S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia expuesto entre otras en las sentencias con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011¹⁶, radicación No. 31989 del 9 de septiembre de

¹⁶ "(...) 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.

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, 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 que el juicio valorativo respecto al cumplimiento del deber de información no se agota con la sola firma del formulario de afiliación, por consiguiente 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.

Siendo oportuno destacar que de las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante¹⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor de la AFP COLFONDOS S.A. le señaló que el ISS se iba a acabar por lo que no

¹⁷ Audiencia celebrada el día 26 de febrero de 2024, archivo 18 (audio) del expediente digital récord: 26:00 a 34:22.

tenía mucha seguridad con los recursos que tenía allí, destacando la omisión de información respecto de las consecuencias de su traslado en ese momento.

Nótese que de lo relatado por el demandante tampoco 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 una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

A efecto de zanjar cualquier duda en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS S.A.¹⁸, se debe señalar que este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que el 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 COLFONDOS S.A. (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 obligatorio que el fondo de pensiones COLFONDOS S.A. proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, la referida AFP 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.

¹⁸ Expediente digital, archivo 07, página 23.

Al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema ha precisado de forma insistente que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como “(...) *la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de *leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber.* (...) (CSJ SL 1055 de 2022)

Aquí también debe resaltar esta Sala que 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 SL 1688 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 1.999 cuando se produjo el traslado del aquí demandante a la AFP COLFONDOS 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 AFP COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (12 de julio de 1999 con fecha de efectividad a partir del **01 de septiembre del año 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 SL 12136 de 2014 ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Y en ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente y en consecuencia el traslado por parte de la AFP COLFONDOS S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor del capital existente en la cuenta de ahorro individual, 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 recursos que componen las cotizaciones efectuadas en favor del demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad, como también la activación de su afiliación por parte de Colpensiones en el régimen de prima media con prestación definida, se encuentra ajustado a derecho 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 sobrevivencia¹⁹ todo debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades²⁰.

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***

¹⁹ Ver al respecto las sentencias SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

²⁰ Conforme lo señala la SL2209-2021 y SL2207-2021.

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 del actor vuelve a su estado inicial, es decir, es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones (actual administradora del RPMPD), 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 SL 1421-2019, Radicación Nro. 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 adoctrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 359 de 2021, reiterada en la SL 859 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 Nro. 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

En lo que atañe a la condena al pago de costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS S.A., se debe señalar que el legislador 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 CGP, 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 que la única valoración a tener en cuenta en este aspecto son los resultados del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado en este aspecto.

En relación a la excepción de prescripción²¹ propuesta por COLPENSIONES, entidad a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

²¹ Expediente digital, archivo 06, página 05. Se tuvo por contestada la demanda mediante auto de fecha 13 de febrero de 2024 - Archivo 15 del expediente digital

Al epílogo conviene agregar una glosa a la temática en estudio, a raíz del comunicado de prensa número 13 del 12 de abril del 2024 expedido por la Corte Constitucional en referencia a la SU-107 del 2024 en punto a estimar que no tiene fuerza vinculante conforme lo asienta la propia Corte Constitucional en Auto No. 201 del 2013 así:

“...7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole²². Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional²³, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”²⁴ y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”²⁵.

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”²⁶. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”²⁷.”

Del mismo modo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A del 4 de febrero del 2016 Radicación número 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) se indicó:

²² Ver, al respecto, el auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

²³ Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992, posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

²⁴ Acerca de la facultad de la Corte Constitucional para regular lo referente a las condiciones de publicidad de sus sentencias es útil la consulta de los Autos 152 B de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y 028 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

²⁵ Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 12 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁶ “Que en las condiciones anotadas, es claro que existe una evidente diferencia entre el comunicado que busca satisfacer, con prontitud, el interés de la opinión pública de obtener información y la sentencia “documentada y firmada” que, además, “da cuenta de su contenido así como del número y nombre de los magistrados que la adoptaron, por haber sido quienes intervinieron en la deliberación y decisión respectiva”. Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

²⁷ Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

“Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación... el presidente del máximo tribunal constitucional expide los comunicados de prensa con el fin de poner en conocimiento de la comunidad las decisiones adoptadas y con ello de los cambios que implican en el ordenamiento jurídico. No obstante, al no ser la sentencia misma la que se publica no produce efectos jurídicos... se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni remplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991... si bien es cierto a través del citado comunicado se informó sobre la Sentencia de Unificación SU-556 del 14 de julio del 2014, también lo es que, como quedó antes expuesto, dicha publicación no produce efecto vinculante ni jurídico alguno, pues no reemplaza la notificación... De esta forma, al Tribunal no podía exigírsele la aplicación de una sentencia que no producía efectos para el momento en que de adoptó la decisión que ahora se debate... En ese orden, no se advierte el desconocimiento del precedente judicial alegado”

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 la AFP 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 el demandante estuvo afiliado a esa administradora, conforme lo considerado.

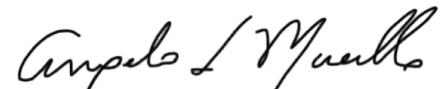
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

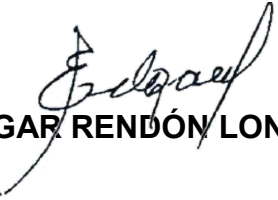
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


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 JESÚS ANTONIO SÁNCHEZ DONATO CONTRA EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA (RAD. 16 2022 00165 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de abril 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 la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA frente a la sentencia proferida por la Juez 46 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 9 de febrero de 2024 (Audio Archivo 23 récord: 35:20) en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que al demandante señor **JESÚS ANTONIO SÁNCHEZ DONATO** le asiste el derecho a la indexación de la primera mesada de la pensión plena de jubilación reconocida por el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** debiendo tenerse como valor de la primera mesada pensional la suma de \$966.969, a partir de 23 de febrero de 1998, conforme a las consideraciones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** a pagar al demandante señor **JESÚS ANTONIO SÁNCHEZ DONATO**, las diferencias pensionales retroactivas a partir del 23 de febrero de 1998, por 14 mesadas anuales, generándose un retroactivo pensional hasta el 31 de enero de 2024, en cuantía de **\$12.311.637**, ascendiendo la mesada pensional para el año de 2024 a la suma de \$4.266.519, ateniendo las razones expuestas.

TERCERO: AUTORIZAR al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** para que realice los descuentos correspondientes al sistema de seguridad social en salud.

CUARTO. - CONDENAR a la demandada **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** al pago de las costas del proceso y en favor del demandante señor **JESÚS ANTONIO SÁNCHEZ DONATO**. Líquidense por secretaría incluyendo suma equivalente a un smlmv como valor en que se estiman las agencias en derecho.

QUINTO. - REMITIR el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante **JESÚS ANTONIO SÁNCHEZ DONATO**, las pretensiones relacionadas en las páginas 6 y 7 del archivo 01 del expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 3 a 6 del mismo archivo, aspirando se reconozca y pague a su favor la indexación de la pensión plena de jubilación, con efectividad a partir del 22 de febrero de 1998, con los respectivos reajustes anuales pertinentes. En consecuencia, se cancelen las diferencias pensionales causadas en virtud de la indexación o actualización de la prestación, inclusive respecto de las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, desde la fecha de causación del derecho y hasta que se incluya en nómina de pensionados el nuevo valor pensional, derechos *ultra y extra petita*, costas y gastos del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones**, pues se accedió a indexar el salario base con el cual se liquidó la pensión al año 1998, tras considerar que desde la fecha de retiro de servicio a la data en que le concedieron al actor la pensión plena transcurrió un tiempo considerable en el cual se depreció la moneda, disponiendo reajustar la mesada del año 1998 en la suma de \$966.969, calculando un retroactivo desde esa data y hasta el 31 de enero del 2024 en suma de \$12.311.367, precisando la demandada no propuso la excepción de prescripción.

Así las cosas, como se dijo al inicio de este proveído la decisión que le fue desfavorable al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia

se conocerá en esta instancia en el grado jurisdiccional de Consulta¹, advirtiéndose el problema jurídico a resolver se centra en establecer si es procedente la indexación de la mesada otorgada al actor en virtud del reconocimiento de la pensión plena de jubilación.

De este modo ha de advertirse, no es motivo de discusión dentro del presente juicio, la calidad de pensionado que ostenta el actor, habiéndosele concedido inicialmente la pensión especial proporcional mediante Resolución No. 1760 del 14 de agosto de 1991 (págs. 17 y 18 Archivo 01) una vez feneció el nexo contractual laboral que lo fue el 21 de mayo de 1991 en cuantía de \$190.483,22 en un porcentaje del 60% (pág. 20 ibídem), para con posterioridad, al arribar a la edad de los 50 años, otorgársele la pensión plena de jubilación con una tasa del 75%, en acto administrativo No. 764 del 1° de junio de 1998 (págs. 20 y 2 ibídem) con una mesada de \$952.541,70, todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 7 del Decreto 895 de 1991², modificado por el artículo 3 del Decreto 1651 de 1991³.

¹ Ver auto **AL2806 Radicación N° 67916 del 4 de mayo de 2016** de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la Consulta de esta entidad.

² Debe tenerse en cuenta que el artículo 12 del Decreto 895 de 1991 estableció que “Las disposiciones de los Decretos 1586 de 1989 y 1590 de 1989 se aplicarán en lo que no fueren contrarias a las normas aquí establecidas.”, advirtiendo esta nueva disposición previó que la pensión plena se otorgaría a los trabajadores una vez cumplidos los 50 años de edad, independientemente de si era hombre o mujer, siendo esto mas favorable y que fue en últimas, la edad que se tuvo en cuenta en el caso del demandante para el otorgamiento de la prestación.

³ “**Artículo 3°**La pensión de jubilación proporcional de que trata el artículo 7° del Decreto extraordinario 895 de 1991, quedará así:

- a) Quince (15) años de servicio, cincuenta y seis por ciento (56%) del salario promedio.
- b) Dieciséis (16) años de servicio, cincuenta y ocho por ciento (58%) del salario promedio.
- c) Diecisiete (17) años de servicio, sesenta por ciento (60%) del salario promedio.
- d) Dieciocho (18) años de servicio, sesenta y dos por ciento (62%) del salario promedio.
- e) Diecinueve (19) años de servicio, sesenta y cuatro por ciento (64%) del salario promedio.
- f) Veinte (20) años de servicio, sesenta y seis por ciento (66%) del salario promedio.
- g) Veintiún (21) años de servicio, sesenta y ocho por ciento (68%) del salario promedio.
- h) Veintidós (22) años de servicio, setenta por ciento (70%) del salario promedio.
- i) Veintitrés (23) años de servicio, setenta y dos por ciento (72%) del salario promedio.
- j) Veinticuatro (24) años de servicio, setenta y cuatro por ciento (74%) del salario promedio.
- k) A partir de veinticinco (25) años de servicio, setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio.

Conforme lo anterior, colige la Sala, de acuerdo al texto de la normatividad tenida en cuenta por la accionada para el reconocimiento de esta pensión -atrás citada- y contrario a lo que se consideró en primera instancia, se trata de la misma pensión y no de dos pensiones diferentes.

Así pues, tratándose de igual prestación, advierte la Sala, conforme a los hechos de la demanda (págs. 4 a 6 Archivo 01) y de acuerdo con las documentales incorporadas al plenario, al demandante le fue reconocido su derecho pensional a partir del día en que se produjo su retiro de la entidad (21 de mayo de 1991).

Téngase en cuenta que si bien en Sentencia SL 736-2013 del 16 de octubre de 2013, proferida por la Sala de Casación laboral de la Corte suprema de Justicia, dentro de la Radicación No. 47709, se concluyó la necesidad de reconsiderar su orientación y retomar la jurisprudencia desarrollada con anterioridad a 1999, aceptando que la indexación procede respecto de todo tipo de pensiones, aún las causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, en relación con la indexación de la pensión plena reconocida al actor, al momento de cumplir la edad de 50 años (págs. 20 y 21 Archivo 01), es de recordar, tal fenómeno se traduce en una medida con la cual se busca que la pérdida del valor adquisitivo de la moneda a la cual se encuentra sujeta cualquier suma de dinero, no vaya en detrimento del derecho que, para el caso que se estudia, fue otorgado al demandante con el reconocimiento de su pensión.

Advirtiéndose, a juicio de la Sala, la entidad demandada procedió conforme a derecho al momento de reconocer el porcentaje adicional al pensionado al cumplimiento de la edad de 50 años, ello por cuanto, según lo establecido en el Decreto 895 de 1991, modificado por el Decreto 1051 de 1991 -vigentes al momento en que se reconoció la pensión plena-: *“El empleado que se pensione acogiénose a este régimen tendrá derecho a la pensión de jubilación ordinaria del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en los últimos*

El empleado que se pensione acogiénose a este régimen tendrá derecho a la pensión de jubilación ordinaria del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en los últimos seis (6) meses de servicio, con los reajustes anuales pertinentes al cumplir cincuenta (50) años de edad los hombres y las mujeres.

Parágrafo. *Igualmente tendrán derecho a las pensiones establecidas en el presente artículo, los empleados oficiales que hubieren prestado quince (15) años o más de servicios continuos o discontinuos en el sector oficial, diez de los cuales por lo menos en la Empresa, proyectados hasta el 17 de julio 1992, y que tengan una edad superior a cuarenta y cinco (45) años.”*

*seis (6) meses de servicio, **con los reajustes anuales pertinentes** al cumplir cincuenta (50) años de edad los hombres y las mujeres” (Negrilla de la Sala).*

En este punto es menester reiterar, conforme al texto del acto administrativo por medio del cual se le reconoció la pensión especial al demandante Resolución No. 1760 del 14 de agosto de 1991 (págs. 17 y 18 Archivo 01), ésta lo fue a partir de la fecha del retiro del demandante -21 de mayo de 1991-, por lo que es claro que no transcurrió término alguno respecto del cual pudiera predicarse pérdida del poder adquisitivo de la moneda del promedio salarial tomado como base para su liquidación, tal como lo anotó la apelante.

Igualmente, al momento de adquirir el demandante el derecho a percibir la pensión plena de jubilación, la enjuiciada calculó el 75% del promedio de lo devengado en los últimos seis meses, y le aplicó los reajustes legales anuales, de acuerdo a lo dispuesto por el gobierno nacional, y dando aplicación a la norma citada en precedencia; de tal manera, al haber sido actualizada la suma de acuerdo a los porcentajes legales anualmente dispuestos por el Gobierno Nacional a efecto mantener su poder adquisitivo, disponer su indexación ahora constituiría una nueva actualización, a todas luces improcedente, ello implicaría que todas las pensiones que han sido reajustadas anualmente, requirieran ser indexadas aplicando la fórmula utilizada para el cálculo de la primera mesada pensional, lo cual no ocurre en este caso, pues se trata de la misma pensión, se itera, incrementada al 75%, a la cual se le aplican los reajustes legales, mecanismo previsto por el legislador para evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

A la anterior conclusión se arriba, una vez revisados los actos administrativos por medio de los cuales se dispuso el reconocimiento de la pensión especial y con posterioridad la plena, tal como a continuación se pasa a verificar conforme la documental aportada por la accionada (págs. 16 y 27 Archivo 10):

- Último salario promedio \$317.472,04
- Pensión de Jubilación especial 60%: \$190.483,22 (Efectiva a partir del 21 de mayo de 1991).
- Pensión Plena de Jubilación del 75% sin reajustes: $\$317.472,04 \times 75\% = \$238.104,03$
- Valor reconocido: \$952.541,70 (efectiva a partir del 23 de febrero de 1998).

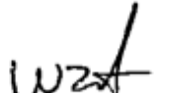
REPUBLICA DE COLOMBIA
FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA
DIVISION DE PRESTACIONES ECONOMICAS

PENSIONADO
SANCHEZ DONATO JESUS
CARNE 839409

8/09/2004

EFFECTIVIDAD PENSION		DD/MM/AAAA		
		21/05/1991		
Año	REAJUSTES DE LEY : % SUMA FIJA	VALOR PENSION	AÑOS	PENSION MINIMA
1991	26,0692%	190.483,22	1991	51.720,00
1992	26,04408%	240.092,82	1992	65.190,00
1993	25,03451%	300.198,88	1993	81.510,00
1993	12,00% Para los pensionados:	0,00	1993	
1993	7,00% Desde el 1-ENERO/82	0,00	1993	
1994	21,09%	363.510,82	1994	98.700,00
1994	12,00% Para los pensionados:	0,00	1994	
1994	7,00% Desde el 1-ENERO/82	0,00	1994	
1995	22,59%	445.627,91	1995	118.933,50
1995	4,00% Para los pensionados:	0,00	1995	
1996	19,46% MAS AJUSTE 50 CENTAVOS PAI	532.347,60	1996	
1997	21,64%	647.547,62	1997	172.005,00
1998	17,68%	952.541,70	1998	203.826,00
1	16,70%	1.111.616,16	1999	
2000	9,23%	1.214.218,33	2000	260.100,00
2001	8,75%	1.320.462,43	2001	286.000,00
2002	7,65%	1.421.477,81	2002	309.000,00
2003	6,99%	1.520.839,11	2003	332.000,00
2004	6,49%	1.619.541,57	2004	358.000,00


LUZ MARINA PARADA BALLEEN
Jefe División de Prestaciones Económicas


LUZAYDA L.

Así las cosas, como ha quedado evidenciado, la accionada procedió conforme a los lineamientos determinados en la normatividad aplicable al caso de autos, para el caso del demandante, en cuanto al tratarse de una sola pensión, a la especial reconocida inicialmente, se le efectuaron los reajustes legales anuales correspondientes, lo que impide darle crédito a los hechos en el que se soportaban las pretensiones, de tal suerte, no hay lugar a acceder a la indexación deprecada por el demandante, procediendo a la revocatoria de la sentencia consultada, para en su lugar ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

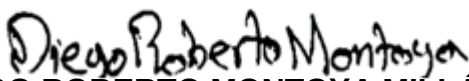
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

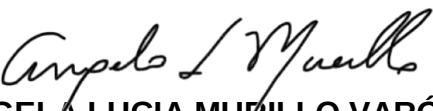
R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada, **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **JESÚS ANTONIO SÁNCHEZ DONATO**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA 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 SONIA CRISTINA
VILLATE CÁRDENAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES - COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. (RAD. 17 2022 00311 01)

Bogotá D.C. treinta de (30) de abril 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 el fin de resolver el recurso
de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las demandadas AFP
PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, como también el grado jurisdiccional de
consulta en favor de esta última, en contra la sentencia proferida por el Juez 17
Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de febrero de 2024¹, en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de validez de la afiliación
al régimen de ahorro individual con solidaridad, inexistencia del derecho y de la
obligación, falta de causa para pedir y prescripción, propuestas por las demandadas
en la forma expuestas en los argumentos de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora SONIA CRISTINA VILLATE
CÁRDENAS identificada con la cedula de ciudadanía 24.166.618 al Régimen de
Ahorro Individual con Solidaridad RAIS a través de la sociedad administradora de
fondos de pensiones PORVENIR S.A. fue ineficaz y, por consiguiente no produjo
efectos jurídicos, lo anterior según las consideraciones precedentes.

TERCERO: DECLARAR que la demandante señora VILLATE CÁRDENAS se
encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida
y que COLPENSIONES como entidad que tiene a su cargo ese régimen pensional
tiene la obligación legal de validar el retorno y tenerla como su afiliada sin solución
de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a la PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los
valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como
cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, lo anterior
con sus frutos y rendimientos, y devolver además las comisiones y gastos de
administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y
los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima,
valores que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a su propio
patrimonio, según lo expuesto.

¹ Expediente digital, archivo número 13 (audio), récord: 54:10 a 56:56.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES, recibir el traslado de fondos que efectúe a favor de la demandante la demandada PORVENIR S.A. y convalidarlos en la historia laboral para los efectos de la densidad de semanas que representen en ese régimen pensional, autorizando a COLPENSIONES para desplegar todas las actuaciones administrativas y hacer uso de las herramientas que la ley le otorga para obtener el reintegro total de los dineros de la cuenta individual de la demandante en PORVENIR.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas, y se dispone que una vez en firme esta sentencia, por secretaría se practique la liquidación correspondiente, y se incluyan agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$1'100.000 M/Cte.

SÉPTIMO: SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES.”

Inconforme con la anterior decisión y como se expuso previamente, los apoderados judiciales de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES sustentaron su recurso de alzada en los siguientes términos:

La representación de la AFP PORVENIR S.A. solicitó se revoque la decisión de instancia por cuanto esta AFP siempre actuó de buena fe teniendo en cuenta en marco legal aplicable para el momento en que la demandante se trasladó de régimen pensional. Adujó que la accionante tuvo la oportunidad de validar el contenido de la información suministrada al momento en que efectuó su traslado, siendo la Ley 100 de 1993 de público conocimiento. Por lo anterior, en su sentir no hay razones jurídicas para la declaratoria de la ineficacia del traslado, sumado a que la decisión de trasladarse de régimen pensional por parte de la actora fue de manera libre y voluntaria, sin olvidar que permaneció por más de 20 años afiliada a la AFP PORVENIR S.A. demostrando así su interés de permanecer el en RAIS.

En igual sentido manifestó su inconformidad con la condena impuesta a esta administradora de trasladar con destino Colpensiones los recurso que obren en la cuenta individual de la demandante, específicamente los gastos de administración, y primas de seguros previsionales, por cuanto estos gozan de una destinación específica y los mismos fueron invertidos en la forma exigida en la Ley, no estando actualmente en poder de la AFP PORVENIR S.A.

En relación con el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima indicó que, dados los efectos de la ineficacia del traslado, en particular la de devolver las cosas al estado en que se hallaban antes de que se produjera el acto ineficaz, traen como lógica consecuencia que esos recursos deben ser entregados a la entidad que administra el régimen de prima media con el fin de financiar las pensiones, de suerte que no tiene sentido que permanezcan en un fondo cuyo propósito ya no beneficiaría a la afiliada. Al respecto hizo referencia a la sentencia proferida por la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado de fecha 3 de agosto del 2022.

Referente a la indexación ordenada, consideró que dada la orden de retornar rendimientos del capital que se encontrará en la cuenta de ahorro individual de la demandante, no es viable ordenar la indexación toda vez que con el traslado de estos rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda. Por último, solicito se absuelva de la condena en cosas impuesta².

² Expediente digital, archivo número 24 (audio), récord: 57:40 a 01:03:10.
Recurso de apelación AFP PORVENIR S.A.:

“Gracias su señoría me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el despacho mismo que me permite sustentar en los siguientes términos: el recurso de apelación está encaminado a solicitarle a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa en primer lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional ya que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por parte de la honorable Corte Suprema de Justicia, la misma corporación ha indicado que no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información por cuanto debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso situación que para mi representada no se da en el presente asunto, pues el actuar de PORVENIR S.A. aquí llamada a juicio siempre ha sido de buena fe objetiva pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado a régimen pensional, teniendo en cuenta que solo fue hasta la expedición del decreto 2555 Del 2010, la ley 1748 el 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 al momento del traslado de régimen pensional la parte demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por mi representada actuando 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 como lo es la ley 100 de 1993.

En este sentido teniendo en cuenta lo señalado, no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual la demandante realizó el traslado de régimen pensional pues se reitera que la decisión tomada por la parte demandante se hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo y además teniendo en cuenta que la demandante estaba afiliada al régimen por más de 20 años demostrando así su interés de mantenerse en el régimen privado. Luego también téngase en cuenta que resulta extraño para esta apoderada judicial que la demandante años después de su traslado inicial de manera extemporánea y conveniente se preocupe por gestionar su futuro pensional y manifestar que en la actualidad le resulta más beneficioso retornar al régimen de prima media máxime cuando se demostró que en el momento de la afiliación la demandante ostentaba la profesión de abogada por lo que se considera que no estamos frente a un caso de un afiliado lego sino frente a una afiliada conocedora de temas personales de conformidad esto con lo establecido en la sentencia SL 4680 del 2020, donde se absorbió el representada en un caso similar por las cualidades del demandante en este proceso consideración que encaja en el presente litigio.

En segundo lugar solicito a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa a retornar a Colpensiones los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante teniendo en cuenta que los efectos de la declaratoria de la ineficacia del traslado, implica devolver las cosas a su estado anterior pues está condenada resultaría improcedente como quiera que entre esos 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 tal suerte que los mismos ya fueron debidamente invertidos en la forma exigida por la ley y no están en poder de mi representada.

En tercer lugar solicitó igualmente a los magistrados revocar la decisión de instancia relativa a retornar a Colpensiones el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima 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 hallaban antes de que se produjera el acto ineficaz traen como lógica consecuencia que esos recursos deben ser entregados a la entidad que administra el régimen de prima media con el fin de financiar las pensiones de suerte que no tienen ningún sentido que permanezcan en un fondo cuyo propósito ya no beneficiará al afiliado, si ellos así no se encuentran ningún sentido o motivo que justifique que esas sumas que no están en poder de la administradora sean remitidas con cargo a los propios recursos de esta, pues ello equivaldría a una sanción injustificada que no guarda ninguna correspondencia con los efectos jurídicos de una ineficacia, ni mucho menos con las restituciones que de ello pueda derivarse, esto lo estableció la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado en consulta el 3 de agosto del 2022 con radicado 2022 62.

Por otra parte e igualmente la suscrita se opone a la condena relativa a indexación de los valores objeto de la condena impuesta a mi representada en la medida que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos

Por su parte Colpensiones solicitó en su recurso de alzada en primer lugar se revoque la condena en costas por ser un tercero de buena fe que no intervino en el acto del traslado de la demandante, pues simplemente Colpensiones accedió a la solicitud que de manera voluntaria presentó la accionante al momento de realizar el traslado de régimen.

Y en segundo lugar frente a la condena impuesta a Colpensiones de aceptar el traslado de los conceptos ordenados por el juez de instancia, solicito igualmente se revoque la decisión proferida, por cuanto está genera una afectación a la sostenibilidad financiera del sistema pensional que administra Colpensiones, en razón a que la demandante esta aportar de solicitar su derecho pensional de la cual no se ha producido rendimiento alguno en favor de Colpensiones, generándose de esta manera una diferencia entre lo que se está ordenando devolver y lo que hubiera producido si la demandante hubiese permanecido en el régimen de prima media desde que se trasladó hacia el RAIS³.

del capital que se encontraría en la cuenta individual de la demandante esto lo ha señalado tanto el Tribunal Superior del distrito judicial de Cundinamarca como el de Cali al determinar 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 y finalmente en lo que corresponde a las agencias en derecho igualmente el recurso de apelación está encaminado que debe aclararse que desestimaba la ineficacia del traslado de régimen y la consecuente devolución de los valores a los que fue condenada a mi representada, deberán igual sentido desestimarse la condena en costas.

Por lo anterior solicito respetuosamente al honorable tribunal superior revocar la decisión de instancia respecto de las condenas impuestas sobre la AFP PORVENIR, en estos términos interpongo y sustentó mi recurso de apelación su señoría muchas gracias.”

³ Expediente digital, archivo número 24 (audio), récord: 01:03:29 a 01:07:13.

Recurso de apelación Colpensiones:

“Gracias su señoría, siendo esta la oportunidad me permito interponer recurso de apelación contra la decisión adoptada por su despacho e respetuosamente indicamos en dos entendidos en que se desarrolla este recurso de apelación.

El primero es que la declaratoria de ineficacia o nulidad del traslado de manera consecuente violenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional que Colpensiones produciendo un detrimento patrimonial del fondo común del régimen de prima media debido a que este régimen se sustenta en el principio financiero de reparto simple, el perjuicio se causaría al ordenar que la actora que incluso ya ostenta la edad pensional, se le faciliten circunstancias para pedir una prestación de la cual no ha producido ningún rendimiento en favor de esta administradora por lo cual se advierte que aun sumando todos los conceptos que se están ordenando al fondo privado devolver a cual pensiones e incumplimiento a esta orden judicial la entidad insiste en que hay una abismal diferencia entre lo que en dicho caso se está ordenando devolver a Colpensiones en cumplimiento de esta orden judicial, la entidad insiste en que hay una diferencia abismal entre lo que en dicho caso se está ordenando devolver y lo que se hubiere producido de haber permanecido afiliada la actora en el régimen de prima media desde la fecha en que se trasladó al RAIS.

El segundo entendido es que la condena en costas y agencias en derecho a Colpensiones, con estas condenas se vulneran los derechos procesales de Colpensiones en su calidad de tercero de buena fe más allá de que han sido detectados por el juzgador actos omisivos o faltantes a la ley pero que no son atribuibles a Colpensiones como lo indiqué en la etapa de alegaciones, toda vez que a mi representada no le correspondía la carga probatoria de demostrar la asesoría al momento de la migración del régimen de la señora demandante como si al fondo privado aquí convocado.

Por otra parte debió también tenerse en cuenta valorarse que en síntesis el descontento que ha manifestado la actora en su escrito de demanda como también lo manifestado de su interrogatorio de parte, radica primero que todo en la omisión del deber de información por parte de la AFP del RAIS que promueve el traslado y luego también las falsas promesas o la falsa información brindada a la señora demandante y que fue digamos la razón fundamental que la llevó a esta solicitud de traslado o la decisión final de abandonar el régimen de prima media. Colpensiones en su caso es sencillamente accedió a la solicitud realizada por la actora de trasladar sus recursos

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda⁴ las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo⁵, aspirando se declare la ineficacia de la vinculación realizada a la AFP PORVENIR S.A. y, en consecuencia, se ordene su traslado al RPMPD administrado por Colpensiones junto con la totalidad de los aportes, gastos de administración, rendimientos y demás valores detallados e indexados relacionados en su cuenta de ahorro individual por el tiempo que ha estado afiliada a la administradora PORVENIR S.A., costas procesales y demás derechos que resulten probados bajo las facultades *extra y ultra petita*.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS y, en consecuencia, se ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, lo anterior con sus frutos y rendimientos, comisiones y gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio.

Consideración a la que arribó el Juez de primer grado con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y al señalar que la demandada AFP PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Expuesto lo anterior, para resolver la controversia planteada es menester precisar que 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

al régimen de y a la AFP que en su oportunidad decidió afiliarse. Entonces estos actos transgresores de la ley no deben afectar a quien ha procedido siempre de buena fe en cumplimiento del ordenamiento legal que regula estos asuntos.

En virtud de esto anteriormente expuesto le solicitó a la honorable sala laboral del tribunal superior de distrito judicial de Bogotá revocar la sentencia que ha impuesto condenas a Colpensiones y en su lugar absorberla absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones impetradas, incluso las costas del proceso y agencias en derecho. Dejó sustentado aquí mi recurso agradeciendo a su señoría por la oportunidad."

⁴ Expediente digital, archivo 02, página 1.

⁵ Ibidem, páginas 1 y 2.

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 por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002⁶.

Así las cosas, dentro de la documental visible en el expediente obra copia del documento de identidad de la actora de donde se extrae que su fecha de nacimiento fue el día 12 de enero de 1963⁷, por lo que la edad de 57 años la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el día 18 de febrero de 2022⁸, esto es, cuando ya había acreditado el requisito de edad para adquirir su derecho pensional y, de otra parte, la demandante no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994), pues para esa data según las probanzas incorporadas en autos, apenas había cotizado al sistema de seguridad social en pensión un total de 293.42 semanas⁹, por lo que no se encontraba inmersa en la excepción prevista en la mencionada sentencia C-789 de 2002 para poder 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 parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al RPMPD la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de este régimen al RAIS, el cual

⁶ “ (...) 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(...) ”.

⁷ Expediente digital, archivo 02 página 20 y 21.

⁸ Ibidem, página 15 a 19.

⁹ Expediente digital, archivo 20.



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES

PERIODO DE INFORME: Enero 1967 noviembre/2022

ACTUALIZADO A: 03 noviembre 2022

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:

Número de Documento:

Nombre:

Dirección:

Estado Afiliación:

Cédula de Ciudadanía

24166618

SONIA CRISTINA VILLATE CARDENAS

NO REGISTRA

Trasladado

Fecha de Nacimiento:

Fecha Afiliación:

Correo Electrónico:

Ubicación:

12/01/1963

26/07/1985

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
6156200239	MUNICIPIO DE TIBASOS	26/07/1985	21/10/1986	\$17.790	64,71	0,00	0,00	64,71
6108200181	MUNICIPIO DE SOGAMOS	08/07/1988	16/02/1990	\$165.180	84,14	0,00	0,00	84,14
6027100016	FLOTA NORTE LTDA	06/04/1990	16/01/1992	\$275.850	93,00	0,00	0,00	93,00
6106200178	CORP AHORRO VIVIENDA	05/04/1993	30/04/1994	\$399.150	55,86	0,00	0,00	55,86
					[16] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:			297,71
					[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 -"TOTAL SEMANAS COTIZADAS"):			0,00

según las documentales obrantes en el proceso acaeció el **20 de abril de 1994**¹⁰ por afiliación que hiciera la señora SONIA CRISTINA VILLATE CÁRDENAS a la AFP PORVENIR S.A., conforme la información reportada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar que 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 le reportaría, pues 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 especialidad 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 sin lugar a duda alguna las consecuencias de una decisión de tal envergadura.

Frente al tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 12136 radicación No. 46.292 de 2014¹¹, 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».

¹⁰ Expediente digital, archivo 07, página 29.

¹¹ M.P. Doctora ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

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» (SL 1688 de 2019)¹².

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 este 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 extunc¹³ en los términos del artículo 1.746 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 ya citada Corte en sentencia SL 2877 de 2020¹⁴ lo siguiente:

«(...) 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».

De igual manera esta alta Corporación en sentencia SL 1948 de 2021¹⁵ 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

¹² M.P. Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

¹³ Al tema puede consultarse la sentencia SL 2877 de 2020 y SL 4875 de 2020.

¹⁴ M.P. Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

¹⁵ Ibidem.

«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» (SC 3201-2018).]

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 SL 1688-2019, reiterada en CSJ SL 3464-2019, y especialmente la CSJ SL 4360-2019)».

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 nuestro órgano de cierre 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 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 cada uno de los regímenes 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 a la AFP PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia expuesto entre otras en las sentencias con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011¹⁶, radicación No. 31989 del 9 de septiembre de

¹⁶ “(...) 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, raditaciones 31989 y 31314, dijo:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente y en esa dirección advierte la Sala que el juicio valorativo respecto al cumplimiento del deber de información no se agota con la sola firma del formulario de afiliación, por consiguiente 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.

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.

Siendo oportuno destacar que de las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante¹⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que la asesora de la AFP PORVENIR S.A. diligenció los formularios de vinculación y ella simplemente lo firmó. 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.

De igual forma debe precisarse en relación con la apelación de la AFP PORVENIR S.A., el hecho de que la accionante fuera una persona con formación educativa profesional no implica que *per se* conociera de las ventajas o desventajas de los diferentes regímenes pensionales, y menos aún dicha circunstancia puede conllevar a que se releve a la AFP de suministrar la información correspondiente al momento del traslado.

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.

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 la AFP PORVENIR S.A.¹⁸, se debe señalar que 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 PORVENIR S.A. (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.

¹⁷ Audiencia celebrada el día 15 de febrero de 2024, archivo 19 (audio) del expediente digital récord: 11: 09 a 30:48.

¹⁸ Expediente digital, archivo 09, página 40.

En ese sentido, resultaba necesario y obligatorio que el fondo de pensiones PORVENIR S.A. proporcionará al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, la referida AFP 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.

Al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema ha precisado de forma insistente que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como “(...) *la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de *leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber.* (...) (CSJ SL 1055 de 2022)

Aquí también debe resaltar esta Sala que 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 SL 1688 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.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada AFP PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (20 de abril de 1994), el deber de información para con la promotora del juicio en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y, en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014 ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Y en ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente y en consecuencia el traslado por parte de la AFP PORVENIR S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado la actora del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida se encuentra ajustado a derecho, 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, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

En esta dirección debe precisar esta Sala de Decisión que en virtud de la consulta que se surte en favor de Colpensiones, se adicionará el fallo de primer grado, en cuanto a que se dispondrá que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Ahora, en relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A. relacionados con la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, rendimientos y el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima todo ello con cargo a sus propias utilidades¹⁹, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos conceptos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración, rendimientos y seguros previsionales. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

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

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

¹⁹ Conforme lo señala la SL 2209-2021 y SL 2207-2021.

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 SL 1421-2019, Radicación Nro. 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

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

Con relación al pago debidamente indexado recurrido por la misma AFP, 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 SL 359 de 2021, reiterada en la SL 859 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 Nro. 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

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

En relación con los puntos objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, lo primero sea indicar que aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente a la demandante como su afiliada.

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

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera punto de inconformidad alegado por Colpensiones, la máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *“el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”* (Sentencia SL 2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la condena al pago de costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., se debe señalar que el legislador 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 CGP, 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 que la única valoración a tener en cuenta en este aspecto son los resultados del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado en este aspecto.

Finalmente, en relación a la excepción de prescripción²⁰ propuesta por COLPENSIONES, entidad a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Al epílogo conviene agregar una glosa a la temática en estudio, a raíz del comunicado de prensa número 13 del 12 de abril del 2024 expedido por la Corte Constitucional en referencia a la SU-107 del 2024 en punto a estimar que no tiene

²⁰ Expediente digital, archivo 05, página 10. Se tuvo por contestada la demanda mediante auto de fecha 22 de enero de 2024 - archivo 10 del expediente digital

fuerza vinculante conforme lo asienta la propia Corte Constitucional en Auto No. 201 del 2013 así:

“(…) 7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole²¹. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional²², en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena²³ y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”²⁴.

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”²⁵. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”²⁶.”

Del mismo modo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A del 4 de febrero del 2016 Radicación número 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) se indicó:

“Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación... el presidente del máximo tribunal constitucional expide los comunicados de prensa con el fin de poner en conocimiento de la comunidad las decisiones adoptadas y con ello de los cambios que implican en el ordenamiento jurídico. No obstante, al no ser la sentencia misma la que se publica no produce efectos jurídicos... se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni reemplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991... si bien es cierto a través del citado comunicado se informó sobre la Sentencia de Unificación SU-556 del 14 de julio del 2014, también lo es que, como quedó antes expuesto, dicha publicación no produce efecto vinculante ni jurídico alguno, pues no reemplaza la notificación... De esta forma, al Tribunal no podía exigírsele la aplicación de una sentencia que no producía efectos para el momento en que de adoptó la decisión que ahora se debate... En ese orden, no se advierte el desconocimiento del precedente judicial alegado”

²¹ Ver, al respecto, el auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

²² Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992, posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

²³ Acerca de la facultad de la Corte Constitucional para regular lo referente a las condiciones de publicidad de sus sentencias es útil la consulta de los Autos 152 B de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y 028 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

²⁴ Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 12 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁵ “Que en las condiciones anotadas, es claro que existe una evidente diferencia entre el comunicado que busca satisfacer, con prontitud, el interés de la opinión pública de obtener información y la sentencia “documentada y firmada” que, además, “da cuenta de su contenido así como del número y nombre de los magistrados que la adoptaron, por haber sido quienes intervinieron en la deliberación y decisión respectiva”. Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

²⁶ Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

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 el punto anteriormente expuesto y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

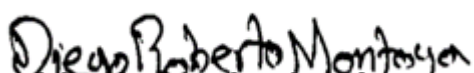
R E S U E L V E

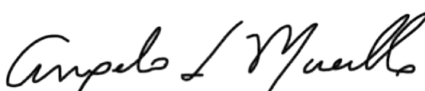
PRIMERO: ADICIONAR el fallo de primer grado, en cuanto a que se **DISPONE** que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia los conceptos objeto de devolución por parte de la AFP PORVENIR S.A. deberá aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

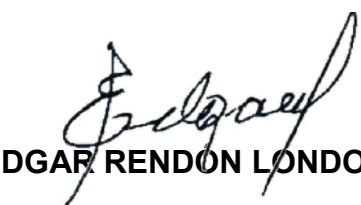
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de estudio de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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 LILIANA GAMBOA
GUTIÉRREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A. (RAD. 17 2022 00383 01)

Bogotá D.C. treinta de (30) de abril 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 el fin de resolver el recurso
de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandada
COLPENSIONES, como también el grado jurisdiccional de consulta en favor de
esta, en contra la sentencia proferida por el Juez 17 Laboral del Circuito de Bogotá
el día 21 de febrero de 2024¹, en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de validez de la afiliación
al régimen de ahorro individual con solidaridad, inexistencia del derecho y de la
obligación, falta de causa para pedir y prescripción, propuestas por las demandadas
según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora LILIANA GAMBOA
GUTIÉRREZ identificada con la cedula de ciudadanía 51.994.629 al Régimen de
Ahorro Individual con Solidaridad RAIS a través de la administradora de fondos de
pensiones PROTECCIÓN S.A. fue ineficaz y, por consiguiente no produjo efectos
jurídicos, lo anterior según lo expuesto en precedencia.

TERCERO: DECLARAR que la demandante señora GAMBOA GUTIÉRREZ se
encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida
y que COLPENSIONES tiene la obligación legal de validar su retorno y tenerla como
su afiliada sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES
todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante en
esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, traslados
de dineros efectuados por otras AFP, bonos pensionales, lo anterior con sus frutos y
rendimientos, debiendo devolver además los gastos y comisiones de administración
descontados en su momento, las primas de seguros previsionales de invalidez y
sobrevivencia, y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de
Pensión Mínima, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados y con
cargo a su propio patrimonio, según lo analizado en precedencia.

¹ Expediente digital, archivo número 18 (audio), récord: 04:10 a 43:34.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES, recibir el traslado de fondos que efectúe PROTECCIÓN S.A., a favor de la demandante, y a convalidarlos en la historia laboral respectiva, para los efectos de la densidad de semanas que representen en ese régimen pensional, y se autoriza a COLPENSIONES para desplegar todas las actuaciones administrativas, tendientes a obtener la devolución total o íntegra de esos conceptos, ello con miras a garantizar la sostenibilidad financiera del sistema hoy a cargo de Colpensiones.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas, y se dispone que una vez en firme esta sentencia, por secretaría se practique la liquidación correspondiente, y se incluyan agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$1'100.000 M/Cte.

SÉPTIMO: SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES.”

Inconforme con la anterior decisión y como se expuso previamente, la presentación de COLPENSIONES sustentó su recurso de alzada en los siguientes términos:

Solicito en su recurso de alzada en primer lugar se revoque la condena en costas por ser un tercero de buena fe que no intervino en el acto del traslado de la demandante, pues simplemente Colpensiones accedió a la solicitud que de manera voluntaria presento la accionante al momento de realizar el traslado de régimen.

Y en segundo lugar frente a la condena impuesta a Colpensiones de aceptar el traslado de los conceptos ordenados por el juez de instancia, solicito igualmente se revoque la decisión proferida, señalo que está genera una afectación a la sostenibilidad financiera del sistema pensional que administra Colpensiones, en razón a que la demandante esta aportar de solicitar su derecho pensional de la cual no se ha producido rendimiento alguno en favor de Colpensiones, generándose de esta manera una diferencia entre lo que se está ordenando devolver y lo que hubiera producido si la demandante hubiese permanecido en el régimen de prima media desde que se trasladó hacia el RAIS².

² Expediente digital, archivo número 18 (audio), récord: 44:14 a 48:20.
Recurso de apelación Colpensiones:

“Gracias su señoría por parte de este suscrito si se hará uso del recurso de apelación contra la decisión adoptada por su despacho en ese orden y se sustenta la siguiente manera: lo primero a decir es que con la condena en costas y agencias en derecho a Colpensiones se le vulneran sus derechos procesales en su calidad de tercero de buena fe, aunque han sido detectados actos o emisivos faltantes a la ley por parte del señor juez pero que estos actos como lo indiqué en mis alegaciones no son como tal atribuibles a Colpensiones sino a otros sujetos procesales; toda vez que a esta entidad no le ha correspondido la carga probatoria de demostrar la asesoría al momento de la migración del régimen que realizó la parte demandante de este proceso.

Esta responsabilidad sí recaía sobre el fondo privado aquí convocado en esta acción judicial, para esto debió tenerse en cuenta consideramos respetuosamente que en síntesis el descontento de la parte actora y que lo motiva a realizar a presentar esta acción judicial radica primero que todo en la omisión del deber de información por parte de la AFP del raíz y en el hecho de brindársele falsa información con respecto a la liquidación inminente del ISS que fue lo que se le manifestó con respecto a esta entidad según así lo confirmó en su interrogatorio de parte pero estas dos razones que la motivan a presentar su demanda no son precisamente atribuibles a Colpensiones, quien por el contrario sencillamente accedió a la solicitud voluntaria que hizo la actora de trasladar todos sus recursos al régimen que en aquella oportunidad decidió trasladarse entonces, estos actos transgresores de la ley no deben afectar a quien ha procedido de buena fe y en vasto y en cumplimiento del vasto ordenamiento legal que regula estos asuntos.

El segundo entendido es que por la condena impuesta también de aceptar esta declaratoria de ineficacia de la filiación y el traslado a la larga se violenta el principio de sostenibilidad financiera al del sistema pensional que

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda³ las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo⁴, aspirando se declare la ineficacia de la vinculación realizada a la AFP PROTECCIÓN S.A. y, en consecuencia, se ordene su traslado al RPMPD administrado por Colpensiones junto con la totalidad de los dineros que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, bonos pensionales, rendimientos financieros, intereses, comisiones, devolución de los gastos de administración, declarando que esta última deberá aceptar dicho traslado y costas procesales.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS y, en consecuencia, se ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, traslados de dineros efectuados por otras AFP, bonos pensionales, lo anterior con sus frutos y rendimientos, gastos y comisiones de administración descontados en su momento, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio.

Consideración a la que arribó la Juez de primer grado con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y al señalar que la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

administra Colpensiones, hay que tenerse en cuenta que este régimen pensional se sustenta en el principio financiero del reparto simple, estos prejuicios se causan al ordenar que la actora que ya casi ostenta la edad para solicitar la prestación vitalicia la pensión de vejez se le faciliten circunstancias para pedir esta prestación, valga la redundancia de la cual no ha producido rendimientos en favor de esta administradora.

Por lo cual se advierte que aun sumando todos los dineros que por concepto se están ordenando devolver a mi representada por parte de la de la AFP del RAIS en cumplimiento de esta orden judicial, se insiste en que hay una diferencia abismal entre lo que en dicho caso se está ordenando devolver y lo que hubiera producido el actor de haber permanecido en el régimen de prima media desde que se trasladó hacia el RAIS. En virtud de lo expuesto le solicito al honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá revocar la sentencia objeto de apelación en su lugar absolver a Convenciones de las condenas impuestas en la presente sentencia. Dejo acá presentado y sustentado mis alegatos de mi recurso de apelación perdón, agradeciendo a su señoría por la oportunidad.”

³ Expediente digital, archivo 02, páginas 2 y 3.

⁴ Ibidem, páginas 3ª 5.

Expuesto lo anterior, para resolver la controversia planteada es menester precisar que 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 por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002⁵.

Así las cosas, dentro de la documental visible en el expediente obra copia del documento de identidad de la actora de donde se extrae que su fecha de nacimiento fue el día 30 de abril de 1969⁶, por lo que la edad de 57 años la cumplirá el mismo día y mes del año 2026 procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el día 02 de septiembre de 2022⁷, esto es, cuando ya se encontraba inmersa en prohibición antes referida, por cuanto le faltaban menos de 10 años (más exactamente 4 años) para cumplir el requisito de edad para adquirir su derecho pensional y, de otra parte, la demandante no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994), pues para esa data según las probanzas incorporadas en autos, la demandante no se encontraba afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones según se desprende del reporte de semanas cotizadas en pensión expedido por Colpensiones y actualizado al 02 de diciembre de 2022⁸, de donde se extrae que la primera cotización realizada corresponde al periodo del mes mayo del año 1998⁹, circunstancia por lo que no se encontraba inmersa en la excepción

⁵ “ (...) En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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(...) ”.

⁶ Expediente digital, archivo 02 página 14.

⁷ Ibidem páginas 32 y 32.

⁸ Expediente digital, archivo 08, documentos identificado como: GRP-SCH-HL-66554443332211_2419-20221202091619.PDF.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
860020308	COMESTIBLES RICOS LT	01/05/1998	31/01/1999	\$720.000	38,57	0,00	0,00	38,57
860020308	COMESTIBLES RICOS LT	01/02/1999	28/02/1999	\$856.000	4,29	0,00	0,00	4,29
860020308	COMESTIBLES RICOS LT	01/03/1999	31/05/1999	\$853.000	12,86	0,00	0,00	12,86
860020308	COMESTIBLES RICOS LT	01/06/1999	30/06/1999	\$796.000	4,29	0,00	0,00	4,29
860020308	COMESTIBLES RICOS LT	01/07/1999	31/03/2000	\$853.000	38,57	0,00	0,00	38,57
860020308	COMESTIBLES RICOS LT	01/04/2000	30/04/2000	\$1.052.000	4,29	0,00	0,00	4,29
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:								102,86
[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 16 "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"):								0,00

prevista en la mencionada sentencia C-789 de 2002 para poder 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 parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al RPMPD la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de este régimen al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso acaeció el **04 de abril de 2.000** con fecha de efectividad a partir del **01 de junio del año 2.000**¹⁰ por afiliación que hiciera la señora LILIANA GAMBOA GUTIÉRREZ a la AFP PROTECCIÓN S.A., conforme la información reportada consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar que 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 le reportaría, pues 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 especialidad 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 sin lugar a duda alguna las consecuencias de una decisión de tal envergadura.

Frente al tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 12136 radicación No. 46.292 de 2014¹¹, 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

¹⁰ Expediente digital, archivo 09, página 40.

¹¹ M.P. Doctora ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

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» (SL 1688 de 2019)¹².

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 este 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 extunc¹³ en los términos del artículo 1.746 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 ya citada Corte en sentencia SL 2877 de 2020¹⁴ lo siguiente:

«(...) 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».

¹² M.P. Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

¹³ Al tema puede consultarse la sentencia SL 2877 de 2020 y SL 4875 de 2020.

¹⁴ M.P. Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

De igual manera esta alta Corporación en sentencia SL 1948 de 2021¹⁵ 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» (SC 3201-2018).]

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 SL 1688-2019, reiterada en CSJ SL 3464-2019, y especialmente la CSJ SL 4360-2019)».

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

¹⁵ Ibidem.

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 nuestro órgano de cierre 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 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 cada uno de los regímenes 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 a la AFP PROTECCIÓN S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia expuesto entre otras en las sentencias con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011¹⁶, radicación No. 31989 del 9 de septiembre de

¹⁶ “(...) 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

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

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

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

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

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

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

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.

Sala que el juicio valorativo respecto al cumplimiento del deber de información no se agota con la sola firma del formulario de afiliación, por consiguiente 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.

Siendo oportuno destacar que de las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante¹⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor de la AFP PROTECCIÓN S.A. le señaló que Colpensiones se iba a acabar por lo que no tenía mucha seguridad con los recursos que tenía allí, destacando la omisión de información respecto de las consecuencias de su traslado en ese momento.

Nótese que de lo relatado por la demandante tampoco es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PROTECCIÓN haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

A efecto de zanjar cualquier duda en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A.¹⁸, se debe señalar que este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que 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 PROTECCIÓN S.A. (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.

¹⁷ Audiencia celebrada el día 09 de febrero de 2024, archivo 15 (audio) del expediente digital récord: 10:54 a 22:13

¹⁸ Expediente digital, archivo 09, página 40.

En ese sentido, resultaba necesario y obligatorio que el fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A. proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, la referida AFP 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.

Al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema ha precisado de forma insistente que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como “(...) *la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de *leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber.* (...) (CSJ SL 1055 de 2022)

Aquí también debe resaltar esta Sala que 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 SL 1688 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.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 2.000 cuando se produjo el traslado de la aquí demandante a la AFP PROTECCIÓN S.A. estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (04 de abril de 2.000 con fecha de efectividad a partir del **01 de junio del año 2.000)**, 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 SL 12136 de 2014 ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Y en ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente y en consecuencia el traslado por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado la actora del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida se encuentra ajustado a derecho, 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, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

En esta dirección debe precisar esta Sala de Decisión que en virtud de la consulta que se surte en favor de Colpensiones, se adicionará el fallo de primer grado, en cuanto a que se dispondrá que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

Ahora, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto, lo primero sea indicar que aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente a la demandante como su afiliada.

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

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera punto de inconformidad alegado por Colpensiones, la máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *“el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”* (Sentencia SL 2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la condena al pago de costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, se debe señalar que el legislador 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 CGP, 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 que la única valoración a tener en cuenta en este aspecto son los resultados del proceso, por lo que se confirma la sentencia de primer grado en este aspecto.

En relación a la excepción de prescripción¹⁹ propuesta por COLPENSIONES²⁰, entidad a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Al epílogo conviene agregar una glosa a la temática en estudio, a raíz del comunicado de prensa número 13 del 12 de abril del 2024 expedido por la Corte Constitucional en referencia a la SU-107 del 2024 en punto a estimar que no tiene fuerza vinculante conforme lo asienta la propia Corte Constitucional en Auto No. 201 del 2013 así:

“...7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole²¹. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional²², en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los

¹⁹ Expediente digital, archivo 07, página 11.

²⁰ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto de fecha 26 de enero de 2024. Archivo 11 del expediente digital.

²¹ Ver, al respecto, el auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

²² Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992, posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

asuntos decididos en Sala Plena”²³ y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”²⁴.

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”²⁵. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”²⁶.

Del mismo modo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A del 4 de febrero del 2016 Radicación número 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) se indicó:

“Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación... el presidente del máximo tribunal constitucional expide los comunicados de prensa con el fin de poner en conocimiento de la comunidad las decisiones adoptadas y con ello de los cambios que implican en el ordenamiento jurídico. No obstante, al no ser la sentencia misma la que se publica no produce efectos jurídicos... se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni rempazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991... si bien es cierto a través del citado comunicado se informó sobre la Sentencia de Unificación SU-556 del 14 de julio del 2014, también lo es que, como quedó antes expuesto, dicha publicación no produce efecto vinculante ni jurídico alguno, pues no reemplaza la notificación... De esta forma, al Tribunal no podía exigírsele la aplicación de una sentencia que no producía efectos para el momento en que de adoptó la decisión que ahora se debate... En ese orden, no se advierte el desconocimiento del precedente judicial alegado”

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,

²³ Acerca de la facultad de la Corte Constitucional para regular lo referente a las condiciones de publicidad de sus sentencias es útil la consulta de los Autos 152 B de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y 028 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

²⁴ Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 12 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁵ “Que en las condiciones anotadas, es claro que existe una evidente diferencia entre el comunicado que busca satisfacer, con prontitud, el interés de la opinión pública de obtener información y la sentencia “documentada y firmada” que, además, “da cuenta de su contenido así como del número y nombre de los magistrados que la adoptaron, por haber sido quienes intervinieron en la deliberación y decisión respectiva”. Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

²⁶ Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

conforme las motivaciones que preceden, se adicionará en el punto anteriormente expuesto y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

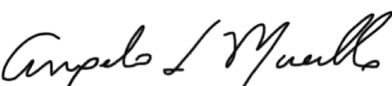
PRIMERO: ADICIONAR el fallo de primer grado, en cuanto a que se **DISPONE** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia los conceptos objeto de devolución por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A. deberá aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de estudio 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 PATRICIA MORALES MORENO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL S.A. hoy AFP SKANDIA S.A. (RAD. 19 2019 00440 01)

Bogotá D.C. treinta de (30) de abril 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 el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, como también el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en contra la sentencia proferida por la Juez 19 Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de marzo de 2022 (*Expediente digital, archivo número 15 (audio), récord: 39:40*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de la señora PATRICIA MORALES MORENO identificada con la cédula número 51.602.346 del régimen de prestación definida con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado hoy por OLD MUTUAL S.A. hoy AFP SKANDIA S.A. y que se identifica con el NIT 800148514-2 realizado el 07 de julio de 1995 conforme lo considerado en la parte motivada de la decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante PATRICIA MORALES MORENO identificada con la cédula número 51.602.346 al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES desde el 01 de septiembre de 1979 hasta la actualidad, como si ella nunca se hubiere trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada OLD MUTUAL S.A. hoy AFP SKANDIA pensiones y cesantías a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora PATRICIA MORALES MORENO como son cotizaciones, aportes adicionales o voluntarios, junto con los rendimientos financieros causados incluidos los intereses y las comisiones y sin descontarse los gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta

providencia, sumas debidamente indexadas al momento del traslado y por supuesto COLPENSIONES le asiste el deber la obligación de recibir dicha suma.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones principales incoadas en su contra incluyendo la pretensión subsidiaria si la hay.

QUINTO: SIN COSTAS.

SEXTO SÉPTIMO: *Si no es apelada esta decisión remítase el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta toda vez que la decisión fue adversa a COLPENSIONES.”*

Inconforme con la anterior decisión y como se expuso previamente, los apoderados judiciales de la AFP SKANDIA S.A. y COLPENSIONES sustentaron sus recursos de alzada en los siguientes términos:

La representación de la AFP señaló estar inconforme puntualmente con la condena impuesta en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida por la juez *a quo*, para lo cual expuso que en materia de devolución de gastos de administración existe una regulación concreta como lo es el Decreto 3925 de 2008 quien su artículo 7 señala en punto a los traslados de recursos entre los regímenes del sistema general de pensiones, que cuando este opera entre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (de ahora en adelante RAIS) al régimen de prima media con prestación definida (de ahora en adelante RPMPD) corresponde trasladar el saldo de los aportes realizados al trabajador o afiliado depositados en su cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima, sin que en dicha norma se señalara que se deba trasladar gastos de administración.

En igual sentido expuso que los gastos de administración están destinados a cubrir las primas de los seguros de invalidez o muerte, siendo esta la razón por la cual la AFP SKANDIA S.A. no cuenta con este dinero si no que fueron trasladados en su momento a las respectivas aseguradoras, generando con esta condena un perjuicio económico, fiscal y financiero no solamente a la parte apelante si no al RAIS que representa. En punto a la condena por concepto de pago de rendimientos financieros indico que el artículo 964 de código civil señala que el poseedor de buena fe no está obligado a la restitución de los frutos percibidos, estando enmarcado en este precepto el actuar de la AFP razón por la cual la condena por dicho concepto no es procedente adicionando que su representada siempre actuó bajo la buena fe.

Seguidamente solicitó se revoque lo referente al pago de manera indexada de cada uno de los valores ordenados a devolver al régimen de RPMPD por cuanto como se expuso en la parte resolutive de la sentencia atacada, previamente se ordenó el pago de rendimientos y es este rubro el que compensa la devaluación que se hubiera causado en algún tiempo, siendo entonces ello un doble pago por el mismo

concepto trayendo a colación que el Tribunal Superior de Cali en algunos pronunciamientos ha revocado este punto en casos similares.

Finalmente, señala que en caso de confirmarse la decisión atacada solicita se dé por probada la figura de la prescripción sobre esos rubros y conceptos, es decir, gastos de administración y el porcentaje que corresponde al pago de las primas, pues su origen es precisamente por la relación contractual vivida entre esta AFP y las aseguradoras, siendo entonces aplicable las normas previstas en el código de comercio más exactamente lo indicado en su artículo 1.081 que señala que acción en temas de seguro prescriben en dos años. (*Expediente digital: Archivo número 15 (audio), récord: 41:48*)¹

¹RECURSO DE APELACIÓN AFP SKANDIA:

“(…) Me permito interponer y sustentar parcialmente el recurso de apelación contra la sentencia que quise acá proferir, especialmente el numeral tercero de la parte resolutive referente a la orden impartida a mi representada de retomar hacia colpensiones lo referente a los gastos de administración, la rentabilidad y que los mismos deben ser. manera indexada. Fundo el recurso de apelación en los siguientes términos. En efecto, encontramos que existe una regulación específica y concreta como lo constituye el decreto 3925 del año 2008, artículo séptimo, que señala: frente a los traslados de recursos entre regímenes del sistema general de pensiones, que cuando opera un traslado de recursos entre el RAIS al régimen de prima media como es el caso que aquí se materializa, corresponde trasladar el saldo de unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador o del afiliado, destinados en su cuenta individual. Además, el fondo de garantía de pensión mínima. Y en ese orden de ideas encontramos que esta regulación no señala de manera taxativa que deba retomarse lo referente a los gastos de administración.

Ello encuentra una lógica jurídica, dado que la ley 100 del año 1993 señala que una parte de esos gastos de administración están destinados para cubrir o sufragar las primas para sufragar las pólizas ya sea por una invalidez o por una muerte. Por ende, honorables magistrados, dichos rubros no se encuentran a disposición de la entidad a la cual yo represento, sino que fueron trasladados a la aseguradora respectiva. Por ende, mi representada no cuenta desde el año 2010 fecha en la cual aquí la mandante se trasladó hacia mi representada con dichos sumas o dicho capital. Teniendo en esa orden días para poder cumplir con la sentencia aquí proferida, cubrir este pago con sus propios recursos. En esa orden de días se estaría generando un perjuicio económico, fiscal y financiero no solamente a skandia, sino como tal al régimen que yo estoy aquí representando. También es importante resaltar que en la misma sentencia, especialmente el numeral tercero de la parte resolutive, se señala que debe retomarse los respectivos rendimientos o los frutos.

Y en ese orden de ideas encontramos que el artículo 964 del Código Civil referente a la restitución de los frutos señala que el poseedor de buena fe no está obligado a la restitución de los frutos percibidos. Al generarse una devolución de esta rentabilidad se estaría tornando, se estaría asumiendo la postura de que mi representada obró bajo un principio o no un principio, más bien bajo un postulado de mala fe. Pero debe tenerse en consideración que el contrato o el traslado que operó entre las partes aquí presentes operó bajo y se reguló bajo el principio precisamente de buena fe y por ende, en cumplimiento de dicha norma, no debe mi representada trasladar dichos rubros o dichos rendimientos. Aún más, debe reintegrar el porcentaje descontado por comisión de administración, teniendo en cuenta que dichos recursos fueron utilizados precisamente para la administración de la cuenta de la orden individual de la demandante, siendo ineficaz el traslado y por ende, de la devolución de los mismos. Así se ha señalado en varios conceptos emitidos por los entes de control, como de la superintendencia financiera.

Teniendo en cuenta todos estos principios, especialmente el principio de buena fe, para la restitución de los frutos, debe tenerse en cuenta que mi representada bajo el postulado de buena fe, fue que percibió los mismos. Ahora bien, la misma norma o mejor, el numeral, señala que deba restituirse o

Por su parte la representación de COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia recurrida y en su lugar se absuelva a esta entidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte demandante, al no ser procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional acaecido el día 07 de julio de 1.995 momento en el cual la actora se trasladó de RPMPD al RAIS, por cuanto debe entenderse este como totalmente válido y en consecuencia produjo plenos efectos jurídicos en la medida que la convocante realizó aportes a la AFP traída a juicio, adquiriendo de esta manera obligaciones no siendo posible que se derive obligación alguna a cargo de Colpensiones.

Para sustentar sus reparos hizo alusión a las sentencias SL 4134 de 2020 y SL 1061 de 2021 proferidas por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, expresando que son aplicables al caso bajo estudio en la medida que la demandante no solo estuvo afiliada a la AFP SKANDIA S.A., si no que con

deban pagarse o sufragarse hacia Colpensiones dichos sumas o dichos rubros de manera indexada, para lo cual honorables magistrados solicito que se revoque igualmente esta indexación, dado que, teniendo en cuenta que en esta sentencia ya se habló que se deban retomar todos los dineros por todos los conceptos sin, como señala la jueza en primera instancia, sin descuento alguno, debe tenerse en cuenta que como no opera descuento alguno, incluyendo los rendimientos, como aquí se ha manifestado, al pagarse o sufragarse estos rendimientos, en el caso de ser confirmada la sentencia, en los términos que aquí se fue proferida, este concepto compensa la devaluación que hubiese causado en cualquier tiempo aquella suma de dinero.

Por ende, solicito de manera muy respetuosa a los magistrados que se revoque esta decisión y que no sea de manera indexada, porque se estaría pagando dos veces por el mismo hecho. Es decir, estamos pagando, además de incluir los rendimientos, una indexación cuando lo ha señalado diferentes sentencias del Tribunal Superior de Cali, que han revocado esta indexación de que al generarse o incluirse en la retoma o devolución de esos aportes los rendimientos, se estaría por este concepto compensando esta devaluación ya citada anteriormente. Por ende, solicito a los honorables magistrados tener en consideración algunos aspectos muy puntuales, que han sido estudiados por la Jurisdicción de Cali y especialmente sentencias como la del 30 de junio de 2021 que revocó la sentencia del Juzgado 18 Laboral de Cali bajo el radicado 2019-473, entre otras, en las cuales señaló que en estos procesos no opera la indexación, porque precisamente se está ordenando todas las sumas de dinero, incluyendo los rendimientos.

Ahora bien, de manera subsidiada, si los honorables magistrados consideran ratificar y confirmar la sentencia que aquí se acaba de proferir, solicito a los honorables magistrados que se estudie la figura de la prescripción que fue formulada dentro de la contestación a la demanda pero esta prescripción opera precisamente frente al porcentaje de gastos de administración y especialmente frente al pago de las primas y el porcentaje que corresponde al pago de las primas, dado que la fuente o la raíz o el origen de estos gastos de administración lo tiene o se derivan de una relación contractual que surge, es decir, el contrato de seguros previsional y en estos días, a regularse por ese contrato de seguros previsional, nos debemos regir bajo las normas que regulan todo contrato de seguros, como las normas contempladas en el Código de Comercio y especialmente en materia prescriptiva el artículo 1081 del Código de Comercio que señala que la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguros deriva en dos años, teniendo en consideración que la aquí demandante se encuentra afiliada como m representada desde el año 2010 a la fecha, solicito de manera muy respetuosa se declare la prescripción sobre el porcentaje de gastos de administración que ha operado en este tiempo que señala la norma en mención.

Y en ese orden de ideas solicito muy respetuosamente la revocatoria parcial de la sentencia que aquí se acaba de proferir de manera respetuosa. (...)"

anterioridad fue vinculada a la AFP PROTECCIÓN S.A. lo que demuestra que tuvo una doble asesoría por parte de cada una de estas administradoras, siendo consiente la señora MORALES MORENO de querer seguir perteneciendo al RAIS por su propia voluntad y sin ejercer acción alguna tendiente a retornar al RPMPD y, muy por el contrario de las pruebas obrantes en el expediente como del interrogatorio de parte practicado a la demandante se puede evidenciar que las AFP si cumplieron con el deber de información, siendo la promotora del proceso negligente por no solicitar cambio de régimen pensional antes cumplir 47 años.

Finalizo su intervención solicitando que en caso de confirmación de la sentencia de primer grado no se condene en costas a esta entidad y se ordene que sea trasladada la totalidad de cotizaciones efectuadas por la demandante refiriendo al punto las sentencias SL 17595 de 2017, SL 4989 de 2018 y SL 1421 de 2019. *(Expediente digital: Archivo número 15 (audio), récord: 49:09)*²

² RECURSO DE APELACIÓN COLPENSIONES:

“(…) De manera respetuosa y estando ante la oportunidad pertinente me permito interponer y sustentar el recurso de apelación contra la sentencia propiedad por su despacho en lo que refiere sólo a mi representada para que el honorable Tribunal Superior de Bogotá en su sala laboral revoque y en su lugar se absuelva a mi representada colpensiones de todas y cada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte demandante conforme los siguientes argumentos.

No debe declararse la ineficacia del traslado al régimen de prima media al RAIS ni declarar la afiliación a la administradora colombiana de pensiones colpensiones en la medida que se pretende validar un acto que no sólo fue válido, sino que produjo efectos jurídicos, tanto que la demandante efectuó aportes al fondo privado adquiriendo obligaciones, por lo que no es posible derivar obligaciones a cargo de mi representada. En este, me permito resaltar la sentencia que, como dije en mis alegatos, encuadra muy bien al presente proceso, que es la sentencia SL 4934 del 2020 y SL 1061 del 2021 de la Corte Suprema de Justicia, magistrada ponente la doctora Ana María Muñoz Segura, donde no casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, una sentencia de ineficacia bajo los siguientes argumentos y teniendo en cuenta, pues, que aquí la demandante se trasladó primero a protección y después a Skandia, abro comillas, se tiene que los traslados horizontales dentro del régimen de ahorro individual, es decir, múltiples cambios entre administradores de fondos privados de pensiones, reúnen los elementos propios de unos actos de relacionamiento, lo cual permite suponer que la afiliada desea continuar en dicho régimen, aunque bajo la asesoría de beneficios que le pueda proveer otra administradora de pensiones, las cuales compiten entre sí.

En ese orden de ideas es posible concluir que aun cuando no haya certeza de que si la afiliada 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 todos los elementos para forzar con plena convicción su elección. Dichos comportamientos o actos de relacionamiento en los casos de afiliación pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados, tales como presentar solicitud de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otras. Así lo ha establecido esta corporación en fallo SL 413 en 2018.

En este estado de mi apelación me permito resaltar que quedó evidenciado que sí, la demandante que sí tuvo una doble asesoría por parte del fondo de Protección y que sí era consciente de que quería seguir perteneciendo al régimen privado. No hizo ninguna actuación antes de después de esa asesoría para querer trasladarse a colpensiones. Hubo negligencia por parte de la demandante y pues no debe declararse la ineficacia porque sí hubo una doble asesoría. No estamos ante un proceso pues que se pueda alegar que no hubo el deber de información cuando quedó demostrado en el proceso en el interrogatorio de parte de las pruebas documentales pues que sí hubo esa

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 (Páginas 15 a 17 del archivo 3 del expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 11 a 15 ibidem), aspirando de manera principal se declare la nulidad de la vinculación realizada a la AFP PROTECCIÓN S.A. y, en consecuencia, se ordene a OLD MUTUAL S.A. hoy AFP SKANDIA S.A. trasladar al RPMPD administrado por Colpensiones a la señora PATRICIA MORALES MORENO junto con la totalidad de los dineros que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, gastos de administración, declarando que esta última deberá aceptar dicho traslado, costas procesales y demás derecho que resulten probados bajo las facultades extra y ultra petita.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS y, en consecuencia, se ordenó a la AFP SKANDIA S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación

información que el fondo sí le brindó ese deber de información que tenía y que la demandante por descuido o negligencia pues no llevó a cabo ningún trámite pues para poder trasladarse a colpensiones antes de cumplir los 47 años. Teniendo en cuenta pues que su asesoría fue en el 2008 pues para esa época podía trasladarse sin ningún inconveniente porque la ley lo permite.

Teniendo en cuenta pues también esa sentencia que acabo de mencionar y las sentencias del Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral pues que se han pronunciado sobre la ineficacia y han revocado en algunos casos la sentencia de primera instancia y pues en los casos que demuestran que sí hubo asesoría me permito resaltar algo de esta sentencia, abro comillas el afiliado no está exagerado en su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta de que su elección dependerá de su futuro pensional, cierro comillas. Sentencia proferida por el doctor Lorenzo Torres Russi el 13 de agosto del 2020 con radicado en 2017 118 del juzgado segundo laboral del circuito de Bogotá.

En caso de confirmación de esta sentencia solicito a los honorables tribunal no condenar en costas a mi representada pues nada tuvo que ver con el negocio jurídico que realizaron las partes y en caso de confirmación solicito que sea trasladado o reintegrado la totalidad de cotizaciones según se advierte en la sentencia SL del 8 de septiembre del 2008 radicado 31989, SL 17595 del 2017, SL 4989 del 2018 y SL 1421 del 2019 radicado 56174 por lo anterior pues ruego a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que sean considerados estos argumentos, se estudie de nuevo las pruebas aportadas en el plenario y en consecuencia pues sea revocada la sentencia preferida en cuanto a la ineficacia del traslado y en cuanto a lo que infiere a mi representada, muchas gracias. (...)"

de la actora tales como cotizaciones, aportes adicionales o voluntarios, rendimientos financieros incluidos intereses, comisiones y, sin que se descuenten gastos de administración; señalando que dichas sumas deben ser debidamente indexadas.

Consideración a la que arribo la Juez de primer grado con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y al señalar que la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Expuesto lo anterior, para resolver la controversia planteada es menester precisar que 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 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 por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, dentro de la documental visible en el expediente obra copia del documento de identidad de la actora de donde se extrae que su fecha de nacimiento fue el día 18 de mayo de 1961 (*Expediente digital archivo 03 página 51*), por lo que la edad de 57 años la cumplió el mismo día y mes del año 2018 procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES y AFP SKANDIA S.A. el día 29 de enero y 06 de febrero del año 2019 respectivamente (*Expediente digital Archivo 03 páginas 155 a 160 y 161 a 163*), esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir su derecho pensional y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994) pues para esa data según las probanzas incorporadas en autos apenas había cotizado al sistema de seguridad social en pensión un total de 576.86 semanas, según se desprende del reporte de semanas cotizadas en pensión

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(...) ”.

expedido por Colpensiones y actualizado al 30 de septiembre de 2019 (Expediente digital archivo 17, documento denominado GRP-SCH-HL-66554443332211_1615-20190930111354, página 1)⁴, por lo que no se encontraba inmersa en la excepción prevista en la mencionada sentencia C-789 de 2002 para poder 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 parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al RPMPD la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de este régimen al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso acaeció el **07 de julio de 1995** (*Expediente digital, archivo 10 página 19*) por afiliación que hiciera inicialmente la señora MORALES MORENO a la AFP PROTECCIÓN S.A., conforme la información reportada en el formulario de afiliación suscrito con esta AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar que 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 le reportaría, pues 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 septiembre/2019

ACTUALIZADO A: 30 septiembre 2019

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento: **Cédula de Ciudadanía**

Número de Documento: **51602346**

Nombre: **PATRICIA MORALES MORENO**

Dirección: **CR 7 NRO 40 62**

Estado Afiliación: **Trasladado**

Fecha de Nacimiento: **18/05/1961**

Fecha Afiliación: **01/09/1979**

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
1007103213	MONTACARGAS AL INSTA	01/09/1979	30/01/1982	\$25.530	126,14	0,00	0,00	126,14
1008210813	SIPLAS LTDA	26/10/1984	29/08/1985	\$17.790	44,00	0,00	0,00	44,00
1008207712	HOSPITAL SAN IGNACIO	01/03/1986	30/09/1988	\$43.430	135,00	4,86	0,00	130,14
1008207712	HOSPITAL SAN IGNACIO	01/11/1988	30/11/1988	\$28.609	4,29	0,00	0,00	4,29
1008207712	HOSPITAL SAN IGNACIO	01/01/1989	31/12/1994	\$453.465	313,00	1,43	0,00	311,57
860015536	HOSPITAL UNIVERSITAR	01/01/1995	28/02/1995	\$500.000	8,57	0,00	0,00	8,57
860015536	HOSPITAL UNIVERSITAR	01/03/1995	31/03/1995	\$620.000	4,29	0,00	0,00	4,29
860015536	HOSPITAL UNIVERSITAR	01/04/1995	31/05/1995	\$562.000	8,57	0,00	0,00	8,57
860015536	HOSPITAL UNIVERSITAR	01/06/1995	30/06/1995	\$500.000	4,29	0,00	0,00	4,29
860015536	HOSPITAL UNIVERSITAR	01/07/1995	31/07/1995	\$562.000	4,29	0,00	0,00	4,29
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:								646,14
[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 - "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"):								0,00

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta especialidad 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 sin lugar a duda alguna las consecuencias de una decisión de tal envergadura.

Frente al tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 12136 radicación No. 46.292 de 2014⁵, 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*» (SL 1688 de 2019)⁶.

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 este 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 extunc⁷ en los términos del artículo 1.746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

⁵ M.P. Doctora ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

⁶ M.P. Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

⁷ Al tema puede consultarse la sentencia SL 2877 de 2020 y SL 4875 de 2020.

Al punto sostuvo la ya citada Corte en sentencia SL 2877 de 2020⁸ lo siguiente:

«(...) 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».

De igual manera esta alta Corporación en sentencia SL 1948 de 2021⁹ 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

⁸ M.P. Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

⁹ Ibidem.

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» (SC 3201-2018).]

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 SL 1688-2019, reiterada en CSJ SL 3464-2019, y especialmente la CSJ SL 4360-2019)».

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 nuestro órgano de cierre 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 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 cada uno de los regímenes 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 a la AFP PROTECCIÓN S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia expuesto entre otras en las sentencias con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011¹⁰, radicación No. 31989 del 9 de septiembre de

¹⁰ “(...) Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL

PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a

los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

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

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

“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”.

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente y en esa dirección advierte la Sala que el juicio valorativo respecto al cumplimiento del deber de información no se agota con la sola firma del formulario de afiliación, por consiguiente con ninguno

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.

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.

Siendo oportuno destacar que de las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante¹¹ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor le señaló que el seguro social se iba a acabar por lo que no tenía mucha seguridad con los recursos que tenía allí, destacando la omisión de información respecto de las consecuencias de su traslado en ese momento.

Nótese que de lo relatado por la demandante tampoco es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que las AFP demandadas hayan cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

A efecto de zanjar cualquier duda en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A. (*Expediente digital, archivo 10 página 19*), se debe señalar que este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligatorio que el fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A. proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar

¹¹ Audiencia celebrada el día 11 de mayo de 2021, archivo 13 del expediente digital récord: 24:53.

el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, la referida AFP 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.

Al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema ha precisado de forma insistente que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como “(...) *la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de *leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber.* (...) (CSJ SL 1055 de 2022)

Aquí también debe resaltar esta Sala que 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 SL 1688 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,	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009	Implica el análisis previo, calificado y global de los

asesoría y buen consejo	Decreto 2241 de 2010	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 1.995 cuando se produjo el traslado de la aquí demandante a la AFP PROTECCIÓN S.A. estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (07 de julio de 1.995), el deber de información para con la promotora del juicio en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y, en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014 ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Por otro lado, es menester precisar que no tiene incidencia alguna lo referido por COLPENSIONES en su apelación relacionado a que la actora hubiese efectuado traslados entre AFP más exactamente el realizado a OLD MUTUAL S.A. hoy AFP SKANDIA S.A., en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para permanecer 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 formulario de traslado de fecha 18 de enero de 2010. (*Expediente digital archivo 093 página 12.*)

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 el identificado con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y

la ya citada sentencia SL 1055 2022¹² radicación 87911 de 2 de marzo de 2022 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 SL 2379 de 2022:

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

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

¹² M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ.

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. Y en ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente y en consecuencia el traslado por parte de OLD MUTUAL S.A. hoy AFP 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, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida se encuentra ajustado a derecho, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto al ser así considerado por el órgano de cierre de esta especialidad 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.**”*

No obstante, debe precisarse que atendiendo al grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión adicionará el numeral **TERCERO** del fallo de primer grado, ordenándole a la AFP SKANDIA S.A. que además de lo ordenado por la Juez *a quo*, deberá retornar las **primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**¹³ con cargo a sus propias utilidades¹⁴ por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado.

Por otro lado, se revocará el numeral **CUARTO** para en su lugar condenar a que la AFP PROTECCIÓN S.A. a **retornar sus respectivos rendimientos, las sumas descontadas por concepto de los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima todo debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades**, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esta administradora por virtud, como se dijo, del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

¹³ Ver al respecto las sentencias SL 4964-2018, SL 1688-2019, SL 2877-2020, SL 4811-2020 y SL 373-2021.

¹⁴ Conforme lo señala la SL 2209-2021 y SL 2207-2021

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

Igualmente se dispondrá 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.

Ahora, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984 en armonía con el 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (en adelante CPT y de la SS), procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP SKANDIA S.A. teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto alzada relacionados con la devolución de los gastos de administración, rendimientos financieros, la indexación de las sumas a las que fue condenada a trasladar y la excepción de prescripción.

En relación con la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros es necesario indicar que 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, como si dichos conceptos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración, rendimientos financieros, primas de 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 CSJ SL 1421 de 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 y frente a la condena de disponer el pago debidamente indexado de los anteriores conceptos, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo y su imposición procede de forma oficiosa sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adocrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 359 de 2021, reiterada en la SL 859 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 especialidad en providencia SL 3207 de 2020 radicado No. 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

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

Por otro lado, conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja

sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera referido en la sustentación de su recurso por esta misma AFP, 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 SL 2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta igualmente por la AFP SKANDIA S.A.¹⁵, 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.

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

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación No. 67972 del 1° de julio de 2020, señaló que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la

¹⁵ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto de fecha 24 de febrero de 2020, excepción visible en el archivo 09, folio 10 del expediente digital.

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

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

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

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

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

No se estudia la excepción de prescripción frente a la demandada Colpensiones (entidad a favor de quien se surte la consulta) por cuanto una vez revisado su escrito de contestación esta no se propuso.¹⁶

Al epílogo conviene agregar una glosa a la temática en estudio, a raíz del comunicado de prensa número 13 del 12 de abril del 2024 expedido por la Corte Constitucional en referencia a la SU-107 del 2024 en punto a estimar que no tiene fuerza vinculante conforme lo asienta la propia Corte Constitucional en Auto No. 201 del 2013 así:

¹⁶ Expediente digital, archivo 01, páginas 246 a 289.

“...7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole¹⁷. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional¹⁸, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”¹⁹ y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”²⁰.

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”²¹. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”²².”

Del mismo modo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A del 4 de febrero del 2016 Radicación número 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) se indicó:

“Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación... el presidente del máximo tribunal constitucional expide los comunicados de prensa con el fin de poner en conocimiento de la comunidad las decisiones adoptadas y con ello de los cambios que implican en el ordenamiento jurídico. No obstante, al no ser la sentencia misma la que se publica no produce efectos jurídicos... se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni reemplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben

¹⁷ Ver, al respecto, el auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

¹⁸ Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992, posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

¹⁹ Acerca de la facultad de la Corte Constitucional para regular lo referente a las condiciones de publicidad de sus sentencias es útil la consulta de los Autos 152 B de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y 028 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

²⁰ Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 12 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

²¹ “Que en las condiciones anotadas, es claro que existe una evidente diferencia entre el comunicado que busca satisfacer, con prontitud, el interés de la opinión pública de obtener información y la sentencia “documentada y firmada” que, además, “da cuenta de su contenido así como del número y nombre de los magistrados que la adoptaron, por haber sido quienes intervinieron en la deliberación y decisión respectiva”. Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

²² Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991... si bien es cierto a través del citado comunicado se informó sobre la Sentencia de Unificación SU-556 del 14 de julio del 2014, también lo es que, como quedó antes expuesto, dicha publicación no produce efecto vinculante ni jurídico alguno, pues no reemplaza la notificación... De esta forma, al Tribunal no podía exigírsele la aplicación de una sentencia que no producía efectos para el momento en que de adoptó la decisión que ahora se debate... En ese orden, no se advierte el desconocimiento del precedente judicial alegado”

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 modificarán y adicionará en los puntos anteriormente expuestos y se confirmará en lo demás la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** del fallo de primer grado en cuanto a que la AFP SKANDIA S.A. - además de lo ordenado por la Juez *a quo* - deberá retornar a COLPENSIONES las **primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, todo debidamente indexado** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esta administradora conforme lo considerado.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **CUARTO** de la sentencia de primer grado y, en su lugar **CONDENAR** a la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. a **retornar sus respectivos rendimientos, las sumas descontadas por concepto de los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima todo debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades**, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esta administradora conforme las consideraciones precedentemente expuestas.

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.

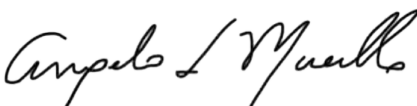
CUARTO: ADICIONAR la parte resolutive de la sentencia de primera instancia con un nuevo numeral, así: **OCTAVO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción propuesta por la AFP SKANDIA S.A.

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

SEXTO: 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 MARÍA EUGENIA PÉREZ
CASTELLANOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A. (RAD. 19 2022 00077
01)

Bogotá D.C. treinta de (30) de abril 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 el fin de resolver el grado
jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES contra la sentencia proferida
por la Juez 19 Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de febrero de 2024¹, en la
que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora MARÍA EUGENIA
PÉREZ CASTELLANOS identificada con la cédula número 51.931.829 del régimen de
prestación definida con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al de ahorro individual con
solidaridad administrado PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS que se
identifica con el NIT 800138188-1 efectuado el 02 de diciembre de 1996 conforme lo
considerado en la parte motivada.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante señora MARÍA
EUGENIA PÉREZ CASTELLANOS identificada con la cédula número 51.931.829 al
régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES
desde el 22 de marzo de 1991 hasta la actualidad, como si ella nunca se hubiere
trasladado y siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación
definida conformidad a lo expuesto en la providencia.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS con el NIT
800138188-1 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación
de la señora MARÍA EUGENIA PÉREZ CASTELLANOS como son cotizaciones,
aportes adicionales o voluntarios, primas de seguros previsionales de invalidez y
sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima,
junto con los rendimientos financieros incluidos los intereses y las comisiones y sin
descontarse los gastos de administración con destino a COLPENSIONES, conforme
lo expuesto en la parte motiva de la providencia, sumas que deben ser debidamente

¹ Expediente digital, archivo 17, récord 3:55 a 25:42.

indexadas y COLPENSIONES esta obligo a aceptar dichas sumas y a aceptar el traslado.

CUARTO: *Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán ser discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que los justifique y también se le requiere a Colpensiones para que proceda actualizar la historia laboral de la aquí demandante.*

QUINTO: ABSOLVER *demás pretensiones principales incoadas en su contra a las demandadas.*

SEXTO: EL DESPACHO CONDENA EN COSTAS *a la AFP PROTECCIÓN en favor del aquí demandante, se ordena que sean tazadas por la secretaría del juzgado.*

SÉPTIMO: *Si no es apelada esta decisión remítase el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en este caso en favor a COLPENSIONES atendiendo su naturaleza.”*

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda² las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo³, aspirando se declare la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A. y, en consecuencia, se condene a la demandada PROTECCIÓN trasladar a Colpensiones el valor de los dineros por concepto de cotizaciones o aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, rendimientos financieros que se hubieren causado y cuotas o gastos de administración, debidamente indexados y que reposan en la Cuenta de Ahorro Individual de la accionante sin que se realice descuento alguno por concepto de gastos de seguro de invalidez y sobrevivencia. Se condene a COLPENSIONES aceptar el traslado de Régimen Pensional procediendo a inscribirla al Régimen de RPMPD que administra esta entidad.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS y, en consecuencia, se ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora tales cotizaciones, aportes adicionales o voluntarios, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de

² Expediente digital, archivo 01, páginas 1 a 3.

³ Ibidem.

garantía de pensión mínima, rendimientos financieros, intereses, comisiones y sin descontarse los gastos de administración con destino a COLPENSIONES, sumas que deben ser debidamente indexadas .

Consideración a la que arribo la Juez de primer grado con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y al señalar que la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Expuesto lo anterior, para resolver la controversia planteada es menester precisar que 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 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 por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002⁴.

Así las cosas, dentro de la documental visible en el expediente obra copia del documento de identidad de la actora de donde se extrae que su fecha de nacimiento fue el día 21 de octubre de 1968⁵, por lo que la edad de 57 años la cumplirá el mismo día y mes del año 2025 procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el día 21 de enero de 2022⁶, esto es, cuando ya se encontraba inmersa en prohibición antes referida, por cuanto le faltaban menos de 10 años (más exactamente 3 años) para cumplir el requisito de edad para adquirir su derecho pensional y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994) pues para esa data según las probanzas incorporadas en autos apenas había cotizado al sistema de seguridad social en pensión un total de 137.43 semanas⁷, por lo que no se

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

⁵ Expediente digital, archivo 01, página 31.

⁶ Ibidem página 53 a 59.

⁷ Expediente digital, archivo 061, página 93 y archivo 01, página 50.

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 le reportaría, pues 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 especialidad 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 sin lugar a duda alguna las consecuencias de una decisión de tal envergadura.

Frente al tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 12136 radicación No. 46.292 de 2014⁹, 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»* (SL 1688 de 2019)¹⁰.

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 este se incurriría en un vicio que invalidaría dicho

⁹ M.P. Doctora ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

¹⁰ M.P. Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

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 extunc¹¹ en los términos del artículo 1.746 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 ya citada Corte en sentencia SL 2877 de 2020¹² lo siguiente:

«(...) 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».

De igual manera esta alta Corporación en sentencia SL 1948 de 2021¹³ 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

¹¹ Al tema puede consultarse la sentencia SL 2877 de 2020 y SL 4875 de 2020.

¹² M.P. Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

¹³ Ibidem.

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» (SC 3201-2018).]

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 SL 1688-2019, reiterada en CSJ SL 3464-2019, y especialmente la CSJ SL 4360-2019)».

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 nuestro órgano de cierre 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 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 cada uno de los regímenes 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 a la AFP PROTECCIÓN S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia expuesto entre otras en las sentencias con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011¹⁴, radicación No. 31989 del 9 de septiembre de

¹⁴ “(...) 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

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, 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 (…)

que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente y en esa dirección advierte la Sala que el juicio valorativo respecto al cumplimiento del deber de información no se agota con la sola firma del formulario de afiliación, por consiguiente 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.

Siendo oportuno destacar que de las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante¹⁵ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor le señaló que el seguro social se iba a acabar por lo que no tenía mucha seguridad con los recursos que tenía allí, destacando la omisión de información respecto de las consecuencias de su traslado en ese momento.

Nótese que de lo relatado por la demandante tampoco es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que las AFP demandadas hayan cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

A efecto de zanjar cualquier duda en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A.¹⁶, se debe señalar que este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción que se advierten ausentes en el plenario.

¹⁵ Audiencia celebrada el día 11 de mayo de 2021, archivo 13 del expediente digital récord: 24:53.

¹⁶Expediente digital, archivo 06, página 97.

En ese sentido, resultaba necesario y obligatorio que el fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A. proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, la referida AFP 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.

Al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema ha precisado de forma insistente que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como “(...) *la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de *leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber.* (...) (CSJ SL 1055 de 2022)

Aquí también debe resaltar esta Sala que 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 SL 1688 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	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

	menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Como se ve, ya para el año 1.996 cuando se produjo el traslado de la aquí demandante a la AFP PROTECCIÓN S.A. estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen **(02 de diciembre de 1996)**, el deber de información para con la promotora del juicio en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y, en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014 ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones AFP PROTECCIÓN S.A. a la que se encuentra actualmente afiliada la actora del saldo o aportes existentes en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliado a esa administradora, como también resulta acertada la decisión impuesta

por la a quo en cuanto a que para el momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En relación a la excepción de prescripción¹⁷ propuesta por COLPENSIONES¹⁸, entidad a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Al epílogo conviene agregar una glosa a la temática en estudio, a raíz del comunicado de prensa número 13 del 12 de abril del 2024 expedido por la Corte Constitucional en referencia a la SU-107 del 2024 en punto a estimar que no tiene fuerza vinculante conforme lo asienta la propia Corte Constitucional en Auto No. 201 del 2013 así:

“...7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole¹⁹. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional²⁰, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”²¹ y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un

¹⁷ Expediente digital, archivo 04, página 36.

¹⁸ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto de fecha 26 de enero de 2024. Archivo 11 del expediente digital.

¹⁹ Ver, al respecto, el auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

²⁰ Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992, posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

²¹ Acerca de la facultad de la Corte Constitucional para regular lo referente a las condiciones de publicidad de sus sentencias es útil la consulta de los Autos 152 B de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y 028 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”²².

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”²³. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”²⁴.

Del mismo modo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A del 4 de febrero del 2016 Radicación número 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) se indicó:

“Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación... el presidente del máximo tribunal constitucional expide los comunicados de prensa con el fin de poner en conocimiento de la comunidad las decisiones adoptadas y con ello de los cambios que implican en el ordenamiento jurídico. No obstante, al no ser la sentencia misma la que se publica no produce efectos jurídicos... se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni remplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991... si bien es cierto a través del citado comunicado se informó sobre la Sentencia de Unificación SU-556 del 14 de julio del 2014, también lo es que, como quedó antes expuesto, dicha publicación no produce efecto vinculante ni jurídico alguno, pues no reemplaza la notificación... De esta forma, al Tribunal no podía exigírsele la aplicación de una sentencia que no producía efectos para el momento en que de adoptó la decisión que ahora se debate... En ese orden, no se advierte el desconocimiento del precedente judicial alegado”

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

SIN COSTAS en esta instancia.

²² Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 12 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

²³ “Que en las condiciones anotadas, es claro que existe una evidente diferencia entre el comunicado que busca satisfacer, con prontitud, el interés de la opinión pública de obtener información y la sentencia “documentada y firmada” que, además, “da cuenta de su contenido así como del número y nombre de los magistrados que la adoptaron, por haber sido quienes intervinieron en la deliberación y decisión respectiva”. Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

²⁴ Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

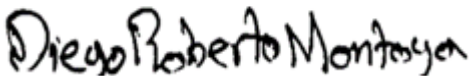
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

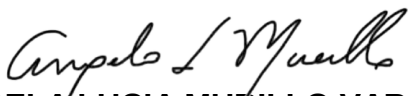
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., 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 DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ÁLVARO ANTONIO BERNAL BOTERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN (RAD. 23 2023 00246 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de abril 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 19 de febrero del 2024 (archivo 17, récord 43:30), en la que se resolvió:

***“PRIMERO.** Declarar la ineficacia de la afiliación o el traslado, más bien, de Álvaro Antonio Bernal Botero al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado inicialmente por la AFP Porvenir, como consecuencia lógica lo accesorio sigue la suerte de lo principal, pues también corre la misma suerte de ineficacia el traslado horizontal realizado hacia Protección 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 a dicho fondo, esto es, el 1 de octubre de 1994 al 30 de noviembre del año 2002 junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, entre ellas la sentencia de 2177 de 2022, ordenamos la devolución de gastos de administración, prima de seguros previsionales, invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía*

de pensión mínima, estos tres conceptos debidamente indexado y con cargo a recursos propios

Como párrafo y como lo dijimos en la parte considerativa, autorizamos a este fondo como único descuento posible los dineros transferidos a la AFP Protección con ocasión al traslado solicitado por el demandante efectivo en el primero de diciembre de 2002.

TERCERO. Condenar a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección a devolver a Colpensiones todos los dineros que hubiese recibido con ocasión a la afiliación del señor demandante de dicho fondo, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno. De la misma manera de gastos de administración, prima de seguros provisionales, invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado a garantía de pensión mínima, debidamente indexada y con cargo a recursos propios.

CUARTO. Condenar a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones a recibir a Álvaro Antonio Bernal Botero en el régimen de prima media, con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen, e igualmente a corregir su historia laboral conforme a las semanas efectivamente cotizadas en el régimen de ahorro individual.

QUINTO. Declarar no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO. Costas a cargo de la AFP Porvenir a favor del señor Demandante.

SÉPTIMO. Se ordena la consulta de la sentencia.”

Inconforme con la decisión PORVENIR¹ adujo si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por parte de la honorable Corte Suprema de Justicia,

¹ **APODERADA PORVENIR (Récord 46:20 Audiencia 19 de febrero del 2024, archivo 17).**

Gracias, su Señoría me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el despacho, mismo que me permite sustentar en los siguientes términos, en primer lugar, debo indicar que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por parte de la honorable Corte Suprema de Justicia, también la misma corporación ha indicado que no se puede aplicar de manera homogénea todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información. Al respecto, debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para mí representada no se da en el presente asunto, como quiera que el demandante realizó válidamente el traslado de régimen pensional, que además se dio de manera voluntaria, sin presiones e informada, todo esto de conformidad con la normativa vigente para este año, la cual debe aclararse, no exigía una información rigurosa en los términos que fueron reclamados en la demanda.

Asimismo, debo indicar que mi representada siempre ha actuado bajo la buena fe objetiva, pues todas sus acciones ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen pensional, pues téngase en cuenta que solo fue hasta la expedición del Decreto 2555 del 2010, la ley 71748 en 2014 y el Decreto 2071 del 2015 que las AFP 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 de régimen pensional, debo indicar que las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento dicha información, actuando con mediana diligencia, lo que suponía por lo menos obtener una información acerca del acto jurídico que estaba adoptando con mayor razón si estos datos relevantes que permitían precisar las consecuencias de esa decisión, estaban ampliamente plasmados en leyes de común conocimiento.

Ahora bien, debo hacer también énfasis que 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 otros elementos para forjar con plena convicción su

también la misma corporación ha indicado que no se puede aplicar de manera homogénea todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información, pues precisa existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para su representada no se da en el presente asunto, como quiera que el demandante realizó válidamente el traslado de régimen pensional, que además se dio de manera voluntaria, sin presiones e informado, todo esto de conformidad con la normativa vigente para este año, la cual debe aclararse, no exigía una información rigurosa en los términos que fueron reclamados en la demanda.

Expresa su representada siempre ha actuado bajo la buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen pensional, aunado a que las condiciones,

elección, dichos comportamientos o actos de relacionamiento. En los casos de la afiliación puede verse traducido en acciones concretas de los afiliados, tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pero, como lo establece la corporación en el fallo de la Corte Suprema de Justicia SL 413 el 2018 se tiene que los traslados horizontales dentro del régimen de ahorro individual, es decir, los cambios entre AFP 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 fondos de pensiones.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los efectos de la declaratoria de la ineficacia del traslado implica devolver las cosas a su estado anterior, de indicarse que respecto de la condena retornar a Colpensiones los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, los mismos resulta improcedente como quiera que dentro de dicho rubro se encuentran los gastos de administración y seguro previsional, los cuales gozan de una destinación específica por mandato legal, la fue la cual fue cumplida plenamente por mi representada suerte que los mismos ya fueron debidamente invertidos de la forma exigida por la ley.

Igualmente, no le asiste razón de orden jurídico al fallador para ordenar que la remisión a Colpensiones de las sumas otorgadas con destino al Fondo de Garantía de pensión mínima 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 hallaban antes de que se produjera el acto ineficaz, traen como lógica consecuencia que esos recursos deben ser entregados a la entidad que administra el régimen de prima media con el fin de financiar las pensiones de suerte que no tiene sentido que permanezcan en un fondo cuyo propósito ya no beneficiaría al afiliado. Si ello es así, no se encuentra ningún motivo que justifique que esas sumas que no están en poder de la administradora sean remitidas con cargo a los propios recursos de esta, pues ello equivaldría a una sanción injustificada que no guarda ninguna correspondencia con los efectos jurídicos de una eficacia ni mucho menos con las restituciones mutuas que ello pueda derivarse. Esto lo ha entendido la sala de consulta y servicio civil del Consejo estaba en consulta al 3 de agosto del 2022 con radicado 2022 62.

En igual sentido, solicitó a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objeto de condena, como quiera que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que es encontrar en la cuenta de lo individual del demandante, pues lo ha señalado este concepto lo ha tenido en cuenta el Tribunal superior del distrito judicial de Cundinamarca y el de Cali al determinar que no es viable 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 debo aclarar e indicar que desestimaba la ineficacia del traslado de régimen y la consecuente devolución de los valores a los que fue condenada a mi representada, deberá 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, Su Señoría, interpongo y sustento mi recurso de apelación, muchas gracias.

características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento dicha información, actuando con mediana diligencia

Manifiesta existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanecer en el régimen y que contaba con otros elementos para forjar con plena convicción su elección, dichos comportamientos o actos de relacionamiento, pueden verse traducido en acciones concretas de los afiliados, tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, como también los traslados horizontales dentro del régimen de ahorro individual, es decir, los cambios entre AFP que 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 fondos de pensiones.

Respecto de la condena retornar a Colpensiones los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, señala los mismos resultan improcedentes como quiera que dentro de dicho rubro se encuentran los gastos de administración y seguro previsional, los cuales gozan de una destinación específica por mandato legal, la fue la cual fue cumplida plenamente por su representada de modo que los mismos ya fueron debidamente invertidos de la forma exigida por la ley.

Así mismo señala, no le asiste razón de orden jurídico al fallador para ordenar que la remisión a Colpensiones de las sumas otorgadas con destino al Fondo de Garantía de pensión mínima 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 hallaban antes de que se produjera el acto ineficaz, traen como lógica consecuencia que esos recursos deben ser entregados a la entidad que administra el régimen de prima media con el fin de financiar las pensiones de suerte que no tiene sentido que permanezcan en un fondo cuyo propósito ya no beneficiaría al afiliado

Por otro lado solicita revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objeto de condena, como quiera que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encuentran en la cuenta individual del

demandante, pues así lo ha tenido en cuenta el Tribunal superior del distrito judicial de Cundinamarca y el de Cali al determinar que no es viable la indexación, toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

Finalmente, en lo que corresponde a las agencias en derecho indica que desestimaba la ineficacia del traslado de régimen y la consecuente devolución de los valores a los que fue condenada su representada, deberá excluirse la condena en costas.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Exp. Digital: «Archivo01», páginas 5 y 6), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 6 a 10, ibídem), aspirando principalmente se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del RPM al RAIS administrado por la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, en consecuencia se condene a PROTECCIÓN (actual administradora) a que efectúe el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual incluyendo aportes con sus respectivos rendimientos, bonos y comisiones por administración, así mismo se ordene a Colpensiones activar su afiliación dentro del RPM sin solución de continuidad, derechos *ultra y extra petita* y costas que incluyan agencias en derecho. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional realizado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., condenando a dicha AFP y a PROTECCIÓN (actual administradora) 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 antes COLPATRIA 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 1º de noviembre de 1962 (Página 26, archivo 01 expediente digital), por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN el 21 de marzo del 2023 y ante PORVENIR el 10 de mayo del 2023 (Páginas 27, 28, 34 y 39 ibídem) esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional; y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para 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,

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

apenas había cotizado **437 semanas³** (ver historia laboral aportada por Colpensiones Archivo 10 pág. 523), 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, 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 **6 de septiembre de 1994 con fecha de efectividad 01 de octubre de 1994** (páginas 30 y 37, «Archivo 07 expediente digital»), por afiliación que hiciera a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido 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 septiembre/2023

ACTUALIZADO A: 13 septiembre 2023

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento: Cédula de Ciudadanía

Número de Documento: 19491377

Nombre: ALVARO ANTONIO BERNAL BOTERO

Dirección: CRA 8 A 33 22

Estado Afiliación: Traslado

Fecha de Nacimiento: 01/11/1962

Fecha Afiliación: 27/09/1985

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
1002301166	BOTERO MACHADO LTDA	01/10/1985	30/09/1994	\$500.000	469,57	0,00	0,00	469,57
800131788	FABRICALI LIMITADA	01/10/1995	31/10/1995	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
800131788	FABRICALI LTDA	01/08/1998	30/08/1998	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
800131788	FABRICALI LIMITADA	01/08/2001	31/08/2001	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00

[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 469,57

[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 * "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"): 0,00

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.

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

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

«(...)

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

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

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

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

Frente a este 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. antes COLPATRIA 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 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

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 (...)»

suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información 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 actor⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que su traslado se dio ante la información pública de que el ISS se iba acabar, no recuerda haber sido asesorado por alguien de la AFP tan solo expuso que esa fue la razón de su traslado.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que el fondo de pensiones COLPATRIA hoy PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es que los argumentos del accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, ya que denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad al demandante para efectuar el traslado de régimen.

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

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR (página 30, Archivo 07 expediente digital), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al

⁶ Audiencia del 17 de febrero del 2024, Archivo 17 récord (10:36)

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 1994, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR S.A. antes COLPATRIA S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (6 de septiembre de 1994, efectivo el 1° de octubre de 1994) el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP como lo señala PORVENIR en su apelación (*Página 82, Archivo 8 expediente digital*), en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado por parte de la administradora de pensiones PROTECCIÓN (fondo actual al que se encuentra afiliado el actor pág. 92 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 y tercero del fallo de primer grado, en cuanto a la devolución indicada, pues PORVENIR y PROTECCIÓN deben devolver a COLPENSIONES, además de lo ordenado por la *a quo* las **comisiones**, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esas 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.

Ahora en cuanto a que la referida devolución será con cargo a sus propias utilidades, téngase en cuenta para ello lo señalado entre otras en las sentencias SL2209-2021 y SL2207-2021 en donde se señaló:

“Las implicaciones prácticas de la ineficacia

En tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). Criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”

Razón por la cual resulta procedente dicha orden impuesta desde primera instancia.

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, 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).

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

Por otro lado, 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 COLPENSIONES⁷, a favor de quien se surte la consulta (páginas 25 y 26, «Archivo 09»), 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.

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.

Al epílogo conviene agregar una glosa a la temática en estudio, a raíz del comunicado de prensa número 13 del 12 de abril del 2024 expedido por la Corte Constitucional en referencia a la SU-107 del 2024 en punto a estimar que no tiene fuerza vinculante conforme lo asienta la propia Corte Constitucional en Auto No. 201 del 2013 así:

“...7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole⁸. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

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 18 de enero del 2024 (Archivo 12 expediente digital).

⁸ Ver, al respecto, el auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional⁹, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”¹⁰ y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”¹¹.

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”¹². Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”¹³.

Del mismo modo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A del 4 de febrero del 2016 Radicación número 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) se indicó:

“Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación... el presidente del máximo tribunal constitucional expide los comunicados de prensa con el fin de poner en conocimiento de la comunidad las decisiones adoptadas y con ello de los cambios que implican en el ordenamiento jurídico. No obstante, al no ser la sentencia misma la que se publica no produce efectos jurídicos... se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni rempazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991... si bien es cierto a través del citado comunicado se informó sobre la Sentencia de Unificación SU-556 del 14 de julio del 2014, también lo es que, como quedó antes expuesto, dicha publicación no produce efecto vinculante ni jurídico alguno, pues no reemplaza la notificación... De esta forma, al Tribunal no podía exigírsele la aplicación de una sentencia que no producía efectos para el momento en que de adoptó la decisión que ahora se debate... En ese orden, no se advierte el desconocimiento del precedente judicial alegado”

⁹ Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992, posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

¹⁰ Acerca de la facultad de la Corte Constitucional para regular lo referente a las condiciones de publicidad de sus sentencias es útil la consulta de los Autos 152 B de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y 028 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

¹¹ Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 12 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹² “Que en las condiciones anotadas, es claro que existe una evidente diferencia entre el comunicado que busca satisfacer, con prontitud, el interés de la opinión pública de obtener información y la sentencia “documentada y firmada” que, además, “da cuenta de su contenido así como del número y nombre de los magistrados que la adoptaron, por haber sido quienes intervinieron en la deliberación y decisión respectiva”. Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

¹³ Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

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

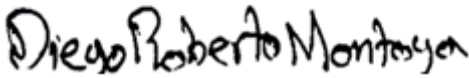
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO y TERCERO** del fallo de primer grado, para ordenar a **PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A.** devolver a **COLPENSIONES** además de lo ordenado por el Juez *a quo* las **comisiones** debidamente **indexadas** con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esas administradoras, conforme lo considerado.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA 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 ADRIANA MARÍA
BERNAL RUEDA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. (RAD. 23 2023 00276
01)**

Bogotá D.C. treinta de (30) de abril 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 el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la demandada AFP PORVENIR S.A., como también el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de marzo de 2024¹, en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o el traslado que realizó la señora demandante, Adriana María Bernal Rueda al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado, en este caso 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 filiación de la señora demandante a dicho fondo junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno. Ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que hoy estamos declarando, siguiendo línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL 2177 de 2022 entre muchas otras, ordenamos concretamente la devolución de gastos de administración, prima de seguros previsionales, invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado a Fondo de Garantía de pensión mínima. Estos 3 conceptos, debidamente indexados y con cargo a recursos propios.

TERCERO: CONDENAR a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones a recibir a la señora Adriana María Bernal Rueda en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese retirado de dicho fondo, igualmente a corregir su historia laboral conforme las semanas efectivamente cotizadas en el régimen de ahorro individual.

¹ Expediente digital, archivo número 13 (audio), récord: 29:20 a 30:47.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: COSTAS a cargo de Porvenir a favor de la demandante.

SEXTO: SE ORDENA la consulta a favor de Colpensiones.”

Inconforme con la anterior decisión y como se expuso previamente, la apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A. solicitó se revoque la decisión de instancia por cuanto esta AFP siempre actuó de buena fe teniendo en cuenta en marco legal aplicable para el momento en que la demandante se trasladó de régimen pensional. Adujó que la accionante tuvo la oportunidad de validar el contenido de la información suministrada al momento en que efectuó su traslado, siendo la Ley 100 de 1993 de público conocimiento. Por lo anterior, en su sentir no hay razones jurídicas para la declaratoria de la ineficacia del traslado, sumado a que la decisión de trasladarse de régimen pensional por parte de la actora fue de manera libre y voluntaria, sin olvidar que permaneció por más de 20 años afiliada a la AFP PORVENIR S.A. demostrando así su interés de permanecer en RAIS.

En igual sentido manifestó su inconformidad con la condena impuesta a esta administradora de trasladar con destino Colpensiones los recursos que obren en la cuenta individual de la demandante, específicamente los gastos de administración, y primas de seguros previsionales, por cuanto estos gozan de una destinación específica y los mismos fueron invertidos en la forma exigida en la Ley, no estando actualmente en poder de la AFP PORVENIR S.A.

En relación con el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima indicó que, dados los efectos de la ineficacia del traslado, en particular la de devolver las cosas al estado en que se hallaban antes de que se produjera el acto ineficaz, traen como lógica consecuencia que esos recursos deben ser entregados a la entidad que administra el régimen de prima media con el fin de financiar las pensiones, de suerte que no tiene sentido que permanezcan en un fondo cuyo propósito ya no beneficiaría a la afiliada. Al respecto hizo referencia a la sentencia proferida por la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado de fecha 3 de agosto del 2022.

Referente a la indexación ordenada, consideró que dada la orden de retornar rendimientos del capital que se encontrará en la cuenta de ahorro individual de la demandante, no es viable ordenar la indexación toda vez que con el traslado de estos rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda. Por último, solicito se absuelva de la condena en cosas impuesta.²

² Expediente digital, archivo número 13, récord: 31:03 a 34:55.
Recurso de apelación AFP PORVENIR S.A.:

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 demanda³ las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo⁴, aspirando se declaré la ineficacia del

“Gracias señor juez Gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, en el cual solicitó los honorables magistrados, revocar la decisión de instancia relativa en primer lugar a la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, teniendo en cuenta que mi representada aquí llamada a juicio, siempre ha actuado de buena fe objetiva, teniendo en cuenta que sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, teniendo en cuenta que solamente fue hasta la expedición del Decreto 2555 del 2010, de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 el 2015 que las AFP adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría de información tanto para sus afiliados como para el público en general.

No obstante, con independencia a la información otorgada al momento del traslado de régimen pensional, la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de dicha información, teniendo en cuenta que esta estaba plasmada en normas legales de común conocimiento como lo es la ley 100 de 1993. En este sentido, no existen razones prácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria ineficacia del acto jurídico mediante el cual la demandante se trasladó régimen pensional, pues se reitera que la decisión tomada por la actora se hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones o premios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en la cual ocurrió el acto del traslado de régimen pensional. Y teniendo en cuenta que la demandante estabilidad del régimen de ahorro individual con solidaridad por más de 20 años, lo que demuestra su interés de mantenerse en el régimen privado, tiempo en el cual no efectuó queja o manifestación ante mi representada acerca del momento de su afiliación ni de la administración que se les daba a sus aportes.

En segundo lugar, solicitó a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa a retornar al Colpensiones los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, teniendo en cuenta que los efectos de la declaratoria la ineficacia del traslado implica devolver las cosas a su estado anterior, pues esta condena resultaría improcedente como quiera que dentro de estos rubros se encuentran los gastos de administración y el seguro previsional, los cuales gozan de una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por mi representada de tal suerte que los mismos ya fueron debidamente invertidos en la forma exigida por la ley y no están en poder de mi representada, en igual sentido solicitó a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa a retornar a Colpensiones el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima 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 hallaban antes de que se produjera el acto ineficaz, traen como lógica consecuencia que esos recursos deben ser entregados a la entidad que administra el régimen de prima media con el fin de financiar las pensiones, de suerte que no tiene sentido que permanezcan en un fondo cuyo propósito ya no beneficiaría a la afiliada.

Si ellos es así, no se encuentra ningún motivo que justifique que esas sumas que no están en poder de la administradora sean retornadas con cargo a los propios recursos de esta, pues ello equivaldría a una sanción injustificada que no guarda ninguna correspondencia con los efectos jurídicos de una ineficacia ni mucho menos con las restituciones que de ello pueda derivarse. Al respecto lo ha entendido la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, en consulta del 3 de agosto del 2022, con radicado 2022 62.

En cuarto lugar, solicitó y en igual sentido la revocatoria de la condena de 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 encontrará en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Pues no es viable ordenar la indexación toda vez que con el traslado de estos rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

Y en último, el lugar solicitó en igual sentido que se revoque la condena relativa a las agencias en Derecho, pues debe aclararse que desestimada la ineficacia del traslado de régimen y la consecuente devolución de los traslados a los que fue condenada mi representada, deberá desestimarse la condena en costas.

Por lo anterior, solicito respetuosamente al honorable Tribunal Superior de Bogotá en Sala Laboral, revocar la sentencia de instancia respecto a las condenas impuestas a mi representada la AFP Porvenir S.A. en estos términos su señoría interpongo y sustento mi recurso de apelación, muchas gracias.”

³ Expediente digital, archivo 01, página 1.

⁴ Ibidem, páginas 2 a 5.

traslado de régimen efectuado al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A. y, en consecuencia, se ordenó su traslado al RPMPD administrado por Colpensiones junto con la totalidad de los aportes realizados, rendimientos causados, bonos pensionales, y sumas adicionales con sus respectivos intereses, costas procesales y demás derechos que resulten probados bajo las facultades *extra y ultra petita*.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS y, en consecuencia, se ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES como lo son los dineros que hubiese recibido con ocasión a la filiación de la señora demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto, junto con la devolución de gastos de administración, prima de seguros previsionales, invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado a Fondo de Garantía de pensión mínima. Estos 3 conceptos, debidamente indexados y con cargo a recursos propios.

Consideración a la que arribó el Juez de primer grado con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y al señalar que la demandada AFP PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

Expuesto lo anterior, para resolver la controversia planteada es menester precisar que 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 por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002⁵.

Así las cosas, dentro de la documental visible en el expediente obra copia del documento de identidad de la actora de donde se extrae que su fecha de nacimiento

⁵ “ (...) En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 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(...) ”.

fue el día 29 de marzo de 1963⁶, por lo que la edad de 57 años la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el día 11 de mayo de 2023⁷, esto es, cuando ya había acreditado el requisito de edad para adquirir su derecho pensional y, de otra parte, la demandante no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994), pues para esa data según las probanzas incorporadas en autos, apenas había cotizado al sistema de seguridad social en pensión un total de 423 semanas⁸, por lo que no se encontraba inmersa en la excepción prevista en la mencionada sentencia C-789 de 2002 para poder 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 parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al RPMPD la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de este régimen al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso acaeció el **14 de marzo de 2001**⁹ por afiliación que hiciera la señora ADRIANA MARÍA BERNAL RUEDA a la AFP PORVENIR S.A., conforme la información reportada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar que 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

⁶ Expediente digital, archivo 01 página 16.

⁷ Ibidem, página 18 20.

⁸ Expediente digital, archivo 09.

Nombre Afiliado:

Adriana Bernal

Tipo y número documento:

CC 39,687,090

Fecha de actualización de información:

28/04/2023

A

Semanas cotizadas en las Entidades Públicas

Tratados de aportes

Válidos para Bono Pensional

Tipo	N° identificación	Razón Social del Empleador	Historia Laboral reportada en el sistema de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda (ICBPI)				Historia Laboral recordada por el afiliado		
			Periodo Inicial Dia/Mes/Año	Periodo Final Dia/Mes/Año	Días Cotizados	Estado del aporte	Periodo Inicial Dia/Mes/Año	Periodo Final Dia/Mes/Año	Días Cotizados
PAT	1006403821	RIVAS FRANCO LTDA	11/04/1984	31/05/1985	416				
PAT	1006200730	COR AHORRO VIV LAS VILLAS	12/06/1985	04/08/1985	54				
PAT	1007105653	FLJAR VIAJES Y TURISMO S.A.	23/08/1985	31/12/1985	131				
PAT	1007105653	FLJAR VIAJES Y TURISMO S.A.	01/01/1986	15/08/1986	227				
PAT	1006300540	ENFASEGUROS LTDA	16/09/1986	29/02/1988	532				
PAT	1006300540	ENFASEGUROS LTDA	01/03/1988	01/08/1988	154				
PAT	1006300212	AGENCIA MUNDIAL DE SEGUROS	25/08/1988	31/01/1989	160				
PAT	1006300212	AGENCIA MUNDIAL DE SEGUROS	01/02/1989	09/08/1989	190				
PAT	1006300937	HISPANICA AGENCIA DE SEGURO	19/10/1989	18/05/1990	212				
PAT	1006300195	SEGUROS CARIBE S A	14/06/1990	31/03/1991	291				
PAT	1006300195	SEGUROS CARIBE S A	01/04/1991	31/03/1992	366				
PAT	1006300195	SEGUROS CARIBE S A	01/04/1992	30/06/1992	91				
PAT	1006300195	SEGUROS CARIBE S A	01/07/1992	31/08/1992	62				
PAT	1006300195	SEGUROS CARIBE S A	01/09/1992	16/11/1992	77				
NIT	860530245	MAQUINARIA TECNICA ALIMENTARIA LIMITADA ALITEC	01/03/2001	30/04/2001	60				

Total de semanas cotizadas:

431.7

⁹ Expediente digital, archivo 09, página 60.

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 le reportaría, pues 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 especialidad 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 sin lugar a duda alguna las consecuencias de una decisión de tal envergadura.

Frente al tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 12136 radicación No. 46.292 de 2014¹⁰, 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*» (SL 1688 de 2019)¹¹.

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 este 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 tunc¹² en los términos del artículo 1.746 del Código Civil, ante la inexistencia de una

¹⁰ M.P. Doctora ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

¹¹ M.P. Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

¹² Al tema puede consultarse la sentencia SL 2877 de 2020 y SL 4875 de 2020.

norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la ya citada Corte en sentencia SL 2877 de 2020¹³ lo siguiente:

«(...) 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».*

De igual manera esta alta Corporación en sentencia SL 1948 de 2021¹⁴ 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.

¹³ M.P. Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

¹⁴ Ibidem.

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» (SC 3201-2018).]

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 SL 1688-2019, reiterada en CSJ SL 3464-2019, y especialmente la CSJ SL 4360-2019)».

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 nuestro órgano de cierre 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 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 cada uno de los regímenes 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 a la AFP PORVENIR S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia expuesto entre otras en las sentencias con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011¹⁵, radicación No. 31989 del 9 de septiembre de

¹⁵ “(...) 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.

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente y en esa dirección advierte la Sala que el juicio valorativo respecto al cumplimiento del deber de información no se agota con la sola firma del formulario de afiliación, por consiguiente 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 que, de las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante¹⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor de la AFP PORVENIR S.A. le indicó que el ISS prontamente iba a ser liquidado y la opción que tenían era pasarse a un fondo privado, que era más benéfico y, por ello tomó la

¹⁶ Audiencia celebrada el día 18 de marzo de 2024, archivo 13 (audio) del expediente digital.

decisión de firmar el formulario. Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo.

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.

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 la AFP PORVENIR S.A.¹⁷, se debe señalar que 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 PORVENIR S.A. (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 obligatorio que el fondo de pensiones PORVENIR S.A. proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, la referida AFP 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.

¹⁷ Expediente digital, archivo 09, página 60.

Al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema ha precisado de forma insistente que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como “(...) *la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de *leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber.* (...) (CSJ SL 1055 de 2022)

Aquí también debe resaltar esta Sala que 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 SL 1688 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 de la aquí demandante a la AFP PORVENIR S.A. estaba en la obligación de informar a su

futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que, la demandada AFP PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (14 de marzo 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 SL 12136 de 2014 ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Valga acotar, con relación al hecho de permanecer en el RAIS por mucho tiempo, a la que se ha hecho referencia 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.

Y en ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente y en consecuencia el traslado por parte de la AFP PORVENIR S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada de las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esta AFP, como también la activación de su afiliación por parte de Colpensiones en el régimen de prima media con prestación definida, se encuentra ajustado a derecho de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

No obstante, 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 la AFP PORVENIR deberá devolver a COLPENSIONES, además de lo ordenado por el *a quo* las **comisiones y rendimientos** debidamente **indexados**, por el tiempo en que

la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial

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

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

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

Ahora, en relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A. relacionados con la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, rendimientos y el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima todo ello con cargo a sus propias utilidades¹⁸, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos conceptos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración, rendimientos y seguros previsionales. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

¹⁸ Conforme lo señala la SL 2209-2021 y SL 2207-2021.

*[...] 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 SL 1421-2019, Radicación Nro. 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

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

Con relación al pago debidamente indexado recurrido por la misma AFP, 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 SL 359 de 2021, reiterada en la SL 859 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 Nro. 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

En lo que atañe a la condena al pago de costas procesales objeto de apelación por parte de la AFP PORVENIR S.A., se debe señalar que el legislador 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 CGP, 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 que 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

En relación a la excepción de prescripción¹⁹ propuesta por COLPENSIONES, entidad a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Al epílogo conviene agregar una glosa a la temática en estudio, a raíz del comunicado de prensa número 13 del 12 de abril del 2024 expedido por la Corte Constitucional en referencia a la SU-107 del 2024 en punto a estimar que no tiene fuerza vinculante conforme lo asienta la propia Corte Constitucional en Auto No. 201 del 2013 así:

“...7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole²⁰. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional²¹, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”²² y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”²³.

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”²⁴. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro,

¹⁹ Expediente digital, archivo 08, página 29. Se tuvo por contestada la demanda mediante auto de fecha 27 de febrero de 2024 - Archivo 10 del expediente digital.

²⁰ Ver, al respecto, el auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

²¹ Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992, posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

²² Acerca de la facultad de la Corte Constitucional para regular lo referente a las condiciones de publicidad de sus sentencias es útil la consulta de los Autos 152 B de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y 028 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

²³ Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 12 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁴ “Que en las condiciones anotadas, es claro que existe una evidente diferencia entre el comunicado que busca satisfacer, con prontitud, el interés de la opinión pública de obtener información y la sentencia “documentada y firmada” que, además, “da cuenta de su contenido así como del número y nombre de los magistrados que la adoptaron, por haber sido quienes intervinieron en la deliberación y decisión respectiva”. Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”²⁵.

Del mismo modo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A del 4 de febrero del 2016 Radicación número 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) se indicó:

“Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación... el presidente del máximo tribunal constitucional expide los comunicados de prensa con el fin de poner en conocimiento de la comunidad las decisiones adoptadas y con ello de los cambios que implican en el ordenamiento jurídico. No obstante, al no ser la sentencia misma la que se publica no produce efectos jurídicos... se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni remplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991... si bien es cierto a través del citado comunicado se informó sobre la Sentencia de Unificación SU-556 del 14 de julio del 2014, también lo es que, como quedó antes expuesto, dicha publicación no produce efecto vinculante ni jurídico alguno, pues no reemplaza la notificación... De esta forma, al Tribunal no podía exigírsele la aplicación de una sentencia que no producía efectos para el momento en que de adoptó la decisión que ahora se debate... En ese orden, no se advierte el desconocimiento del precedente judicial alegado”

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,

²⁵ Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

RESUELVE

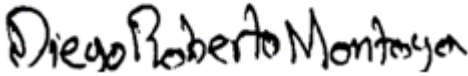
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** a retornar además de lo señalado por el Juez de primer grado, **las comisiones y rendimientos debidamente indexados**, con cargo a sus propias utilidades, conforme a lo considerado.

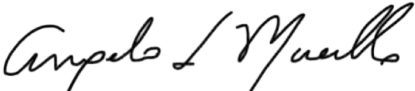
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de 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 AMPARO TRISTANCHO
CEDIEL CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES-, SKANDIA (antes OLD MUTUAL) y como vinculada
COLFONDOS S.A. (RAD. 27 2019 00203 01)**

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLFONDOS, SKANDIA y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, de la sentencia proferida por la Juez 27 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 18 de marzo del 2024 (Exp. Digital: «Audio Archivo 27», récord: 58:11), en la que se resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora AMPARO TRISTANCHO CEDIEL del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y el que posteriormente realizó a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora AMPARO TRISTANCHO CEDIEL como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en

su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, mientras estuvo afiliada a esa Administradora, por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora AMPARO TRISTANCHO CEDIEL al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., así como actualizar su historia laboral para incluir las semanas que fueron cotizadas al RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., al pago de las costas del proceso en la suma de \$1'000.000 como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor de la demandante.».

Inconforme con la decisión, COLFONDOS S.A.¹ manifestó que el afiliado ejerció su derecho de elección en el régimen conforme al artículo trece literal B de la Ley 100 de 1993, la cual se llevó a cabo de manera completamente libre y sin ningún vicio que afectara la validez de su elección del régimen pensional, precisando el traslado se materializó de forma voluntaria y de conformidad con las disposiciones legales vigentes en aquel momento, señala el personal del fondo suministró a la

¹ **COLFONDOS (Récord 1:00:41):** Estando dentro del término legal para interponerlo presento el recurso de apelación en contra de la sentencia emitida por su despacho y procedo a sustentarlo de la siguiente manera. El primer término es de suma importancia que el afiliado ejerció su derecho de elección en el régimen conforme al artículo trece literal B de la Ley 100 de 1993. La selección se llevó a cabo de manera completamente libre y sin ningún vicio que afectara la validez de su elección del régimen pensional, el traslado se materializó de forma voluntaria y en plena conformidad con las disposiciones legales vigentes en aquel momento. Es relevante señalar que el personal del fondo suministro al demandante toda la información que requería. El interesado tuvo la oportunidad de estudiar y conocer las normas legales relacionados con la seguridad social en pensiones las cuales son de acceso público y de fácil comprensión. Además, tuvo la posibilidad de buscar asesoramiento si así lo consideraba necesario.

Así mismo es de vital importancia considerar el marco legislativo que rodeaba en este caso, antes de la promulgación de la ley 1758 de 2014 y el decreto 2071 de 2015, donde no existía una obligación por parte de los fondos de pensiones al momento de realizar el traslado de régimen con los cambios legislativos y judiciales posteriores, no podían ser anticipados con certeza en ese momento, lo cual respaldan la imprevisibilidad que enfrentaba el fondo para advertir de estos cambios normativos. Es fundamental resaltar que, en el año, en el que el afiliado optó por el traslado de régimen, las normativas mencionadas aún no estaban en vigor, por ende, aplicar una condena implicaría una retroactividad normativa expresamente prohibida por la legislación colombiana que establece que las normas deben tener efectos generales inmediatos sin retrotraerse disposiciones a situaciones ya acontecidas. De esta manera dejo sustentado mi recurso, muchas gracias su señoría.

demandante toda la información que requería, la interesada tuvo la oportunidad de estudiar y conocer las normas legales relacionados con la seguridad social en pensiones las cuales son de acceso público y de fácil comprensión, además, tuvo la posibilidad de buscar asesoramiento si así lo consideraba necesario.

Precisa antes de la promulgación de la Ley 1758 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, no existía una obligación por parte de los fondos de pensiones al momento de realizar el traslado de régimen con los cambios legislativos y judiciales posteriores, no podían ser anticipados con certeza en ese momento, lo cual respalda la imprevisibilidad que enfrentaba el fondo para advertir de estos cambios normativos, por ende considera aplicar una condena implicaría una retroactividad normativa expresamente prohibida por la legislación colombiana que establece que las normas deben tener efectos generales inmediatos sin retrotraerse disposiciones a situaciones ya acontecidas.

SKANDIA² por su parte manifiesta no estar de acuerdo con la condena por devolución de gastos de administración y primas de seguros previsionales,

² **SKANDIA (Récord 1:02:34):** Gracias, su señoría me permito presentar recurso de apelación parcial contra la decisión que acaba de proferir por el despacho, Básicamente, en la condena impuesta a mi representada, en el numeral segundo, en el cual se ordena la misma reintegrar los gastos de administración y primas de seguros previsionales.

Me permito solicitarle a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá sala laboral revoquen dicha condena impuesta a Skandia atendiendo los siguientes argumentos: es claro que con la expedición de la ley 100 de 1993 en el que se crea el régimen de ahorro individual con solidaridad y con este pues un conjunto de obligaciones a cargo de las administradoras en favor de los afiliados en cada uno de los sistemas de pensiones, igualmente el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 señala “el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del IBC, se destina a financiar la pensión de vejez sin la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante, sobre el IBC se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.

En el RAIS el 10% del IBC se destinará a las cuentas individuales de ahorro individual, un 0.5 del IBC se destinará al fondo de pensión mínima y el 3% restante se destinará a financiar los gastos y administración, las primas de fogafin y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”, figura que se encuentra respaldada por el artículo 36 del decreto 692 del año 1994 que de igual forma señala la distribución de las cotizaciones en ambos regímenes.

De conformidad con las normas antes aludidas, se puede colegir entonces que ese 3% se destina a financiar los tópicos relevantes. El primero de ellos los gastos de administración o comisiones de administración y el segundo, el pago de la prima para el seguro de invalidez y sobrevivientes. Correlativamente con esto se crean una serie de obligaciones que deben cumplir los fondos de administradoras de pensiones entre las cuales se encuentran: primero, administrar la cuenta de ahorro individual del afiliado, garantizar una rentabilidad mínima de los fondos de pensiones, consolidar la historia laboral de cada uno de los afiliados a este régimen, ejercer la acción de cobro frente a las cuotas generadas y garantizar que en caso de cumplir con los requisitos de acceder a la prestación económica de sobrevivencia o invalidez pues se pueda financiar dicha prestación al afiliado o a sus beneficiarios dependiendo del caso.

Bajo este escenario es relevante mencionar que, si bien no gira entorno a la declaratoria de nulidad e ineficacia de la afiliación, la Corte Suprema órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria ha señalado que la consecuencia

indicando fue con la Ley 100 de 1993 que se crea el régimen de ahorro individual con solidaridad y con este un conjunto de obligaciones a cargo de las administradoras en favor de los afiliados en cada uno de los sistemas de pensiones, advirtiendo el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 señala que un 3% sobre el IBC se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes, por lo que en su sentir ordenar el reintegro de la comisión de la administración es una clara violación al principio constitucional de buena fe, confianza legítima y debido proceso pues se ordena judicialmente a devolver la suma que tiene un titular definido legalmente, reiterando Skandia ha llevado a cabo la administración de los recursos contenidos en el régimen de ahorro individual de la actora, así como todas las labores exigidas por la ley respecto de estos, razón por la cual manifiesta no es viable devolver dichas sumas a la administradora de pensiones Colpensiones más aun cuando dichos dineros han generado rendimientos beneficiando directamente a la actora.

Frente a las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia refiere tampoco es procedente que su representada deba asumirlas, en tanto que el aseguramiento, es decir, la invalidez y la sobrevivencia es permanente y la actora goza de la cobertura durante toda la vinculación al fondo de pensiones, de ahí que parte del mencionado porcentaje ya fue pagado a un tercero de buena fe que en este caso es una aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez o muerte de la actora y por tanto este dinero no se encuentra en las arcas de la AFP.

de este es el regreso automático de las cosas al estado inicial, también lo es el realizar un estudio de ponderación en cuando a las restituciones mutuas, la confianza legítima y la buena fe que ostenta Skandia.

De otro, ordenar el reintegro de la comisión de la administración es una clara violación al principio constitucional de buena fe, confianza legítima y debido proceso pues se ordena judicialmente a devolver la suma que tiene un titular definido legalmente Skandia pensiones y cesantías ha llevado a cabo la administración de los recursos contenidos en el régimen de ahorro individual de la actora, así como todas las labores exigidas por la ley respecto de estos, razón por la cual es no viable devolver dichas sumas a la administradora de pensiones Colpensiones más aun cuando dichos dineros han generado rendimientos beneficiando directamente a la actora.

Ahora bien, en lo que respecta a juicio de la suscrita, en lo que respecta a las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia tampoco es procedente que mi representada deba asumirlas, en tanto que la aseguramiento, es decir, la invalidez y la sobrevivencia es permanente y la actora goza de la cobertura durante toda la vinculación al fondo de pensiones obligatorio a mi representada, de ahí que parte del mencionado porcentaje ya fue pagado a un tercero de buena fe que en este caso pues es una aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez o muerte de la actora y por tanto este dinero no se encuentra en las arcas de la AFP.

En estos términos dejo sustentado mi recurso de apelación, solicitándole a los honorables magistrados pues revoquen la condena impuesta a mi representada en los anteriores términos. Gracias su señoría.

Finalmente COLPENSIONES³ señala que nunca en el transcurso del proceso se logró demostrar el engaño sufrido por la accionante recibido por parte de los fondos privados, así como la falta de información al momento de la asesoría, expresando al ser esto un asunto probatorio, Colpensiones no tiene documentos ni conoció de la referida asesoría recibida por la parte actora, lo anterior acorde al estatuto del consumidor, leyes y decretos que regulan la afiliación de los particulares al sistema de régimen de ahorro individual con solidaridad.

³ **COLPENSIONES (Récord 1:06:40):** teniendo en cuenta la sentencia condenatoria que acaba de dictar el despacho, me permito interponer y sustentar el recurso de apelación contra la sentencia. Tenemos que el juzgado 27 laboral del circuito ordeno declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS de la parte actora y en su lugar a tener a la accionante en el RPM administrado por Colpensiones junto con el traslado de las AFP de todas las cotizaciones, frutos, rendimientos entre otros conceptos causados en la cuenta de ahorro individual.

Al respecto, me permito indicar que Colpensiones no comparte tal decisión toda vez que como se indicó tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión, nunca en el transcurso del proceso se logró demostrar el engaño sufrido por el accionante recibido por parte de los fondos privados, así como la falta de información al momento de la asesoría. Al ser esto un asunto probatorio, Colpensiones no tiene documentos conoció de la referida asesoría recibida por la parte actora, queda sujeta a las AFP del RAIS logra demostrar esto respecto a su correspondiente gestión. Lo anterior 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 llegara a revisar los formularios de afiliación de traslado firmados por la accionante, suscritos bajo la gravedad del juramento, en el mismo se encuentra la manifestación expresa de que lo hizo libre de apremios y por su propia voluntad, por tanto, estas afiliaciones de la parte de actora al RAIS se realizaron con requisitos legales y en dichas oportunidades nunca manifestó el deseo de retractarse, por la cual no podía ordenar su regreso automático al RAIS.

Así mismo en el expediente, no obra prueba alguna que efectivamente a la parte actora se lo hubiese hecho incurrir en error, falta del deber de la información por parte de las AFP o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, fuerza o dolo, asimismo no se evidencia dentro del formulario nota o anotación alguna que permita con probabilidad de certeza, que hubo una inconformidad por parte del accionante, al contrario se observa que las documentales se observan sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre coerciones o presiones indebidas.

Visto los hechos de la demanda es fácil concluir que el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene fuerza legal para incurrir sobre la fuerza jurídica del acto, del contrato celebrado del accidente y la AFP el RAIS demandada, Por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad, que afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

De lo anterior se deduce que de esa decisión libre y voluntaria y sin presiones de oportunidades legales, la accionante nunca manifestó su deseo de retractarse a la afiliación al RAIS pues trae como consecuencia que debe asumir dichas consecuencias legales de tales decisiones que no fueron otras, que regirse por las normas, procedimientos del requisito establecidos para el régimen de ahorro individual con solidaridad, de modo que no es procedente alegar que después de tanto tiempo que fue engañada solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas, lo que significa que la vinculación a las administradoras del RAIS se ajustó a la ley y goza de plena y total validez.

Es de concluir entonces que pues el accionante se fundó en el hecho de haber sido engañada por los asesores de los fondos privados a los cuales ha estado afiliada y de conformidad con lo dispuesto en el art 116 de Código Civil y 167 del Código General del Proceso le corresponde la carga de probar dicha afirmación, lo que brillo por su ausencia en el presente caso.

Teniendo en cuenta lo anterior, se solicita muy respetuosamente a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá sala laboral, que revoque en la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar se absuelva a Colpensiones de todas una de las condenas.

Comenta, la accionante nunca manifestó su deseo de retractarse a la afiliación al RAIS por lo que la consecuencia es que debe asumir tales decisiones 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 que después de tanto tiempo que fue engañada solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas, lo que significa que la vinculación a las administradoras del RAIS se ajustó a la ley y goza de plena y total validez.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Exp. Digital: Archivo 01 página 7), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 4 a 6, ibidem), aspirando se declare la nulidad o ineficacia de traslado efectuada del RPM al RAIS en consecuencia se ordene el traslado a Colpensiones de la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro individual, sin ningún tipo de deducción, además de los rendimientos financieros y bonos pensionales, se condene en costas y agencias en derecho, lo *ultra y extra petita*. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora y se condenó a a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora AMPARO TRISTANCHO CEDIEL como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, y a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, mientras estuvo afiliada a esa Administradora, por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de

Justicia, la demandada COLFONDOS S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias de su traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 7 de octubre de 1959 (Archivo 1 expediente digital página 15), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante OLD MUTUAL (hoy Skandia) el 28 de septiembre del 2017 y ante COLPENSIONES el 1° de noviembre del 2017 (páginas 19 a 20 y 23 a 29 ibídem), esto es, cuando ya había cumplido la edad 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 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con **283,42** semanas de servicios prestados al sector privado y público (Página 80, «*Archivo 7 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, precisando su afiliación al ISS se dio el 1° de febrero de 1979 (*Archivo 04 expediente digital, pág. 66*)

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

Historia Laboral Régimen de Prima Media con Prestación Definida

Historia Laboral válida para Bono Pensional

Periodo	NIT / Patronal	Empleador	Fecha de ingreso	Fecha de retiro	Salario base de cotización	Entidad a la que realizó el aporte	Entidad responsable	Fuente de información	Días aport.	Días acum.
197902	13018201370	SIND TRABJ PRUD HARINAS	01/02/1979	31/12/1979	\$ 3,300.00	Seguro Social	Colpensiones	MASIVO ISS 67-94	334	334
198001	13018201370	SIND TRABJ PRUD HARINAS	01/01/1980	16/06/1980	\$ 4,410.00	Seguro Social	Colpensiones	MASIVO ISS 67-94	168	502
198010	13018200604	S E S	15/10/1980	31/12/1980	\$ 4,410.00	Seguro Social	Colpensiones	MASIVO ISS 67-94	78	580
198101	13018200604	S E S	01/01/1981	31/08/1981	\$ 5,790.00	Seguro Social	Colpensiones	MASIVO ISS 67-94	243	823
198109	13018200604	S E S	01/09/1981	31/05/1983	\$ 9,480.00	Seguro Social	Colpensiones	MASIVO ISS 67-94	638	1461
199008	890399029	DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA	30/08/1990	02/02/1992	\$ 0.00	DEPARTAMENT O DEL VALLE DEL CAUCA	DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA	EMPLEADORES	522	1983
199202	890399029	DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA	03/02/1992	03/02/1992	\$ 227,500.00	DEPARTAMENT O DEL VALLE DEL CAUCA	DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA	EMPLEADORES	1	1984



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 marzo/2021
ACTUALIZADO A: 23 marzo 2021

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	Cédula de Ciudadanía	Fecha de Nacimiento:	07/10/1959
Número de Documento:	63283469	Fecha Afiliación:	01/02/1979
Nombre:	AMPARO TRISTANCHO CEDIEL	Correo Electrónico:	
Dirección:	CALLE 37 NO 25-48 TORRE SUR AP	Ubicación:	Urbana
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
13018201370	SIND TRABJ PRUD HARI	01/02/1979	16/06/1980	\$4.410	71,71	0,00	0,00	71,71
13018200604	S E S	15/10/1980	31/05/1983	\$9.480	137,00	0,00	0,00	137,00
					[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 208,71			
					[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 * "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"): 0,00			

Advirtiéndose igualmente, si bien, de acuerdo a la documental que obra en el proceso, la accionante efectuó las cotizaciones al RPM tanto en el ISS como ante el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA del 1° de febrero de 1979 al 3 de febrero de 1992 (págs. 89 a 95 Archivo 01 expediente digital) y efectuó el traslado a la AFP COLFONDOS el día 12 de mayo del 2000, iniciando cotizaciones en ese régimen en tal mes (Ver SIAFP página 60, archivo 01), sin que se aprecien aportes en dicho interregno -4 de febrero de 1992 al 12 de mayo del 2000-, debe decirse, no tiene relevancia el hecho de que la actora hubiese dejado de efectuar cotizaciones al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, dicho de otro modo, que se encontrara inactiva, 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, precisándose en este particular caso, la actora ya venía con una afiliación previa al ISS y tal como se ilustró en precedencia, no existía una restricción en el tiempo para trasladarse de régimen pensional (art. 11 del D. 692 de 1994)⁵.

Dilucidado lo anterior, se tiene entonces que 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 **12 de mayo del 2000** con fecha de efectividad a partir del **1° de julio del 2000** (pág. 60, Archivo 1 expediente digital), por afiliación que hiciera a la AFP COLFONDOS S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, **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.

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.”

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*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.

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

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

«(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**EXP. 27 2019 00203 01 AMPARO TRISTANCHO CEDIEL CONTRA LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, SKANDIA (antes OLD MUTUAL) y como vinculada
COLFONDOS S.A.**

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.

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

“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.

caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante (Audio archivo 27 récord: 17:58) no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que cuando se posesiono en el CONGRESO DE LA REPUBLICA en el año 2008 los funcionarios de COLFONDOS le dijeron que como el seguro social se iba acabar lo mejor era que hicieran el cambio de fondo pues podía obtener una mejor mesada pensional, con mayor rentabilidad y una pensión a una menor edad. La actora indica que no le explicaron características del régimen, ni mucho menos los requisitos para pensionarse en el RAIS.

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

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

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

Así, por ejemplo, en sentencia 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 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 2000, 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 (12 de mayo del 2000, efectivo el 1° de julio de ese año), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia CSJ SL12136-2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de SKANDIA (antes OLD MUTUAL) actual administradora donde se encuentra afiliada la accionante, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁸ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por el tiempo en que la demandante estuvo aparentemente afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades⁹, como también la activación de su afiliación

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

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

en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Lo anterior, teniendo en cuenta que así lo ha considerado el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…)

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

Debe precisarse, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de Colpensiones, que se adicionará el ordinal segundo y tercero de la decisión, ordenándose a SKANDIA y a COLFONDOS retornar lo ordenado debidamente **indexado**, como quiera que, para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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

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

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor

del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

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

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

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

Así mismo se ordenará que COLFONDOS retorne de la misma manera las comisiones y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Del mismo modo 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, frente a la orden de la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales objeto de apelación por parte de SKANDIA, 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 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 anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, no se está avalando el tránsito de un régimen a otro sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se

deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

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

Ahora, en lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES¹⁰, a favor de quien se surte la consulta (páginas 34 y 35, «*Archivo 4 expediente digital*»), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Al epílogo conviene agregar una glosa a la temática en estudio, a raíz del comunicado de prensa número 13 del 12 de abril del 2024 expedido por la Corte Constitucional en referencia a la SU-107 del 2024 en punto a estimar que no tiene fuerza vinculante conforme lo asienta la propia Corte Constitucional en Auto No. 201 del 2013 así:

“...7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les

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 septiembre del 2021 («*archivo 6 expediente digital*»).

confiere fuerza vinculante de ninguna índole¹¹. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional¹², en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”¹³ y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”¹⁴.

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”¹⁵. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”¹⁶.

Del mismo modo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A del 4 de febrero del 2016 Radicación número 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) se indicó:

“Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación... el presidente del máximo tribunal constitucional expide los comunicados de prensa con el fin de poner en conocimiento de la comunidad las decisiones adoptadas y con ello de los cambios que implican en el ordenamiento jurídico. No obstante, al no ser la sentencia misma la que se publica no produce efectos jurídicos... se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni reemplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991... si bien es cierto a través del citado comunicado se informó sobre la Sentencia de Unificación SU-556 del 14 de julio del 2014, también lo es que, como quedó antes expuesto, dicha publicación no produce efecto vinculante ni jurídico alguno, pues no reemplaza la notificación... De esta forma, al Tribunal no podía exigírsele la aplicación de una sentencia que no producía efectos para el momento en que de

¹¹ Ver, al respecto, el auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

¹² Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992, posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

¹³ Acerca de la facultad de la Corte Constitucional para regular lo referente a las condiciones de publicidad de sus sentencias es útil la consulta de los Autos 152 B de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y 028 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 12 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁵ “Que en las condiciones anotadas, es claro que existe una evidente diferencia entre el comunicado que busca satisfacer, con prontitud, el interés de la opinión pública de obtener información y la sentencia “documentada y firmada” que, además, “da cuenta de su contenido así como del número y nombre de los magistrados que la adoptaron, por haber sido quienes intervinieron en la deliberación y decisión respectiva”. Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

¹⁶ Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

*adoptó la decisión que ahora se debate... En ese orden, no se advierte el
desconocimiento del precedente judicial alegado”*

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

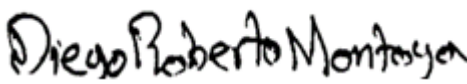
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO y TERCERO** del fallo de primer grado, en el sentido disponer el pago debidamente **indexado**, de los valores objeto de devolución allí indicados, de la misma manera se **ORDENA** a **COLFONDOS S.A.** retornar además de lo señalado por la *a quo* las comisiones y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, conforme lo considerado.

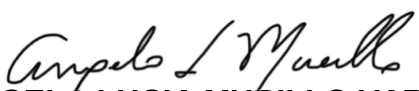
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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 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 LUZ MARINA
CADENA GAONA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 29 2022 00036 01).**

Bogotá D.C. treinta (30) de abril 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 favor de esta última contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 22 de febrero del 2024 (*Audio archivo 18 récord: 40:19*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado pensional que *hiciera la señora LUZ MARINA CADENA GAONA identificada con C.C. N. 39.700.167, realizada ante la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., fecha de solicitud 30 de julio de 1999 inicio de efectividad 01 de septiembre de 1999 por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante LUZ MARINA CADENA GAONA, por cotizaciones, rendimientos y garantía pensión mínima, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

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

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

QUINTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, en los términos del artículo 69 del C.P.T y de la S.S. ”.

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló, manifestando, no tuvo injerencia alguna en la decisión que tomó en Porvenir la demandante, por lo que los dineros que no se reconocieron en la sentencia, afectarían la estabilidad económica de Colpensiones, los cuales conforme a la jurisprudencia resulta procedente que se trasladen todos los recursos a cargo de la AFP Porvenir, así cómo son los gastos de administración y los seguros provisionales, ya que no fueron reconocidos en la sentencia, solicitando por ende se acceda a su devolución (*Audio archivo 18 récord: 41:35¹*)

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 1 y 2, archivo 01 expediente digital*) las cuales encuentran fundamento en los

¹ **COLPENSIONES:** Estando en la etapa procesal pertinente presento recurso de apelación por la sentencia que acaba de proferir su honorable despacho por las siguientes razones. Solicito a los honorables magistrados revocar la condena proferida a la entidad que represento de forma parcial en cuanto a los gastos de administración y seguros provisionales, teniendo en cuenta que desde la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 la estabilidad financiera y libertad de régimen y pues los trabajadores tiene la garantía de pensionarse, se creó el sistema general de pensiones con dos regímenes coexistentes, el régimen de prima media contestación definida y el régimen de ahorro individual.

Señores magistrados, como se evidencia en este proceso, Colpensiones no tuvo injerencia alguna en la decisión que tomó en Porvenir la señora, aquí demandante, la señora Luz Marina y la AFP Porvenir a realizar este traslado, por lo cual estos dineros que no se reconocieron en la sentencia, afectarían la estabilidad económica de Colpensiones, los cuales conforme a la jurisprudencia que se refiere a este tipo de procesos donde nos habla de la ineficacia, es procedente que se trasladen todos los recursos a cargo de la AFP Porvenir, así cómo son los gastos de administración y los seguros provisionales en este caso, ya que no fueron reconocidos en la presente sentencia. Teniendo de cuenta que como se evidencia por la jurisprudencia, este tipo de cosas, de este tipo de pretensiones, Colpensiones actuaba en concordancia a la ley y en concordancia al estricto cumplimiento de la orden legal y pues atendiendo al artículo 48 inciso 5 de la Constitución Política, el artículo 365 numeral 5 del C.G.P. Por lo tanto, su señoría, señores magistrados ruego se revoque la sentencia en cuanto a estos gastos y se han trasladados a la administradora que represento. Muchas gracias su señoría.

hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 2 y 3, ibidem), aspirando, se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen realizado el 1° de septiembre de 1999, en consecuencia se ordene a Porvenir trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual, se ordene a Colpensiones a recibirla sin solución de continuidad, proceda a corregir y actualizar la historia laboral, costas y gastos del proceso, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS. En consecuencia, se ordenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES las cotizaciones, rendimientos y sumas de dinero destinada para garantía de la pensión mínima en el término de 30 días hábiles y a COLPENSIONES le ordenó recibir lo anterior y actualizar la historia laboral. **Lo anterior tras considerar que,** con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, se tiene como fecha de nacimiento de la demandante el 2 de noviembre de 1963 (*Conforme se registra en la copia de la cédula de*

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

ciudadanía Archivo 01 expediente digital, pág. 19), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES 7 de julio de 2021 y PORVENIR el 13 de julio del 2021 (págs. 61 a 65 y 69 a 76, archivo 1), esto es, cuando ya había cumplido la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con **553,86** semanas cotizadas al sistema (*Historia Laboral valida para bono pensional - Archivo 10 expediente digital página 2*)³, por lo que no se encontraba en la

3

RESUMEN HISTORIA LABORAL								
Nit/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta	No.Días	Salario	Error/ observación
P 1003900656	OPTICA COLOMBIANA LTDA	LABORAL	ISS	01/02/1983	31/12/1983	334	\$9,480	
P 1003900656	OPTICA COLOMBIANA LTDA	LABORAL	ISS	01/01/1984	31/12/1984	366	\$11,850	
P 1003900656	OPTICA COLOMBIANA LTDA	LABORAL	ISS	01/01/1985	31/01/1986	396	\$14,610	
P 1003900656	OPTICA COLOMBIANA LTDA	LABORAL	ISS	01/02/1986	31/12/1986	334	\$17,790	
P 1003900656	OPTICA COLOMBIANA LTDA	LABORAL	ISS	01/01/1987	28/02/1987	59	\$21,420	
P 1003900656	OPTICA COLOMBIANA LTDA	LABORAL	ISS	01/03/1987	29/02/1988	366	\$25,530	
P 1003900656	OPTICA COLOMBIANA LTDA	LABORAL	ISS	01/03/1988	31/12/1988	306	\$30,150	
P 1003900656	OPTICA COLOMBIANA LTDA	LABORAL	ISS	01/01/1989	13/08/1989	225	\$39,310	
P 1003900656	OPTICA COLOMBIANA LTDA	LABORAL	ISS	02/03/1990	31/12/1990	305	\$47,370	
P 1003900656	OPTICA COLOMBIANA LTDA	LABORAL	ISS	01/01/1991	30/04/1991	120	\$54,630	
P 1003900656	OPTICA COLOMBIANA LTDA	LABORAL	ISS	01/05/1991	29/02/1992	305	\$61,950	
P 1003900656	OPTICA COLOMBIANA LTDA	LABORAL	ISS	01/03/1992	31/12/1992	306	\$70,260	
P 1003900656	OPTICA COLOMBIANA LTDA	LABORAL	ISS	01/01/1993	31/03/1993	90	\$89,070	
P 1003900656	OPTICA COLOMBIANA LTDA	LABORAL	ISS	01/04/1993	31/12/1993	275	\$99,630	
P 1003900656	OPTICA COLOMBIANA LTDA	LABORAL	ISS	01/01/1994	28/02/1994	59	\$107,675	
P 1003900656	OPTICA COLOMBIANA LTDA	LABORAL	ISS	01/03/1994	31/10/1994	245	\$131,745	

excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS-, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **30 de julio de 1999**, efectivo el **01 de septiembre de 1999** (Páginas 31 y 87, Archivo 10 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.

Asi 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.

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
3877	553.86	0	0.00	0	0.00	5741	820.14	0	0.00	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 3877		SEMANAS: 553.86		DIAS: 5741		SEMANAS: 820.14					
El número de semanas se calculó con días calendario											

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

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado 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

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, raditaciones 31989 y 31314, dijo:

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

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la

modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que al lugar de su trabajo llegó un asesor de Porvenir, le indicaron que debería trasladarse porque el ISS se iba acabar y podía perder los aportes, precisando dicho asesor le manifestó que se podía pensionar con el último salario cotizado y 10 años antes de adquirir su edad de pensión aunado a que si fallecía su mamá podía recibir la pensión.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen

⁶ ***Interrogatorio Demandante, récord 10:20, archivo 18.***

consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados 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 demandado proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características.

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 31, Archivo 10 del expediente digital*), éste no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, en especial, con lo relacionado dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

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

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

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

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

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

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

...

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (30 de julio de 1999, efectivo el 1º de septiembre 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 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 CSJ STL11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

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

Debe precisarse en este punto, en virtud de la apelación por parte de COLPENSIONES y como quiera que se conoce el presente proceso en el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, se adicionará el numeral segundo del fallo de primer grado, en cuanto a que además de lo anterior, PORVENIR deberá devolver a COLPENSIONES los **gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁷, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁸**, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real.” (Negrillas de la Sala).

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

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁹, a favor de quien se surte la consulta (páginas 5 y 6, archivo 09, expediente digital), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Al epílogo conviene agregar una glosa a la temática en estudio, a raíz del comunicado de prensa número 13 del 12 de abril del 2024 expedido por la Corte Constitucional en referencia a la SU-107 del 2024 en punto a estimar que no tiene fuerza vinculante conforme lo asienta la propia Corte Constitucional en Auto No. 201 del 2013 así:

⁹ Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 1° de agosto de 2023 (archivo 11 expediente digital).

“...7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole¹⁰. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional¹¹, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”¹² y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”¹³.

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”¹⁴. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”¹⁵.”

Del mismo modo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A del 4 de febrero del 2016 Radicación número 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) se indicó:

“Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación... el presidente del máximo tribunal constitucional expide los comunicados de prensa con el fin de poner en conocimiento de la comunidad las decisiones adoptadas y con ello de los cambios que implican en el ordenamiento jurídico. No obstante, al no ser la sentencia misma la que se publica no produce

¹⁰ Ver, al respecto, el auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

¹¹ Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992, posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

¹² Acerca de la facultad de la Corte Constitucional para regular lo referente a las condiciones de publicidad de sus sentencias es útil la consulta de los Autos 152 B de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y 028 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

¹³ Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 12 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴ “Que en las condiciones anotadas, es claro que existe una evidente diferencia entre el comunicado que busca satisfacer, con prontitud, el interés de la opinión pública de obtener información y la sentencia “documentada y firmada” que, además, “da cuenta de su contenido así como del número y nombre de los magistrados que la adoptaron, por haber sido quienes intervinieron en la deliberación y decisión respectiva”. Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

¹⁵ Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

efectos jurídicos... se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni rempazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991... si bien es cierto a través del citado comunicado se informó sobre la Sentencia de Unificación SU-556 del 14 de julio del 2014, también lo es que, como quedó antes expuesto, dicha publicación no produce efecto vinculante ni jurídico alguno, pues no reemplaza la notificación... De esta forma, al Tribunal no podía exigírsele la aplicación de una sentencia que no producía efectos para el momento en que de adoptó la decisión que ahora se debate... En ese orden, no se advierte el desconocimiento del precedente judicial alegado”

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

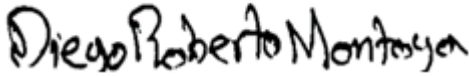
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal SEGUNDO del fallo de primer grado, para ordenar a PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES los **gastos de administración, las comisiones y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados** con cargo a sus propias utilidades, por el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

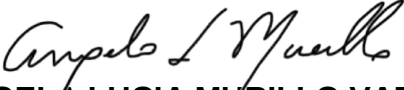
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA 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 JOSÉ ANDRÉS
BERNAL MARTÍNEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD 31 2023 00369 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril 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 parte demandante y demandada como también el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por la Juez 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de enero del 2024 (Archivo 18, récord: 39:04), en la que se resolvió:

“PRIMERO: *CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez a José Andrés Bernal Martínez teniendo como valor de mesada pensional para el año 2019 la suma de \$7.071.722, para el año 2020 \$7.340.447, para el año 2021 \$7.458.628, para el año 2022 \$7.877.803, para el año 2023 \$8.911.371 y para el año 2024 \$9.738.346.*

SEGUNDO: *CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante por concepto de diferencia pensional a partir del 29 de noviembre*

del año 2019 esto como consecuencia la prescripción declarada, al 30 de enero del año 2024 a favor del demandante la suma de \$26.321.246.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES del pago de intereses moratorios por las razones expuestas.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES del pago de costas y agencias en derecho.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación frente a la no condena a los intereses moratorios señalando la ley precisa en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, la entidad encargada de otorgar la pensión, le reconocerá al pensionado la tasa máxima de interés moratorio, precisando Colpensiones reconoció una pensión vitalicia al demandante en cuantía inferior a la que realmente le correspondía reconocer y pagar, en el entendido de que no aplicó lo señalado en la ley referente a la tasa de reemplazo de la que habla el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 10º, la ley 797 de 2003, pues liquidó la mesada pensional en cuantía inferior, generando una liquidación de la mesada pensional en perjuicio de los derechos laborales del accionante pues de haberlo hecho conforme a derecho el accionante hubiera conseguido una cuantía que equivalía a \$7.071.721,60.

Expresa, los intereses moratorios tienen un carácter de resarcitorio y no sancionatorio, de manera que no es oportuno analizar las conductas del deudor obligado, sino que proceden automáticamente por la mora en el pago efectivo de la obligación, y en esa medida considera existe un error en el pago, lo que materializaría la consecuencia del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. (Archivo 18, récord: 40:30¹)

¹ Gracias, señora juez. Si me lo permite, y esta es la oportunidad, presenté recursos a apelación.

Muchas gracias, presento recurso de apelación, en lo que concierne únicamente al tema de los intereses. Honorables magistrados del tribunal de Bogotá, sala laboral, quiero indicar que todo parte de lo que contemplado en la institución normativa artículo 141 de la ley 100 de 1993, la ley precisa que en caso de demora el pago de las mesadas pensionales, la entidad encargada de otorgar la pensión, le reconocerá al pensionado la tasa máxima de interés moratorio.

Lo anterior, nos propone identificar que es una mesada pensional entonces encontrando que es la retribución que recibe de manera periódica un pensionado por los servicios que en algún momento de su vida laboral suministro en conjunto con los pagos a seguridad social en pensiones que efectuó, en tal sentido este, se halla como la materialización del Derecho que tiene un sujeto que, en correspondencia con la ley, ha llegado a los requisitos mínimos para acceder a un pago mensual, conforme a la figura de pensión.

Colpensiones por su parte expresa haber actuado de buena fe bajo conforme lo establecido por el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, pues conforme a las semanas cotizadas por el demandante se toma la tasa de reemplazo del 75.16% sobre el ingreso base de liquidación teniendo en cuenta que el pensionado contó con una totalidad de 2.255 semanas de cotización y se tomó los últimos 10 años desde la historia laboral, siendo la más favorable para el peticionario, arrojando así un valor de IBL de \$8.839.652, afirmando el estudio por la entidad y realizada la operación, arrojó una tasa de reemplazo del 75.16%, la cual, le fue aplicada a la pensión del demandante, concluyendo que las resoluciones expedidas por Colpensiones, se encuentran ajustadas a Derecho, por lo tanto solicita se absuelva a su representada de las condenas impuestas en el fallo de primera instancia (*Archivo 18, récord: 43:55²*)

Ahora bien, mediante la resolución SU 255094 del 18 de septiembre de 2019 la administradora colombiana de pensiones Colpensiones reconoció una pensión vitalicia a mi poderdante en cuantía inferior a la que realmente le correspondía a reconocer y pagar la pensión COLPENSIONES se reúna liquidación de vejez, en el entendido de que no aplicó lo señalado en la ley referente a la tasa de plazo en la que habla el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 10º, la ley 797 de 2003, pues liquidó la mesada pensional en cuantía inferior, generando una liquidación de la mesada pensional en perjuicio de los derechos laborales de mi mandante.

Así las cosas, la Administradora de pensiones colombiana de pensiones Colpensiones no dio cumplimiento a la obligación de reconocimiento y pago de la prestación pensional de vejez conforme a Derecho, pues de haberlo hecho así lo hubiera conseguido una cuantía que equivalía a \$7.071.721,60.

Conforme lo anterior debo indicar que la sentencia SL 3130 del 19 de agosto de 2020 en la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, establece que los intereses moratorios tienen un carácter de resarcitorio y no sancionatorio, tal como lo manifestó la señora juez, de manera que no es oportuno analizar las conductas del deudor obligado, si no que proceden automáticamente por la mora en el pago efectivo de la obligación, ahora si bien los intereses proceden por la mora en el pago, este se debe comprender de una manera mucho más amplia, es decir, tanto en los casos de ausencia de pago de la obligación como en los eventos de pagos parciales o deficitarios, evento este último que aplicó el presente caso conforme al error que constituyó Colpensiones al momento de otorgar la pensión, es claro que existe un error en el pago, y esto claramente materializaría la consecuencia del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Muchas gracias.

² Su Señoría, muchísimas gracias, me permito, de manera muy respetuosa, interponer y sustentar recurso de apelación en los siguientes términos, manifestar pues de primera mano a los honorables magistrados que la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, pues siempre actúa de buena fe, bajo el entendido del artículo 83 de nuestra constitución política de Colombia.

Asimismo, manifestarle a los honorables magistrados que conforme a las semanas cotizadas por el demandante ante la entidad que represento, pues el en su momento le fue más favorable el reconocimiento de la pensión de vejez bajo el decreto 797 del 2003, toda vez, pues que se toma en la tasa de reemplazo del 75.16% sobre el ingreso base de liquidación teniendo pues en cuenta que el pensionado contó con una totalidad de 2.255 semanas de cotización y pues para determinar ese ingreso base liquidación, pues se tomó los últimos 10 años desde la historia laboral, pues siendo pues esta la más favorable para el peticionario, arrojando así pues un valor de 8.839.652 pesos, que la norma pues aplicable en lo que el ingreso base liquidación en lo establecido pues por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, la cual establece que se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esa ley, el promedio de salarios a renta sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo si éste fuese inferior para el caso de los pensionados de invalidez o sobrevivencia actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor según certificado que expida el DANE, cuando el promedio del ingreso base de liquidación ajustado por inflación calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador resulta superior

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 JOSÉ ANDRÉS BERNAL MARTÍNEZ, las pretensiones elevadas en las páginas 1 y 2 del archivo 1 del expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en las páginas 2 a 3 ibidem, solicitando se declare que la tasa de reemplazo que corresponde aplicar a la pensión de vejez equivale al 80% atendiendo las semanas adicionales a las 1300 que fueron cotizadas, en consecuencia se condene a reliquidar la prestación pensional desde el 1° de agosto del 2019 en cuantía de \$7.071.721,60, junto con el pago del retroactivo por diferencias de mesadas pensionales, los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las sumas adeudadas, costas y agencias en derecho, derechos *ultra y extra petita*. 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 el actor -2255-, éste tenía derecho a la aplicación de una tasa de reemplazo del 80% liquidando la prestación con una mesada inicial de \$7.071.721,60 a partir del 1° de agosto del 2019, acogiendo igualmente, el reciente criterio dado en sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la cual se precisó la forma en que se debe

al previsto en el inciso anterior el trabajador podrá optar por el sistema siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo que igualmente el monto de la presente prestación se define de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la ley 797 del 2003 por el cual se modifica el artículo 34 de la ley 100 del 93 en los siguientes términos, dice que a partir del 1° de enero del 2004 se aplicarán las siguientes reglas: el monto mensual de la pensión corresponde al número de semanas de cotización requerida será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación de los afiliados cuyo con dicho porcentaje se calculará de acuerdo a la siguiente fórmula $r = 65.50 - 0.50s$ donde (r) el porcentaje de ingreso base liquidación y (s) el número de salarios mínimos legales mensuales vigentes, a partir del 2005 por cada 50 semanas adicionales mínimas requerida, el porcentaje incrementarán un 1.5% el ingreso base liquidación, llegando a un monto máximo de la pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingreso de cotización calculado con base en la fórmula establecida del presente artículo el valor total de la pensión no podrá pues es superior a 80% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la mínima.

Realizado así pues, el estudio por la entidad a la que represento y realizaba pues la operación, arroja una tasa de reemplazo del 75.16%, la cual, pues se le fue aplicada a la pensión del demandante, concluyendo pues así, honorables magistrados que las resoluciones expedidas por la entidad, la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, pues se encuentran ajustadas a Derecho, por lo tanto pues, solicito muy respetuosamente, se absuelva a mi representada de las condenas impuestas en el fallo de primera instancia y pues no se condene en costas en esta instancia de dejando, así pues, sustentado el recurso de apelación, muchísimas gracias.

calcular la tasa de reemplazo para afiliados que hayan cotizado por encima de 1800 semanas, siendo aplicable en este caso, estableciendo entonces que el demandante tiene derecho a la citada reliquidación pero a partir del 29 de noviembre del 2019 por efectos de la prescripción, calculando un retroactivo desde esa data y hasta el 30 de enero del 2024 en suma de \$26.321.246, absolviendo de los intereses moratorios.

De esta manera el problema jurídico ante esta instancia se centra en establecer si el actor tiene derecho a la reliquidación de su prestación pensional aplicando una tasa de reemplazo del 80% dado el numero de semanas cotizadas al sistema, como también la procedencia de los intereses moratorios.

Así las cosas, sea lo primero indicar, no es objeto de discusión en esta instancia que el actor se encuentra pensionado conforme lo señala la Resolución SUB 255094 del 19 de septiembre del 2019 (Archivo 01, páginas 27 a 35 del expediente digital), acto administrativo en el que se señaló como IBL \$8.839.652 y una tasa de reemplazo del 75.15% para un valor de mesada pensional de \$6.643.882 a partir del 1° de agosto del 2019, señalándose en dicho acto administrativo un total de semanas cotizadas de 2255.

En este orden de ideas como quiera que la prestación pensional del 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 tope³, siendo entonces válidas las **2255** cotizadas al 31 de julio del 2019 por el

³ 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**

señor JOSÉ ANDRÉS BERNAL MARTÍNEZ (ver cuadro tiempo de servicios insertado por Colpensiones en la Resolución SUB 255094 del 18 de septiembre del 2019 Archivo 01 expediente administrativo págs. 27 a 35)

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.

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.

mínimas que se requieran para alcanzar el porcentaje máximo indicado. (CSJ SL1947-2020; CSJ SL1981-2020 y CSJ 2557-2020).” (negrilla fuera del texto).

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 **\$8.839.652 (no discutido por el 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 Reemplazo 2019			
IBL / SMMLV	\$ 8.839.652,0	\$ 828.116,0	10,6744
No. SMMLV*0,5	10.6744 * 0,5		5,337206382
65,50%	-	5,3372	<u>60,1628</u>
Semanas adicionales a 1300-2250		950	
950 / 50 * 1,5			28,5
60,1628%	+	28,50%	<u>T. R.</u> <u>88,66%</u>

Conforme a lo anterior, en efecto como se dijo en primera instancia frente a la TASA DE REEMPLAZO, se tiene que el actor tiene derecho a la aplicación de un porcentaje diferente al tenido en cuenta por Colpensiones en el acto administrativo Resolución SUB 255094 del 18 de septiembre del 2019, 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 88.66%, no obstante la norma solo permite que se aplique hasta el 80%.

De este modo, la tasa de reemplazo de la cual es acreedor el actor es del 80% que al aplicarla al IBL de \$8.839.652 arroja una mesada de **\$7.071.722**, esto es, igual a la obtenida por la juez de primer grado.

Ahora en lo que toca a la excepción de prescripción formulada por Colpensiones desde la contestación de la demanda (página 19, archivo 10, expediente digital)⁴, se tiene que en el caso bajo examen el reconocimiento pensional como ya se dijo, se realizó a través de Resolución SUB 255094 del **18 de septiembre del 2019** (págs. 27 a 35 Archivo 01 expediente digital), presentando por primera vez solicitud de reliquidación el 30 de octubre del 2019 siendo negada la misma por acto administrativo SUB 13413 del 17 de enero del 2020 (págs. 46 a 54 ibidem) frente al cual se presentaron los

⁴ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 14 de diciembre del 2023, archivo 13 del expediente digital.

recursos de reposición y apelación, siendo desatado el último el 19 de mayo del 2020 (págs. 55 a 63 ibidem). Posterior a ello la parte actora presentó una segunda reclamación el 29 de noviembre del 2022 (pág. 63 ibidem), siendo nuevamente negada por acto administrativo SUB 1100884 del 28 de abril del 2023 (págs. 63 a 73 ibidem) y acudiendo a la jurisdicción el **12 de septiembre del 2023** (acta de reparto Archivo 03), advirtiéndose COLPENSIONES fue notificada del auto admisorio de la demanda de fecha 2 de noviembre del 2023 (archivo 06) el 10 de noviembre del 2023 (Archivo 07 expediente digital), esto es, dentro del año que establece el artículo 94 del C.G.P.

Conforme a lo anterior se tiene, las diferencias de mesadas pensionales causadas del 1° de agosto del 2019 al 28 de noviembre del 2019 se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, pues desde la exigibilidad del derecho (18/09/2019) a la primera reclamación desatada administrativamente el 19 de mayo del 2020 y hasta el momento en que acudió a la jurisdicción (12/09/2023) transcurrieron más de los 3 años establecidos en los artículos 151 del C.P.L. y 488 del C.S.T. y SS, no ocurriendo lo mismo con la segunda reclamación efectuada del 29/11/2022 pues demandó dentro de los tres años siguientes -12/09/2023-

De esta manera, se tiene como interrumpido el fenómeno extintivo con la reclamación del 29 de noviembre del 2022, y por ende se ha de declarar probada parcialmente la excepción de prescripción sobre las diferencias de mesadas pensionales causadas con anterioridad al **29 de noviembre del 2019** (3 años anteriores a la segunda reclamación), confirmándose en este punto el fallo de primera instancia.

Lo anterior en aplicación del criterio expuesto en sentencia SL794 radicación No. 41281 del 13 de noviembre del 2013, mediante la cual se precisó que para prestaciones que se vayan causando de manera periódica, desde luego se aplica la interrupción de la prescripción por una sola vez para cada una de las distintas mesadas que se vayan generando en el tiempo, afectándose por el fenómeno de la prescripción una vez superado tanto el lapso de suspensión como el de interrupción en el evento en que oportunamente no se accione una vez vencidos dichos términos (Sentencia C-792 de 2006).

En ese sentido, el retroactivo que se estaría adeudando al accionante por diferencia de mesadas pensionales tomando como valor de mesada \$7.071.722 sería de **\$26.317.554** del 29 de noviembre del 2019 al 30 de enero del del 2024 (fecha de liquidación de primer grado), modificándose en este punto el fallo de primera instancia dada la consulta que se surte en favor de Colpensiones pues se condenó al pago de \$26.321.346 (cifra levemente superior a la aquí obtenida), 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
29/11/19	31/12/19	3,18%	\$ 7.071.722,00	\$ 6.643.882	\$ 427.840	2,07	\$ 884.203
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 7.340.447,00	\$ 6.896.350	\$ 444.097	13,00	\$ 5.773.267
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 7.458.628,00	\$ 7.007.381	\$ 451.247	13,00	\$ 5.866.214
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 7.877.803,00	\$ 7.401.196	\$ 476.607	13,00	\$ 6.195.897
01/01/23	31/12/23	13,12%	\$ 8.911.371,00	\$ 8.372.232	\$ 539.139	13,00	\$ 7.008.802
01/01/24	30/01/14	9,28%	\$ 9.738.346,00	\$ 9.149.176	\$ 589.170	1,00	\$ 589.170
Subtotal retroactivo desde 29-11-2019 a 30-01-2024							\$ 26.317.554

Precisándose el retroactivo por diferencias pensionales, se seguirá causando a hasta la fecha de inclusión en nómina de la mesada reliquidada.

Frente a los intereses moratorios anhelados por la parte actora, en los cuales insiste en la alzada, es de advertir, si bien la postura de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, ha definido que para para el impago de mesadas pensionales por las diferencias resultantes de reliquidaciones si proceden los intereses consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993⁵, lo cierto es que también se debe analizar las causas que dieron origen al reconocimiento pensional y en este caso, se dio en virtud de la aplicación minuciosa de la ley sin los alcances que frente a esta temática se ha desarrollado por vía jurisprudencial, siendo procedente dar aplicación a lo dispuesto en sentencia CSJ SL2801-2022, donde dispuso:

*“Los intereses moratorios no proceden cuando: i) **La negativa de las entidades para reconocer las prestaciones a su cargo, tiene respaldo en las normas que en un comienzo regulaban la situación o su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces,** ii) Se otorga la prestación pensional en aplicación de un*

⁵ CSJ SL3130-2020.

cambio de criterio jurisprudencial, iii) Se inaplica el requisito de fidelidad al sistema, iv) La controversia se define bajo una interpretación normativa, como sucede en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, v) Existe controversia entre beneficiarios y vi) Cuando la pensión surge con ocasión de la declaratoria de la ineficacia del traslado". (Negrilla y subrayado fuera del texto).

En acatamiento de lo anterior, no podrá accederse a la revocatoria deprecada por la parte actora.

Finalmente, 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"*.

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,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la decisión de primer grado en su numeral **SEGUNDO**, en cuanto a que el retroactivo adeudado al accionante por diferencia de mesadas pensionales tomando como valor de mesada la suma de \$7.071.722 sería de **\$26.317.554** del 29 de noviembre del 2019 al 30 de enero del 2024 (fecha dispuesta en primera instancia), el cual se seguirá

causando hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina de la mesada reliquidada.

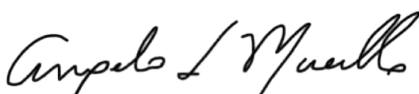
SEGUNDO: ADICIONAR la decisión del Juzgado 31 Laboral del Circuito con el fin de AUTORIZAR a COLPENSIONES a efectuar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, del retroactivo que le sea reconocido a la demandante.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN


ÁNGELA 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 JOHN JAIRO
CASTAÑEDA MARULANDA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES –COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 31 2023 02008
01).**

Bogotá D.C. treinta (30) de abril 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 la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 31 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 22 de marzo del 2024 (*Exp. Digital: archivo “AUD_11888_[11888_SIUG] SIUGJ - (110013105031-20230200800) Audiencia arts. 77 y 80 CPTYSS-20240322_140458”, récord: 54:27*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen del demandante, JOHN JAIRO CASTAÑEDA MARULANDA, teniéndolo como válidamente afiliado en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado por JOHN JAIRO CASTAÑEDA MARULANDA, junto con los rendimientos financieros, las comisiones, los gastos de administración y valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, en cuanto a las sumas que descontó PORVENIR por concepto de gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, deberá

trasladarlos a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES debidamente indexados.

TERCERO: *La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES deberá recibir al demandante en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA como si nunca se hubiese trasladado de régimen.*

CUARTO: *CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente, no se imponen costas y agencias en derecho a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.”.*

Inconforme con la decisión COLPENSIONES¹ expresa haber resultado lesionada con la decisión adoptada por el juzgado 31 laboral en cuanto a la afectación del equilibrio y la sostenibilidad financiera, consagrados en el artículo 48 de la

¹ **APELACIÓN COLPENSIONES (récord: 56:12)** Me permito de manera muy respetuosa interponer y sustentar recurso parcial frente a la condena impuesta a mi representada en los siguientes términos: manifestarles precisamente a los honorables magistrados, en este asunto la administradora de pensiones Colpensiones resuelta lesionada Con la decisión adoptada por el juzgado 31 laboral en cuanto a la afectación del equilibrio y la sostenibilidad financiera, consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado con el artículo 1 del acto legislativo 01 del 2005.

Al respecto podría entenderse que el principal propósito que tuvo el legislador para establecer esa prohibición es proteger el fondo común por medio del cual Colpensiones pues usa para pagar las respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplen con los requisitos estipulados en la normatividad pensional y pues así no genera un desequilibrio patrimonial. Así mismo debe tenerse en cuenta que los recursos que recibe esta administradora por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema, pues no les son suficientes para pagar las pensiones a su cargo, eso se sustenta con la jurisprudencia de la honorable corte constitucional, en sentencia C 1024 del 2004, que además se reitera en la C 062 del 2010. El fallo emitido en primera instancia atenta contra esta sostenibilidad financiera del sistema en el entendido, pues el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia con la norma acusada pues consiste en evitar esa descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida que se permitiese que personas, pues que no han contribuido al fondo común y por lo mismo, pues no fueron tenidas en consideración en La realización de ese cálculo actuarial para determinar estas sumas que representarían en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico, pues pudiesen trasladarse de régimen cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuye así a desfinanciar el sistema y por ende a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. Así mismo, manifestarle a los honorables magistrados que la sentencia de primera instancia pues viola gravemente el principio del debido proceso, Colpensiones pues sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación, esto con base a que no se tuvo en cuenta el tan importante principio la relatividad jurídica, esto entorno a que Colpensiones es un tercero en este asunto por tanto es que los actos jurídicos en principio tiene efectos inter partes y estas consecuencias que se deriven de la celebración de este acto jurídico pues solo debe repercutir sobre las partes involucradas, por lo cual es de tenerse en cuenta honorables magistrados que la entidad a la que represento no puede ser de ninguna manera ni favorecida no mucho menos perjudicada por ese contrato que se celebró entre el demandante y la AFP Porvenir y además como se manifestó pues el demandante ofrece la ausencia clara de esos requisitos legales y jurisprudenciales para poder retornar al régimen de prima media, según lo previsto en la ley especialmente en la sentencia C 1024 del 2004, la SU 062 del 2010 y la SU 0130 del 2013.

Con lo anteriormente dejando sustentado el recurso, reiterándole a los honorables magistrados pues se revoque la condena impuesta por el juzgado 31 laboral a mi representada y pues en consecuencia no se condene a dicha, valga la redundancia, condena impuesta a mi representada. En caso tal que sea la de confirmar la decisión por parte del honorable tribunal, pues espero o ruego que se mantenga la condena impuesta a la AFP Porvenir, en el entendido pues que esta deberá reintegrar la totalidad de la cotización que recibió en la entidad que represento.

En igual sentido, solicito respetuosamente que la honorable sala laboral no condene en costas a mi representada, toda vez que como se manifestó ésta no participo en este acto que se presume ineficaz, dejando así planteado mi recurso su señoría, muchas gracias.

Constitución Política, adicionado con el artículo 1 del acto legislativo 01 del 2005, precisando el principal propósito que tuvo el legislador para establecer esa prohibición es proteger el fondo común el cual usa Colpensiones para pagar las respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplen con los requisitos estipulados en la normatividad pensional y así no genera un desequilibrio patrimonial, advirtiendo los recursos que recibe esta administradora por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema, pues no les son suficientes para pagar las pensiones a su cargo.

Indica el fallo emitido en primera instancia atenta contra esta sostenibilidad financiera del sistema en el entendido, que el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia consiste en evitar esa descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida donde se permite que personas, que no han contribuido al fondo común y por lo mismo no fueron tenidas en consideración en la realización de ese cálculo actuarial para determinar estas sumas que representarían en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico, pudiesen trasladarse de régimen cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuye así a desfinanciar el sistema y por ende a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Señala, Colpensiones sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación, esto con base a que no se tuvo en cuenta el tan importante principio la relatividad jurídica, esto entorno a que Colpensiones es un tercero en este asunto, por tanto es que los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes y estas consecuencias que se derivan de la celebración de este acto jurídico solo deben repercutir sobre las partes involucradas, por lo cual la entidad a la que representa no puede ser de ninguna manera ni favorecida ni mucho menos perjudicada por ese contrato que se celebró entre el demandante y la AFP Porvenir.

PORVENIR² por su parte apela la decisión respecto a los gastos administrativos que se condenó devolver pues estos no constituyen parámetros para liquidar la

² **PORVENIR (Récord: 1:00:24)** Me permitió interponer el recurso de apelación señalando lo siguiente: En primer lugar respecto a los gastos administrativos que se condenó devolver a Porvenir, estos no constituyen parámetros para liquidar la mesada pensional de ningún afiliado en el sistema general de pensiones pues son de origen legal de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 “ el 3% restante sobre el ingreso base de cotización, se destinará a financiar a los gastos de administración en la pensión de invalidez y sobrevivientes”. Con ello se demuestra que los gastos administrativos recaudados y ejecutados no

respondieron a un actuar capricho de Porvenir, sino que por el contrario tiene su fundamento en la misma ley que creó el sistema pensional como hoy lo conocemos. Adicionalmente, si se exige a Porvenir a devolver los gastos de administración no sería posible remitir la Colpensiones los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la parte actora puesto que fueron los profesionales del fondo al que represento quienes lograron generar tales sumas de dinero en ejercicio del uso y/o destinación de los gastos de administración recaudados para tal fin.

En ese sentido no encuentro sustento jurídico ni fáctico, que el régimen de prima media se beneficie no solo de los rendimientos, sino también de los gastos administrativos con los cuales porvenir logró tales rendimientos. En otras palabras, el gasto administrativo utilizado por porvenir para soportar su actividad económica fue la que generó los rendimientos del demandante. Igualmente, al estar ante el escenario de la ineficacia de la afiliación y devolver las cosas al estado anterior suponiendo que el actor estuvo en el régimen de prima media este también lo hubiese dispuesto de los gastos de administración correspondientes y debidamente consagrados en la ley pues dichos rubros de administración no son propios únicamente del RAIS.

Así mismo, honorables magistrados, resulta jurídicamente inviable desconocer su naturaleza y obligatoriedad de destinación cuando el legislador quien ha ordenado su debida recaudación y ejecución, puesto que este rubro corresponde a un valor que se ejecutado durante la vinculación de los afiliados al RAIS para prestar aquellas garantías que garantizan al régimen, es decir, dicho porcentaje que se ordena mediante sentencia, trasladar a Colpensiones, corresponde a un valor que legislador no solo habilita, sino que obliga a destinar y/o ejecutar en términos generales durante la vigencia del vínculo con el afiliado, pues estaría pasando por alto la figura de la restitución mutuas y se estaría incrementando el patrimonio de la parte actora afectando el de mí representada pues descontar cualquier suma adicional a los aportes o a los rendimientos configura un enriquecimiento sin justa causa en favor del afiliado o del régimen de prima media, lo cual genera situaciones de desequilibrio, desigualdad y privilegio para una de las partes del contrato que puede ser declarado ineficaz. En conclusión, resulta injustificada la condena relacionada con porvenir respecto a los gastos de administración puesto que se desconoce la naturaleza del rubro y su debida destinación. Asimismo, no hay lugar de indexación alguna, sobre ello a través de diferentes conceptos se ha definió la indexación como traer valor presente el dinero para que este no pierda su poder adquisitivo. En el caso de bajo estudio las sumas correspondían a los gastos administrativos no han perdido poder adquisitivo. Contrario de ello, tales gastos administrativos lograron incrementar de sobremanera el saldo de la cuenta de ahorro individual de la parte actora.

Se reprocha también la indexación de dineros puesto que esto no han perdido el poder adquisitivo y lo que ha hecho es generar dichos rendimientos, como ya lo manifesté, mismos que no se hubiesen podido generar en el régimen de prima media por lo que se generaría tal y como se explicó en las excepciones propuestas un enriquecimiento sin justa causa a favor del demandante y el demandado.

Así mismo, la Sala Laboral del Honorable Tribunal de Cali comparte los argumentos esbozados, toda vez que en sentencia número 146 de 9 de junio de 2023 ha manifestado lo siguiente “En cuanto a la indexación la sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que el traslado de los rendimientos se compensa con la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado en los monumentos a retornar debido a la inflación. Por tal razón se revocará este ítem y en su lugar se le impondrá al fondo privado retornar las sumas y respectivos rendimiento”.

En igual sentido las primas de seguro previsional y dineros remitidos al fondo de garantía de pensión mínima, fueron debidamente trasladados a las entidades correspondientes durante el tiempo que estuvo vinculado al actor con mi representada y fueron ejecutoriadas y destinadas en su beneficio protegiéndolo de todos los riesgos de invalidez y muerte, pues fueron debidamente trasladados a las entidades correspondientes durante el tiempo que estuvo vinculada al demandante con porvenir y protegiéndolo de todos los riesgos de invalidez y muerte, además esto no constituye en parámetros para liquidar la mesada pensional de ningún afiliado en el sistema general de pensiones.

Conforme al anterior, no es razonable ordenar la evolución de lo pagado, por primas de seguro previsional pues la contratación de este solamente se exige en el RAIS como parte de la financiación de las pensiones de invalidez y sobrevivientes en el régimen de prima media de compensación definida no hay lugar a contratar este seguro porque las prestaciones se financian de otra manera, esto es con las sumas acumuladas en el fondo común, y por tal razón la evolución de esas sumas tendrían sentido si fuese necesario contratar este tipo de seguros cuando el afiliado regrese a este régimen.

De otra parte, tampoco tiene sentido volver unas sumas que no existen que se destinaron a un objeto que fue cabalmente cumplido y que no se va a seguir presentando en el futuro porque se insiste Colpensiones no debe contratar seguros provisionales. Por último, honorables magistrados, no hay lugar a la condena en costas pues ni representada se somete a un proceso que en primer lugar no puede evitar toda vez que lo rige la provisión de la Ley 797 de 2003, en virtud de la cual no puede autorizar el traslado de régimen de aquellos afiliados que

mesada pensional de ningún afiliado en el sistema general de pensiones dado que son de origen legal de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y con ello se demuestra que los gastos administrativos recaudados y ejecutados no respondieron a un actuar capricho de Porvenir, sino que por el contrario tiene su fundamento en la misma ley que creó el sistema pensional. Adicionalmente, si se exige a Porvenir a devolver los gastos de administración no sería posible remitir la Colpensiones los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la parte actora puesto que fueron los profesionales del fondo quienes lograron generar tales sumas de dinero en ejercicio del uso y/o destinación de los gastos de administración recaudados para tal fin, reiterando resulta injustificada la condena relacionada con porvenir respecto a los gastos de administración puesto que se desconoce la naturaleza del rubro y su debida destinación. Asimismo, no hay lugar de indexación alguna, ya que esta busca traer a valor presente el dinero para que este no pierda su poder adquisitivo y en el caso de bajo estudio las sumas correspondientes a los gastos administrativos no han perdido poder adquisitivo, contrario a ello, tales gastos administrativos lograron incrementar de sobremanera el saldo de la cuenta de ahorro individual de la parte actora, solicitando se tenga en cuenta que Sala Laboral del Honorable Tribunal de Cali comparte los argumentos esbozados, toda vez que en sentencia número 146 de 9 de junio de 2023 ha manifestado lo siguiente *“En cuanto a la indexación la sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que el traslado de los rendimientos se compensa con la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado en los monumentos a retornar debido a la inflación. Por tal razón se revocará este ítem y en su lugar se le impondrá al fondo privado retornar las sumas y respectivos rendimiento”*.

De la misma manera las primas de seguro previsional y dineros remitidos al fondo de garantía de pensión mínima, fueron debidamente trasladados a las entidades correspondientes durante el tiempo que estuvo vinculado el actor con mi representada y fueron ejecutoriadas y destinadas en su beneficio protegiéndolo de todos los riesgos de invalidez y muerte, pues fueron debidamente trasladados a

se encuentran a diez años o menos de adquirir la edad de pensión y, en segundo lugar, no puede acceder materialmente al mecanismo alternativo de solución de conflictos de la conciliación o trasladar de régimen a la parte actora de manera voluntaria por cuanto a mi representada estaba supeditada al ánimo conciliatorio de Colpensiones a quien no le existe interés en prevenir la generación de la litigiosidad que hoy nos ocupa.

Igualmente se reprochó la buena fe de mi representada, toda vez que desde la contestación de la demanda se ha manifestado que todas las actuaciones de porvenir se han realizado conformidad con la voluntad de la parte demandante y su interés de pertenecer al régimen de ahorro individual cumpliendo desde su vinculación iniciar la normativa vigente y aplicable. En ese sentido sustentó el presente el recurso, con el fin de que el honorable tribunal revoque las condenas impuestas en esta sentencia a primera instancia, muchas gracias.

las entidades correspondientes durante el tiempo que estuvo vinculado el demandante con porvenir y protegiéndolo de todos los riesgos de invalidez y muerte, además esto no constituye en parámetros para liquidar la mesada pensional de ningún afiliado en el sistema general de pensiones

Finalmente considera no hay lugar a la condena en costas pues su representada se somete a un proceso que en primer lugar no puede evitar toda vez que lo rige la prohibición de la Ley 797 de 2003, en virtud de la cual no puede autorizar el traslado de régimen de aquellos afiliados que se encuentran a diez años o menos de adquirir la edad de pensión y, en segundo lugar, no puede acceder materialmente al mecanismo alternativo de solución de conflictos de la conciliación o trasladar de régimen a la parte actora de manera voluntaria por cuanto estaba supeditada al ánimo conciliatorio de Colpensiones a quien no le existe interés en prevenir la generación de la litigiosidad

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 3 y 4 del archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 1 a 3, ibídem), aspirando de manera principal se declare ineficaz la afiliación al RAIS a través de la AFP PORVENIR, en consecuencia se le condene a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades sin aplicar ningún descuento, así mismo se ordene a COLPENSIONES a recibir la totalidad de los aportes a pensión, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante teniéndolo como válidamente afiliado en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, como si nunca se hubiese trasladado. En consecuencia, se condenó a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, totalidad del capital ahorrado por JOHN JAIRO CASTAÑEDA**

MARULANDA, junto con los rendimientos financieros, las comisiones, los gastos de administración y valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, precisando que las sumas que descontó PORVENIR por concepto de gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, deberá trasladarlos a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES debidamente indexados.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias que conlleva el cambio de régimen.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 21 de noviembre de 1966 (*Página 20, Archivo 14 expediente digital*), por lo que la edad de 62 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2028, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR y COLPENSIONES los días 11 y 13 de octubre del 2023 respectivamente (*Páginas 43 a 49, Archivo 01 expediente*

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”.

digital), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos por parte de COLPENSIONES al momento de allegar la contestación, había cotizado al sistema **32.57⁴** semanas (*Historia laboral expedida por Colpensiones Página 114, Archivo 14 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 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 **28 de septiembre del 2007** con fecha de efectividad a partir del **1º de noviembre del 2007** (págs. 105 y 107, *Archivo 1106 expediente digital*), por afiliación que hiciera a Porvenir S.A., específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

4



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES

PERIODO DE INFORME: Enero 1967 enero/2024

ACTUALIZADO A: 17 enero 2024

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento: **Cédula de Ciudadanía**

Número de Documento: **75031858**

Nombre: **JOHN JAIRO CASTAÑEDA MARULANDA**

Dirección: **CARRERA 5 # 8-35 TOMAS CIPRIANO**

Estado Afiliación: **Trasladado**

Fecha de Nacimiento: **21/11/1966**

Fecha Afiliación: **08/02/1993**

Correo Electrónico: **jairocasta9805@gmail.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
7018201275	UNIVERSIDAD AUTONOMA	08/02/1993	01/04/1993	\$99.630	7,57	0,00	0,00	7,57
1000100358	FUENTERRABIA S A	04/10/1993	31/12/1994	\$240.000	64,86	0,00	0,00	64,86

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*⁵, en los términos del artículo 1746 del

⁵ Al tema puede consultarse la sentencia CSJ SL2877 de 2020 y CSJ 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 (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».

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

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

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

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

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

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

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

suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

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

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

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

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.

“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 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 demandante⁷, no acreditan que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que un asesor del Fondo privado, le ofreció la posibilidad de afiliarse allí con una mejor pensión, por ende, optó por aceptar el traslado sin ninguna información adicional.

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

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

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que se refiere a la manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al

⁷ Interrogatorio absuelto por el demandante Audiencia 22 de marzo del 2024 (récord 3:01)

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

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 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 2007, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (28 de septiembre del 2007 con fecha de efectividad a partir del 1º de noviembre del 2007), 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

En relación con el principio de la relatividad jurídica apelado por Colpensiones, 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, 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 PORVENIR del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁸, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades⁹, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará en su integridad la decisión de primer grado en este aspecto.

Lo anterior, teniendo en cuenta que así lo ha considerado el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…)

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

*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.

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

Así lo 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).

Es de advertir a PORVENIR en punto a su apelación frente a este aspecto, 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.

Precisando, frente a la orden de la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales objeto de apelación por parte de PORVENIR, 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 SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

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

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

Advirtiéndose a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera, objeto de apelación, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES¹⁰, a favor de quien se surte la consulta (*página 6 y 7, Archivo 1515 expediente digital*), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia CSJ SL1689-2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

¹⁰ Se estudia la excepción a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 6 de febrero del 2024 (Archivo 17 expediente digital).

Al epílogo conviene agregar una glosa a la temática en estudio, a raíz del comunicado de prensa número 13 del 12 de abril del 2024 expedido por la Corte Constitucional en referencia a la SU-107 del 2024 en punto a estimar que no tiene fuerza vinculante conforme lo asienta la propia Corte Constitucional en Auto No. 201 del 2013 así:

“...7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole¹¹. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional¹², en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”¹³ y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”¹⁴.

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”¹⁵. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”¹⁶.”

Del mismo modo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A del 4 de febrero del 2016 Radicación número 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) se indicó:

“Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación... el presidente del máximo tribunal constitucional expide los comunicados de prensa con el fin de poner en conocimiento de la comunidad las decisiones adoptadas y con ello de los cambios que implican en el ordenamiento jurídico. No obstante, al no ser

¹¹ Ver, al respecto, el auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

¹² Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992, posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

¹³ Acerca de la facultad de la Corte Constitucional para regular lo referente a las condiciones de publicidad de sus sentencias es útil la consulta de los Autos 152 B de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y 028 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 12 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁵ “Que en las condiciones anotadas, es claro que existe una evidente diferencia entre el comunicado que busca satisfacer, con prontitud, el interés de la opinión pública de obtener información y la sentencia “documentada y firmada” que, además, “da cuenta de su contenido así como del número y nombre de los magistrados que la adoptaron, por haber sido quienes intervinieron en la deliberación y decisión respectiva”. Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

¹⁶ Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

la sentencia misma la que se publica no produce efectos jurídicos... se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni remplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991... si bien es cierto a través del citado comunicado se informó sobre la Sentencia de Unificación SU-556 del 14 de julio del 2014, también lo es que, como quedó antes expuesto, dicha publicación no produce efecto vinculante ni jurídico alguno, pues no reemplaza la notificación... De esta forma, al Tribunal no podía exigírsele la aplicación de una sentencia que no producía efectos para el momento en que de adoptó la decisión que ahora se debate... En ese orden, no se advierte el desconocimiento del precedente judicial alegado”

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

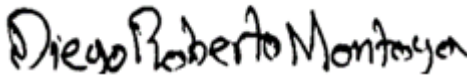
R E S U E L V E

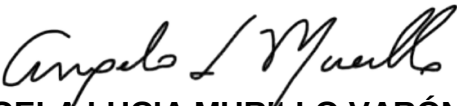
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primer grado en el sentido de **DISPONER** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos,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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


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 LABORAL PROMOVIDO POR LEONOR BERNAL
MORENO EN REPRESENTACIÓN DE MIGUEL ÁNGEL CERÓN RODRÍGUEZ
CONTRA POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., SIENDO VINCULADAS
EN EL TRÁMITE DEL PROCESO EUROSISTEM REVESTIMIENTOS Y
FACHADAS S.A.S. Y AFP PORVENIR S.A. (RAD. 32 2020 00115 03).**

Bogotá D.C. treinta (30) de abril 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 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 al grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor del demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el día 20 de abril de 2023 en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva formuladas por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. y PORVENIR S.A., y la de inexistencia de una relación jurídica sustancial laboral entre el demandante y la empresa EUROSISTEM REVESTIMIENTOS Y FACHADAS S.A.S., conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada y a las vinculadas de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante MIGUEL ÁNGEL CERÓN RODRÍGUEZ.

TERCERO: CONDENAR en costas al demandante y a favor de la demandada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$50.000.00. Sin costas respecto a las vinculadas.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable al demandante, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta”

La ausencia de apelación en contra la providencia anterior justifica como se dijo la presencia de las diligencias en esta Corporación a efectos de que se surta el grado

jurisdiccional de consulta a favor del 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 de la parte demandante las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda¹ las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo² (Paginas 5 ibidem), aspirando se condene a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en favor del señor MIGUEL ÁNGEL CERÓN RODRÍGUEZ a partir del 12 de mayo de 2.016 fecha en la cual acaeció el accidente laboral que lo dejó invalido, junto con el pago de las mesadas de los meses de junio y diciembre, intereses moratorios, costas procesales y demás derecho que resulten probados bajo las facultades *extra y ultra petita*.

Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones, por cuanto se absolvió a las demandadas al igual que a las vinculadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que si bien el señor MIGUEL ÁNGEL CERÓN RODRÍGUEZ acredita un PCL superior al 50%, aspecto que de por sí no está en discusión, como tampoco la fecha del accidente que dio origen a la pérdida de capacidad laboral previamente calificada; no quedo acreditado que la sociedad vinculada EUROSISTEM REVESTIMIENTOS Y FACHADAS S.A.S. fungiera como empleador del señor CERÓN RODRÍGUEZ para el día del accidente, sustentando lo anterior bajo las siguientes premisas:

Que los procesos que inició la representante del señor MIGUEL CERÓN por responsabilidad civil extracontractual ante la especialidad civil, más exactamente en el Juzgado 33 Civil Circuito de Bogotá en donde se demandó a personas jurídicas diferentes a las llamadas en el presente asunto, siendo condenada por dicha sede judicial la sociedad GRUPO EUROSISTEM S.A.S., persona jurídica diferente a la hoy demandada, destacando que el proceso actualmente se encuentra en trámite de ejecución.

¹ Expediente digital, archivo 01 páginas 4 y 5.

² Ibidem, página 5.

También observó que en el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá se inició proceso por culpa patronal siendo convocados los señores YURY ANDRÉS FELIPE MONTENEGRO PEPINOSA y OSCAR MENDIVELSO, proceso que tiene como pretensión principal y subsidiaria la declaratoria de un contrato realidad entre el señor CERÓN RODRÍGUEZ y cada uno de los nombrados respectivamente, actuación que para el momento de proferir sentencia no había culminado.

Por lo expuesto consideró que del estudio de los citados procesos encuentra serías contradicciones con la presente demanda, no siendo claro quién fungía como empleador del demandante para el día del accidente si el señor MONTENEGRO PEPINOSA o si por fue una actividad realizada en nombre propio por el demandante, independientemente del vínculo que pudiera tener como el señor PEPINOSA. Añadió que del interrogatorio rendido por la señora LEONOR BERNAL MORENO representante legal del señor MIGUEL ÁNGEL CERÓN lo lleva a concluir que todo lo expuesto ante el juez de instancia derivaba de los hechos que le contaron y nada de lo pretendido en este proceso le consta de manera directa, como tampoco las circunstancias por las cuales el demandante prestó sus servicios el día 12 de mayo de 2016. De igual manera preciso que la vinculada EUROSISTEM REVESTIMIENTOS Y FACHADAS S.A.S. no tenía afiliado a ARL al demandante y el día del accidente quien le iba a remunerar el trabajo sería el señor OSCAR MENDIVELSO.

Expuso que para el año 2016 el demandante se encontraba afiliado a la ARL POSITIVA S.A. y la AFP PORVENIR S.A. por parte del empleador YURY ANDRÉS FELIPE MONTENEGRO PEPINOSA y se refirió a lo señalado en el artículo 1 y 9 de la ley 776 de 2002, destacando que de ninguna prueba se desprende que el día del accidente (12 de mayo de 2016) el señor MIGUEL ÁNGEL CERÓN RODRÍGUEZ se presentara en las instalaciones del edificio KOI 112 por orden o en representación del señor YURY ANDRÉS, pues dada la naturaleza de sus funciones (obras civiles) es costumbre que se llamen algunas personas a que presten servicios de manera puntual y para realizar tareas determinadas.

Por lo expuesto concluyo que no existió vínculo contractual alguno entre el señor CERÓN y la sociedad vinculada EUROSISTEM REVESTIMIENTOS Y FACHADAS S.A.S., como tampoco con YURY ANDRÉS FELIPE PEPINOSA o VITROLIT, dándole razón a lo afirmado por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS

S.A. al momento de no reconocer la prestación económica hoy reclamada, bajo el argumento de que si bien el demandante para el día del incidente se encontraba afiliado a esta ARL, el accidente es ajeno a las actividades laborales de su empleador. Arguyendo que si bien fue en una actividad laboral, es ajena a la cobertura del riesgo dispuesta por su empleador, siendo entonces claro la absolución de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. al no estar acreditado la relación del accidente y el vínculo laboral, pues en su convencimiento el señor MIGUEL ÁNGEL CERÓN RODRÍGUEZ se encontraba realizando para el día del accidente actividades independientes ajenas a su empleador señor MONTENEGRO PEPINOSA.

Frente a la vinculada AFP PORVENIR S.A. refirió que a esta le corresponde cubrir las contingencias de origen común y no laboral. En lo que respecta a EUROSISTEM REVESTIMIENTOS Y FACHADAS S.A.S. tal como se expuso en precedencia, de las demandas incoadas por la parte actora ante la especialidad civil, allí se condenó a la sociedad GRUPO EUROSISTEM S.A.S., persona jurídica distinta a EUROSISTEM REVESTIMIENTOS Y FACHADAS S.A.S., considerando que como en dicho proceso civil se condenó a GRUPO EUROSISTEM S.A.S. como responsable civilmente del accidente del señor CERÓN; arribo a la conclusión de que como al presente asunto no se demandó al GRUPO EUROSISTEM S.A.S., ningunas de las vinculadas tendría responsabilidad a no obrar como empleador. Inclusive afirmo que para determinar quien fungió como empleador se adelanta demanda que cursa ante el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá.

Anteriores razones por las cuales absolvió a las convocadas y para el efecto declarando probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de una relación jurídica sustancial entre el demandante y EUROSISTEM REVESTIMIENTOS Y FACHADAS S.A.S. propuestas por esta última, la demandada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. y la vinculada AFP PORVENIR S.A.

Así las cosas, dada la competencia asumida por esta Sala en el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, no es objeto de discusión que: (i) MIGUEL ÁNGEL CERÓN RODRÍGUEZ fue afiliado al sistema general de riesgos laborales a través de la ARL Positiva S.A. el 16 de febrero de 2.015, acto jurídico en el que

se registró como trabajador de YURI ANDRÉS FELIPE MONTENEGRO PEPINOSA³; (ii) el accidente acaecido el día 12 de mayo de 2.016 mientras instalaba un vidrio en el edificio KOI 112 ubicado en la ciudad de Bogotá⁴; (iii) el origen del accidente; (iv) fecha de estructuración; y (v) porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Anteriores supuestos que además se corroboran con la calificación realizada al demandante en primera instancia por la Juna Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca mediante dictamen Nro. 79418898⁵ de fecha 08 de septiembre de 2.017, entidad que determino como origen *“accidente de trabajo”*.

Posteriormente la Junta Nacional de Calificación de Invalidez al estudiar el recurso de apelación interpuesto por POSITIVA S.A. en contra de la anterior experticia, mediante dictamen Nro. 79418896-10208⁶ de fecha 25 de julio de 2.018 confirma el dictamen emitido por la Junta Regional en punto a que el evento sufrido por el demandante es accidente de trabajo. Seguidamente POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.⁷ mediante dictamen Nro. 2123631 de fecha 26 de noviembre de 2.019 determino como *“total de pérdida de capacidad laboral 91.7%”*, fecha de estructuración del 16 de julio de 2.019.

Establecido lo anterior y de conformidad con el discurrir procesal, esta sala de decisión define como problemas jurídicos a resolver: i) si el Juez de instancia erró al considerar que el accidente sufrido por el señor CERÓN no fue con ocasión a una orden directa de YURI ANDRÉS FELIPE MONTENEGRO PEPINOSA (persona que lo tenía afiliado a la ARL POSITIVA S.A.), si no que obedeció a una decisión autónoma del actor. En caso afirmativo, se deberá establecer, ii) si le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 12 de mayo de 2.016 y quién de las convocadas al presente asunto debe asumir dicha prestación económica y; si iii) es procedente que se condene al reconocimiento y pago de intereses moratorios, junto con el pago de las mesadas dejadas de cancelar con sus respectivos incrementos a partir del año 2.017.

³ Expediente digital, archivo 03 página 200.

⁴ Expediente digital, archivo 03 páginas 150 a 167.

⁵ Expediente digital, archivo 01 páginas 17 a 21.

⁶ Expediente digital, archivo 01 páginas 23 a 28.

⁷ Expediente digital, archivo 1, páginas 30 a 41. Y archivo 30, páginas 5 a 13 del expediente número 1100131050-11-2018-00121-00 tramitado ante el Juzgado 11 Laboral del circuito de Bogotá.

Para resolver lo anterior, conviene memorar lo que la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Laboral tiene asentado sobre el riesgo creado como fuente de la responsabilidad objetiva en el sistema general de riesgos laborales y los esquemas de traslado del riesgo. Para ello resulta acertado señalar lo expuesto en la sentencia SL 5698 de 2.021⁸, que al punto expuso:

“Desde su concepción, el subsistema de protección de los riesgos laborales se basa en la teoría del riesgo creado o de responsabilidad objetiva, que implica que quien expone a una persona a la prestación de un servicio, y por tanto a la probabilidad que le ocurra una contingencia derivada de las actividades que desarrolla, debe responder automáticamente por las consecuencias que de las mismas se deriven. Sobre el particular, esta Corporación se pronunció, entre otras, en providencias CSJ SL, 29 ago. 2005, rad. 23.202 y CSJ SL351-2013. Precisamente, en esta última indicó:

(...) la jurisprudencia y la doctrina, como fueron evolucionando las disposiciones normativas, adoptaron la tendencia a reconocer una verdadera responsabilidad objetiva en la ocurrencia de los llamados infortunios laborales. Así, en sentencia de casación de febrero 16 de 1959, se dijo por la Corte: “La teoría del riesgo profesional creado, ad usum principalmente en el contrato laboral, se enuncia diciendo que, en mayor o menor grado según la naturaleza del oficio, todo trabajador está sometido a un cúmulo de siniestros eventualmente sobrevinientes en la prestación de su servicio, riesgo que padece morigeraciones o agravaciones de acuerdo con circunstancias de tiempo y lugar vinculadas a su trabajo. La doctrina legal acoge el principio de que, por regla general, el patrono responde por los eventos accidentales causados por el riesgo creado, y –por excepción- el trabajador se responsabiliza cuando el accidente padecido por él sobreviene por su culpa grave” (...). La aplicación de la teoría del riesgo profesional o responsabilidad objetiva en cierto sentido hizo a un lado la noción de culpa del empleador, que por ello dejó de ser indispensable para comprometer o no la responsabilidad del mismo, de donde surgió, como lógica consecuencia de esa teoría, la obligación de reparar el daño

⁸ M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ.

ocasionado por el riesgo profesional, aunque mediara el hecho del trabajador (salvo el doloso o gravemente culposo), el hecho de un tercero o la fuerza mayor; y el legislador tarifó el resarcimiento del daño. Por eso ahora, si el accidente ocurre por causa o con ocasión del trabajo, aunque ese acontecimiento corresponda a un imprevisto o suceso repentino al que es imposible resistir, el empleador, aun así, queda comprometido en su responsabilidad.

En el marco de la citada responsabilidad, el ordenamiento jurídico ha establecido que aquel que genera un riesgo debe trasladarlo a la seguridad social con la finalidad de garantizar el cubrimiento de las prestaciones asistenciales y económicas que se derivan de los infortunios laborales, so pena de tener que responder por los mismos con su propio patrimonio –literal a) numeral 1 del artículo 91 Decreto 1295 de 1994- (CSJ SL, 8 jul. 2009, rad. 36174 y CSJ SL4572-2019).

Así las cosas, el ordenamiento jurídico ha establecido que aquel que genera un riesgo debe subrogarlo a la seguridad social con la finalidad de garantizar el cubrimiento de las prestaciones asistenciales y económicas que se deriven de los infortunios laborales, so pena de tener que responder por los mismos con su propio patrimonio - literal a) numeral 1 del artículo 91 Decreto 1595 de 1994 – (CSJ SL, 8 jul. 2009, rad. 36174 y CSJ SL 4572 – 2019)

Hechas las precisiones anteriores y descendiendo al caso de autos, procede la Sala con el estudio del material probatorio obrante dentro del expediente, encontrando que dentro del trámite de instancia únicamente se practicó el interrogatorio de parte a la señora LEONOR BERNAL MORENO quien actúa en representación de MIGUEL ÁNGEL CERÓN RODRÍGUEZ al ostentar el cargo de Curadora conforme se evidencia del acta de posesión emitida por el Juzgado de Familia de Soacha – Cundinamarca⁹ de fecha 05 de octubre de 2.018.

Dentro de su declaración¹⁰ señaló que inició proceso judicial ante el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá por responsabilidad civil. Explicó que el accidente del señor Miguel Ángel ocurrió al momento en que este se encontraba instalando un

⁹ Expediente digital, archivo 01 página 12.

¹⁰ Expediente digital, archivo 54, enlace audiencia, récord

vidrio de 280 kilos, cuando a la altura de 3 pisos - aproximadamente - se cayeron todas las personas que se encontraban realizando esta labor por cuanto el andamio en que se estaba subiendo el vidrio no soportó su peso. Refirió que el señor Cerón trabajó con el señor YURY ANDRÉS FELIPE MONTENEGRO PEPINOSA quien a su vez es dueño de Vitrolit. En igual sentido manifestó que actualmente cursa proceso ante el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá por temas relacionados con el hecho lesivo del señor Cerón.

Informó que el señor YESID MENDIVIELSO es hermano de OSCAR MENDIVIELSO, siendo este último quien fungía como jefe inmediato del señor MIGUEL ÁNGEL y quien autorizó a YESID para que realizara la instalación del vidrio con el señor CERÓN el día del accidente¹¹. Seguidamente afirmó que quien tenía afiliado al demandante ante la ARL y EPS era el señor YURY ANDRÉS MONTENEGRO PEPINOSA. Referente a quién le iba a cancelar por la labor desempeñada el día del accidente al demandante aseguró que lo realizaría el señor OSCAR MENDIVIELSO al ser su jefe inmediato.

Aseguró que todo lo que sabe respecto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar del accidente derivan de lo narrado por el señor OSCAR MENDIVIELSO porque nada le conta de manera directa. Por último, afirmó creer saber que el señor MONTENEGRO PEPINOSA estaba enterado que el señor CERÓN prestaba servicios para otras personas.

Igualmente, dentro del expediente administrativo allegado por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. se aportaron como pruebas documentales:

- Declaración extrajuicio rendida por el demandante señor MIGUEL ÁNGEL CERÓN RODRÍGUEZ¹² ante la Notaria 69 de Bogotá de fecha 02 de marzo de 2017.
- Declaración extrajuicio rendida por el señor OSCAR MENDIVIELSO SILVA¹³ ante la Notaria 11 de Bogotá de fecha 08 de marzo de 2019.

¹¹ Expediente digital, archivo 54, enlace audiencia, récord 19:22 a 20:20.

¹² Expediente digital, archivo 03 página 214.

¹³ Expediente digital, archivo 03 páginas 189 a 190.

- Copia de los contratos de fabricación e instalación de ventanería¹⁴ suscritos los días 05 de abril de 2.015, 05 de enero y 15 de febrero de 2.016 entre el señor OSCAR MENDIVIELSO quien siempre fungió como EL CONTRATISTA y YURY ANDRÉS FELIPE MONTENEGRO PEPINOSA quien representa a VIDRIOS & VITROLIT y quien se denominó EL CONTRATANTE.
- Informe rendido por VALUATIVE S.A.S.¹⁵ entidad que realizó la investigación administrativa del accidente sufrido por el demandante previa solicitud de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.
- Expedientes digitales tramitados ante el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá y Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá.

Pues bien, del estudio y valoración de los citados medios de prueba y actuando esta Sala de Decisión en aplicación a lo previsto en los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S. (Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) arriba a la misma conclusión del juez de primera instancia por las siguientes razones:

Es claro que la persona quien tenía afiliada al demandante al Sistema General del Riesgos Laborales era el señor YURY MONTENEGRO PEPINOSA (hecho que de por sí no está en discusión), y por otra parte, al momento de ocurrir el accidente sufrido por el accionante, no se encontraba en cumplimiento de funciones propias de la actividad laboral para la cual fue asegurado, como tampoco ocurrió en cumplimiento de sus funciones y mucho menos en desarrollo de alguna situación excepcional o circunstancial creada por el señor MONTENEGRO PEPINOSA (asegurador), es decir se trató de un hecho que no ocurrió ni con causa ni con ocasión del riesgo para el cual fue asegurado el demandante.

En síntesis, del análisis de material probatorio al que se hizo referencia no otorga certeza alguna de que la prestación del servicio el día del hecho lesivo fue como se dijo, por orden de la persona quien subrogó el riesgo en la ARL demandada, pues contrario a ello, se concluye que el accidente sufrido por el demandante ocurrió sin mediar orden de quien generó la vinculación al sistema de Riesgos

¹⁴ Expediente digital, archivo 03 páginas 191 a 199.

¹⁵ Expediente digital, archivo 03 páginas 150 a 168.

Laborales, razón está por la cual POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. negó la prestación hoy reclamada.

En este punto acertado es señalar que de las declaraciones a las que se hizo referencia, como también al informe rendido por la entidad VALUATIVE S.A.S. documento que simple y llanamente recoge entrevistas, deben ser asumidas por esta Sala como documentos declarativos emanados de terceros y, en esa medida, con arreglo a lo previsto por el artículo 174 del CGP, tal como se indicó entre otras providencias en la CSJ SL, 6 mar. 2013, rad. 42536, CSJ SL 16322-2014, SL 1188-2015, SL 1227-2015, SL 3103-2015, SL 5665-2015, SL 14129-2015; habilita para que se valore aquel medio probatorio conforme a las reglas de la sana crítica.

Y en ese sentido para la sala no ofrecen credibilidad alguna, pues en cada una de las estas declaraciones no se exponen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los deponentes conocieron los hechos objeto hoy de debate, ni mucho menos otorgan certeza de que sus hechos deriven de las circunstancias que verdaderamente le consten de manera directa, razones por las cuales para esta sala de decisión no les otorga convicción alguna, sumado a que lo dicho por estos testigos en nada aportan al esclarecimiento del objeto del litigio.

Tampoco quedó acreditado que la vinculada al proceso EUROSISTEM REVESTIMIENTOS Y FACHADAS S.A.S. tuviera afiliado al señor CERÓN a la ARL demandada, pues es claro que ningún hecho ni pretensión de la demanda hace referencia a que esta sociedad hubiese subrogado riesgo alguno en favor del actor, siendo entonces diáfano que la única vinculación con el sistema de Sistema General del Riesgos Laborales que tuvo el demandante fue con ocasión a la afiliación realizada por el señor MONTENEGRO PEPINOSA.

En esta perspectiva, se advierte que el accidente sufrido por el demandante fue al realizar bien sea un trabajo por cuenta propia o por alguna persona (natural o jurídica) pero que en todo caso no fue por orden de la convocada al presente asunto EUROSISTEM REVESTIMIENTOS Y FACHADAS S.A.S. como tampoco de la persona quien afilió al demandante a la ARL POSITIVA y, en ese orden no existió un acto de traslado del riesgo. Asimismo, nótese que en el presente proceso no fue demandado la persona natural con la que se aduce que podría existir una eventual relación laboral, al ser quien creó el riesgo laboral, de modo que no es

posible para la Sala abordar el estudio de tal circunstancia en esta instancia, razones por las cuales esta Sala arriba a la misma conclusión absolutoria del Juez de primera instancia.

Por lo expuesto y dado que el primer punto del problema jurídico no salió adelante, por sustracción de materia la Sala no se pronuncia sobre los demás puntos por cuanto estos eran consecuenciales del primero.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá conforme las consideraciones anteriormente expuestas.

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 MYRIAM HIMELDA
URREGO SÁENZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES - COLPENSIONES- (RAD. 33 2021 00066 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril 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 al recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, como también el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el día 01 de marzo de 2024¹, en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar en favor de la demandante Myriam Himelda Urrego Sáenz identificada con cedula de ciudadanía 41.590.738, la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la ley 100 de 1993, por las cotizaciones realizadas a Colpensiones por sus empleadores, durante el periodo comprendido entre abril de 1995 a mayo de 2011 acorde a la historia laboral obrante en el archivo 10 del expediente digital.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de las pretensiones relacionadas con el pago de intereses moratorios e indexación conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción y demás presentadas por la accionada Colpensiones conforme lo expuesto en parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de Colpensiones, agencias DOS (2) SMLMV.”

¹ Expediente digital, archivo número 20 (audio), récord: 41:16

Inconforme con la anterior decisión y como se expuso previamente, la apoderada de COLPENSIONES sustentó su recurso de alzada solicitando se revoque la decisión de primera instancia en razón a que la prestación hoy solicitada por la demandante es incompatible con la pensión que actualmente disfruta la demandante reconocida por el Fomag. En el mismo sentido, solicita se revoque la condena impuesta por concepto de costas procesales². (Expediente digital: Archivo número 20 (audio), récord: 42:53 a 45:10)

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 demanda³ las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo⁴, solicitando se ordene a COLPENSIONES reconocerle la indemnización sustitutiva de la

² Expediente digital: Archivo número 15 (audio), récord: 48:44 a 51:55.
Recurso de apelación Colpensiones:

Muchísimas gracias, doctor. Me permito presentar recursos de apelación, teniendo en cuenta lo siguiente: el derecho pensional de un afiliado al Formag causado en los extremos temporales del 12 de agosto de 1993 al 20 de diciembre del 2001, resulta compatible con la pensión de vejez que se cause en el mismo segmento de tiempo en el régimen de prima media del sistema general de pensiones, siempre y cuando se reconozca con fundamento en cotizaciones provenientes de empleados, de empleadores particulares o realizadas como un trabajador independiente o con empleadores diferentes a los tenidos en cuenta en el reconocimiento de la pensión de jubilación del sector público.

Para el caso de los docentes que no se encuentren en las hipótesis mencionadas y opté por afiliarse a Colpensiones como la entidad que administra de pensiones dentro del régimen y el sistema general de pensiones, no se le permite distribuir las cotizaciones obligatorias con el fin de construir el Derecho pensional entre los dos regímenes del sistema.

Ahora bien, resulta incompatible el Derecho pensional de un afiliado al Fomag con la pensión de vejez reconocida por el régimen de prima media, si se causa en entre el 18 de mayo de 1992 y el 11 de agosto de 1993, así como el causado entre diciembre de 2001 y junio del 2002, para aquellos docentes del sector educativo estatal vinculados a partir de la vigencia del Decreto 1278 del año 2002.

Conforme a lo citado anteriormente, pues se infiere de la misma manera que el accionante le resulta improcedente el reconocimiento de la compatibilidad pensional.

Ahora bien, también teniendo en cuenta que la entidad a la que represento siempre ha actuado bajo los parámetros legales y constitucionales, amparado en el principio de la buena fe tanto de la entidad como de las entidades o personas que acuden a ella en calidad de usuarios o afiliados y en desarrollo de lo expresado en la constitución política en su artículo 83, en donde se indica que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberían enseñarse a los postulados de la buena fe, la cual presume pues en todas sus gestiones que asimismo adelante.

Ahora bien, su señoría en cuanto a las costas, solicitud también desestimar la condena impuesta anteriormente, toda vez que baso mis pretensiones en el artículo 48 inciso 5 de nuestra Carta Magna y así mismo en el artículo 365, numeral 5 del Código General del Proceso. En este sentido, señoría dejó presentado mi recurso.

³ Expediente digital, archivo 03, páginas 4 y 5.

⁴ Ibidem, página 1.

pensión de vejez por los aportes realizados a dicha administradora de pensiones, indexación, intereses de mora, costas procesales y demás derecho que resulten probados bajo las facultades *extra y ultra petita*.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, por cuanto se condenó a Colpensiones a reconocer y pagar en favor de la demandante la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la ley 100 de 1993, por las cotizaciones realizadas por sus empleadores durante el periodo comprendido entre abril de 1995 a mayo de 2011. Tras considerar el juez de instancia la inexistencia de incompatibilidad de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con la pensión reconocida por el Magisterio y encontrar satisfechos los presupuestos previstos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, declarando para el efecto no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y condenándola en costas procesales.

De tal manera y descendiendo al caso de autos, se debe señalar que la defensa de Colpensiones en su contestación de la demanda como también en los actos administrativos expedidos por esta, sostiene la incompatibilidad de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con la pensión de jubilación reconocida a la demandante por parte del Magisterio, razones por las cuáles el problema jurídico a resolver por esta sala será: i) ¿Se encuentra ajustada a derecho la decisión adoptada por el juez de primera instancia quien declaró procedente la indemnización sustitutiva a favor de la demandante, por evidenciarse el cumplimiento de los requerimientos estipulados en el artículo 37 de la ley 100 de 1993?, en caso de responderse negativamente el anterior interrogante, corresponderá establecer si ii) ¿Es incompatible el anhelo formulado por parte de la actora con la pensión de jubilación que le fuera reconocida por parte del Secretaria de Educación de Bogotá - Fomag?

Previo a resolver los problemas planteados por esta Sala de decisión se debe señalar que no es materia de debate por así aceptarlo expresamente la entidad demandada al momento de contestar el escrito introductor⁵, la calidad de pensionada que ostenta la demandante tal y como puede verificarse del contenido de la resolución Nro. 005924 de fecha 24 de octubre de 2007 expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de

⁵ Expediente digital, archivo 06, páginas 5 y 6.

Prestaciones Sociales del Magisterio⁶, de donde se extrae que se le otorgó a la demandante señora MYRIAM HIMELDA URREGO SÁENZ una Pensión Vitalicia de Jubilación a partir del 22 de abril de 2007 en cuantía inicial de \$1.473.886, el número de semanas cotizadas ante Colpensiones (681.14 semanas) verificable con la prueba documental arrimada al plenario⁷ y, la respuesta negativa otorgada con ocasión del agotamiento de la reclamación administrativa a través de la resolución SUB 96034 de fecha 22 de abril de 2020⁸.

Establecido lo anterior y en torno a resolver los planteamientos que anteceden, advierte la Sala desde este momento que no existe incompatibilidad para acceder a la prestación reclamada por encontrarse la demandante pensionada por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por las siguientes razones a saber:

En primer lugar, verificado el reporte de semanas cotizadas en pensiones a Colpensiones⁹ **no se advierten cotizaciones** de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. al régimen de prima media con el fin de subrogar el riesgo de vejez y conforme la resolución de reconocimiento de pensión de jubilación¹⁰ ésta se le otorgó a la demandante en razón a 20 años de servicios prestados como Docente de vinculación Nacionalizado, quien se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En segundo lugar, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó del Sistema Integral de Seguridad Social a los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (ello con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003) y dispuso que las prestaciones a cargo de dicho fondo serían compatibles con pensiones o cualquier tipo de remuneración. Marco legal que se fundamenta en el hecho de que cuanto los afiliados al FOMAG prestan sus servicios a otras entidades (públicas o privadas) están obligados a realizar cotizaciones a una Administradora de Pensiones para los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte conforme al artículo 17 de la Ley 100 de

⁶ Expediente digital, archivo 03 pagina 31 y 34.

⁷ Expediente Digital, archivo 10 (Reporte de semanas cotizadas en pensión expedido por Colpensiones actualizado al 18 de abril de 2023)

⁸ Expediente digital, archivo 03 páginas 12 a 19.

⁹ Ver cita número 7.

¹⁰ Remitirse a la cita 6.

1993, lo que les permite acceder a las prestaciones del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1127 de 2022¹¹ al respecto indicó:

"(...)si bien el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 estableció el límite del régimen prestacional de los docentes oficiales hasta el 27 de junio de 2003 –fecha en que la ley fue publicada en el Diario Oficial-, pues quienes se vincularan a partir de ahí se regirían por las previsiones del sistema general de pensiones, tal disposición mantuvo el régimen exceptuado para quienes estaban vinculados con anterioridad a este cambio normativo, previsión que a su vez conservó el Parágrafo Transitorio 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005, que es justamente el caso del demandante.

De ahí que si el docente ingresó a laborar al servicio del Estado y particulares simultáneamente y con anterioridad a aquella fecha, estaba habilitado para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100 de 1993, con la posibilidad de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, según el caso y el régimen pensional que elija, independientemente de la pensión de jubilación que disfrute en el sector oficial. (...)"

Conforme a lo anterior, no ofrece duda que las pensiones de jubilación a cargo del FOMAG y las prestaciones a cargo de entidades administradoras de pensiones por periodos cotizados a éstas en actividad diferente a la de docente oficial son compatibles. Aunado a lo anterior, si bien el artículo 6º del Decreto 1730 de 2001 establece que las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez, esta incompatibilidad debe predicarse para aquellas prestaciones que sean reconocidas por la misma administradora de fondos de pensiones, situación que no se presenta en autos en tanto la pensión de jubilación que actualmente percibe la demandante se encuentra a cargo única y exclusivamente de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., información que se extrae de la misma resolución 005924 de 2007¹².

Ahora, del expediente administrativo aportado por COLPENSIONES más exactamente del reporte de semanas cotizadas en pensión se evidencia que, los aportes con los cuales eventualmente se va a reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez proviene de un único empleador (Ejército Nacional)¹³, diferente al tenido en cuenta para el reconocimiento de la pensión del magisterio, tratándose por consiguiente de dos prestaciones que tienen

¹¹ M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

¹² Remitirse a la cita 6.

¹³ Expediente Digital, archivo 10.

diferente causa y fuente de financiamiento. Por lo anterior, es diáfano que la promotora del litigio logró acreditar tiempo de servicio o cotizaciones distintas a las que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión que hoy disfruta, no generándose por consiguiente y como ya se expuso incompatibilidad alguna.

En esta misma dirección, basta con señalar que tampoco podría generarse una vulneración a la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política¹⁴ por cuanto los recursos pertenecientes a la seguridad social no son propiedad del Estado como los bienes y rentas de la Nación, sienta que estos tienen una destinación definida al tenor de lo previsto en la ley 797 de 2003 artículo 2¹⁵ y en esa medida tales recursos son de origen parafiscal¹⁶.

En ese orden de ideas, no cabe duda para esta Sala que le asiste derecho a la demandante al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva reclamada por el cumplimiento de los requisitos legales dispuestos para el efecto¹⁷; por cuanto cumplió 57 años de edad el día 21 de abril de 2.009¹⁸, no reunía el número de semanas de cotización exigidas para acceder a una pensión de vejez (únicamente cotizó 681.14 semanas)¹⁹ y, el 06 de febrero de 2020 manifestó la imposibilidad de seguir cotizando²⁰. Tal y como lo estableció el juez de instancia, otorgando de esta manera solución al primer problema jurídico a resolver.

Respecto de la condena al pago de costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, se debe señalar que el legislador ha acogido el criterio objetivo en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte

¹⁴ “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

¹⁵ “los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenece a la Nación ni a las entidades que lo administren”.

¹⁶ Ver Sentencias SL del 19 de junio de 2008, radicado 28164; SL del 06 de diciembre de 2011, radicado 40848; SL 451 de 2013; SL 2649 de 2020; SL 4117 de 2020; SL 3775 de 2021; SL 1127 de 2022 y SL 1698 de 2022.

¹⁷ Artículo 37 de la Ley 100 de 1993: “INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

¹⁸ Según se desprende de su documento de identidad, obrante en el expediente digital, archivo 01, página 37.

¹⁹ Según reporte de semanas de cotizadas en pensiones actualizado a 18 de abril de 2023, expedido por Colpensiones. Expediente digital, archivo 10.

²⁰ Expediente digital, archivo 06, página 192.

vencida en juicio por así disponerle el numeral 1º del artículo 365 CGP, 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 que la única valoración a tener en cuenta en este aspecto son las resultas del proceso, por lo que se confirmará de igual manera la sentencia de primer grado en este aspecto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES²¹, entidad a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que conforme el criterio señalado por la Corte Suprema Justicia en sentencia SL 4559 de 2019²² y reiterada en SL 5544 de 2019 el derecho a la indemnización sustitutiva es imprescriptible.

Referente al monto de la indemnización, ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001²³, el cual preceptúa que para determinar el monto de la indemnización se tendrán en cuenta la totalidad de semanas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993 para lo cual se empleará la siguiente fórmula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

²¹ Expediente digital, archivo 09, página 14. Se tuvo por contestada la demanda mediante auto de fecha 17 de octubre de 2023, archivo 12 del expediente digital.

²² “Así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, y frente a la cuales esta Corte adoptó la teoría de la imprescriptibilidad, tampoco debe serlo la indemnización sustitutiva, en tanto, es un derecho de carácter pensional, pues comparte la característica básica de ser una garantía que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinada a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, según sea el caso. Desde tal perspectiva, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, se reitera, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica. Es por ello, que tal concepto debe recibir el mismo tratamiento de las pensiones desde el punto de vista de su esencia no prescriptible y su conexión con la realización de otros principios y derechos fundamentales, máxime que resulta coherente afirmar que así como el pago de aportes a pensión puede reclamarse a cualquier empleador en todo tiempo, igual ocurre con la devolución de las cotizaciones, que valga la pena, señalar, aunque son del sistema, dejan de serlo una vez el afiliado no cumple con los requisitos pensionales y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. De manera, que se convierte en una cuestión de justicia, pues no solo ayudó a construir el capital con su trabajo, sino que también al desaparecer el fin para el cual se sufragaron esos aportes – alcanzar la pensión- es natural que pretenda su reintegro.”

²³ “Compilado en el artículo 2.2.4.5.2. del Decreto 1833 de 2016: Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado. (...) Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.”

Dónde:

SBC: *Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el artículo 2.2.3.1.3. de este Decreto, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del Dane.*

SC: *Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.*

PPC: *Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.”²⁴*

Con base en ello, la Sala precisa que no concretará la condena impuesta en instancia, por cuanto el juez de primer grado argumentó que la formula referida previamente conlleva a que el salario base de liquidación (SBC) debe ser actualizado a la fecha de pago. Esto es, el SBC se actualiza anualmente; y como quiera que, al liquidarse a la fecha del fallo, entre este y el momento del pago podría generarse la indexación de ese monto, lo que podría hacerle más gravosa la situación a Colpensiones, toda vez que no se condeno en primera instancia a ese rubro.

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

SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

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

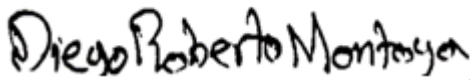
RESUELVE

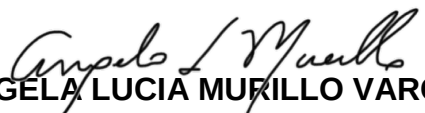
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado de primer grado de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

²⁴ ARTÍCULO 2.2.4.5.3. Cuantía de la indemnización. Decreto 1833 de 2016.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Con salvamento de voto


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 STELLA VILLA HOYOS
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 39 2020 00252
01).**

Bogotá D.C. treinta (30) de abril 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 los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 27 de septiembre de 2023 (*Exp. Digital: audio archivo 27, récord: 49:56*), en la que se resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora STELLA VILLA HOYOS del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuya efectividad según SIAFP comenzó el 1 de marzo de 2000 a través de Porvenir es ineficaz y, por ende, no produjo efecto jurídico, por lo que se deberá entenderse que el actor jamás se separó del régimen de prima media, situación que también se traduce de PORVENIR S.A. a PROTECCIÓN S.A. cuya efectividad comenzó del 1 de enero de 2007.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. a que transfiera a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta individual de la demandante junto con sus rendimientos y bono pensional así como los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje predestinado al fondo de garantía de la pensión mínima, estos emolumentos desde gastos de administración en adelante deberán ser indexados al momento de cumplir la orden, también deberá señalarse que al momento de dar cumplimiento a la sentencia los conceptos deberán aparecer

discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los siclos, IBC aportes y demás información relevante que los justifique.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a que transfieran todas las sumas de dinero que recibió por gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje predestinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexada al momento del pago haciendo la misma previsión del numeral anterior, es decir, deberá aparecer los conceptos discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los siclos, IBC aportes y demás información relevante.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se habla en el numeral segundo y tercero, y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad, debiendo consolidar la historia laboral una vez reactiven la afiliación con la información que alleguen las demandadas, esto es, PORVENIR Y PROTECCIÓN.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por las partes demandadas.

SEXTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener resarcimiento de los perjuicios que pueda causar si los dineros no le son suficientes.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$2.400.000.00), costas que deberán liquidarse conforme a la regla 6 de artículo 365, esto es, distribuirse en partes iguales, se exonera a Colpensiones conforme a las manifestaciones ya realizadas en las consideraciones.

OCTAVO: CONCÉDASE el grado jurisdiccional de CONSULTA por resultar adversa la sentencia a COLPENSIONES o por resultar algunas órdenes a COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión PORVENIR apeló la decisión, señalando a la demandante también le asistía un deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar por ende asegura tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con la AFP Porvenir, teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas, necesarias y que fueran suficientes con tal de que le posibilitara la toma de decisiones informada, asegurando las decisiones suscritas en el formulario de afiliación con su representada, son productos de una decisión libre, espontanea e informada de conformidad con el literal e del artículo 13 de la ley 100 y el artículo 243 y 244 del C.G.P. (Exp. Digital: audio archivo 27, récord: 52:38¹)

¹ **PORVENIR:** señora juez me gustaría interponer el recurso de apelación. Bueno, de manera respetuosa, me permito interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir con el fin de que el honorable Tribunal Superior de Bogotá resuelva el asunto de precedencia y se sirva revocar las sentencias impuestas a Porvenir bajo los siguientes argumentos. Cabe resaltar al despacho que a la demandante también le asistía un deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que desea contratar o utilizar. Luego tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con mi representada con la AFP Porvenir, teniendo también obligación de

Por su parte COLPENSIONES expresa se debe tener presente el tema de la inversión de la carga de la prueba, pues esta no puede recaer únicamente en cabeza de las AFP codemandadas en atención a que la demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender que era lo que estaba firmando, de igual manera, tampoco se puede considerar a la demandante como la parte débil en este proceso por cuanto tiene las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera.

Sostiene todas y cada una de las actuaciones llevadas a cabo por su representada se encuentran permeadas de buena fe y la negativa de recibir nuevamente a la aquí demandante se basa única y exclusivamente en razón al cumplimiento del deber legal del literal (e) del artículo 13 de la ley 100 del 93, modificado por el artículo segundo de la ley 797 del 2003.

Precisa la declaratoria de ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro la seguridad social de los demás afiliados, pues la demandante ya cumple con los requisitos para pensionarse y entraría a beneficiarse por los aportes que los demás afiliados han realizado, además permite que aquellos por buscar otros beneficios que ofrece el RAIS, como lo hizo la demandante al momento de darse cuenta que no podrá acceder a dichos beneficios, sean beneficiados con los rendimientos que han obtenido los afiliados del régimen de prima media que permanecieron en este régimen, solicitando revocar la sentencia de primer grado. (*Exp. Digital: audio archivo 27, récord: 54:40²*)

exigir las explicaciones verbales o escritas, necesarias y que fueran suficientes con tal de que le posibilitara la toma de decisiones informado. La AFP siempre ha garantizado los futuros afiliados y afiliadas la protección del derecho de información siendo la clara, precisa y veraz y suficiente de acuerdo a las disposiciones obtenidas en la ley 100 de 1993, en la que expresa el funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, poniendo de presente las implicaciones del trabajador y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con el artículo 64 y 65 de la ley del 93, motivo por el cual las decisiones suscritas en el formulario de afiliación con mi representada, son productos de una decisión libre, espontánea e informada de conformidad con el literal e del artículo 13 de la ley 100 y el artículo 243 y 244 del C.G.P. No siendo más, muchas gracias señora juez.

² **COLPENSIONES:** Muchas gracias su señoría, por directriz expresa de la entidad que represento, me permito presentar recurso de apelación contra la decisión preferida por este despacho, solicitando a los honorables magistrados tener presente el tema de la inversión de la carga de la prueba, pues esta no puede recaer únicamente en cabeza de las AFP codemandadas en atención a que la demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender que era lo que estaba firmando. De igual manera, tampoco se puede considerar a la demandante como la parte débil en este proceso por cuanto tienes las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera.

Se debe dejar claro que todas y cada una de las actuaciones llevadas a cabo por mi representada se encuentra permeadas de buena fe y la negativa de recibir nuevamente a la aquí demandante se basa única y exclusivamente en razón al cumplimiento del deber legal del literal (e) del artículo 13 de la ley 100 del 93, modificado por el artículo segundo de la ley 797 del 2003, lo anterior teniendo en cuenta que mi representada

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (Páginas 9 y 10, del archivo 01 del expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 3 a 8, ibidem), aspirando se declare la nulidad del traslado inicial de régimen de prima media al de ahorro individual, en consecuencia se trasladen todos los saldos, incluidas las cotizaciones, las cuotas de administración, los bonos pensionales y otras sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses, así mismo se ordene a Colpensiones proceda aceptar el traslado y se le tenga como única afiliación válida la del RPM, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS, en consecuencia, ordenó a transferir a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta individual de la demandante junto con sus rendimientos y bono pensional así como los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje predestinado al fondo de garantía de la pensión mínima, emolumentos que deberán ser indexados al momento de cumplir la orden, señalando que al momento de dar cumplimiento a la sentencia 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 justifique, misma orden que dio a Porvenir.**

como entidad del Estado lo puede reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad puesto que la constitución política en su artículo 346 así lo señala.

Es por eso que la declaratoria de ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro la seguridad social de los demás afiliados, pues la demandante ya cumple con los requisitos para pensionarse y entraría a beneficiarse por los aportes que los demás afiliados han realizado, además permite que aquellos por buscar otros beneficios que ofrece el RAIS, como lo hizo la demandante al momento de darse cuenta que no podrá acceder a dichos beneficios, sean beneficiados con los rendimientos que han obtenido los afiliados del régimen de prima media que permanecieron en este régimen. De esta manera, dejo sustentado mi recurso de apelación y solicito muy respetuosamente a los honorables magistrados revocar la sentencia que se acaba de proferir y en su lugar absuelva a mi representada, muchas gracias su señoría.

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

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 actora donde se registra como fecha de nacimiento el 30 de septiembre de 1966 (*Archivo 01 expediente digital pág. 58*), 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 PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES el 4 de junio del 2020 (*Páginas 30, 47 y 81 del Archivo 01 expediente digital*), esto es, cuando se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas

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”.

incorporadas a los autos, apenas había cotizado al sistema **258,43⁴** (*Historia Laboral valida para bono pensional pág. 63 expediente digital Archivo 11 e Historia Laboral expedida por Colpensiones archivo 12 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, como lo sostiene Colpensiones en su apelación.

No obstante, 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 **31 de enero del 2000** con fecha de efectividad a partir del **1° de marzo de 2000** (*Página 60, archivo 21 expediente digital y página 51 Archivo 01*) por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

4



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES

PERIODO DE INFORME: Enero 1967 febrero/2021

ACTUALIZADO A: 18 febrero 2021

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento: Cédula de Ciudadanía

Número de Documento: 30303155

Nombre: STELLA VILLA HOYOS

Dirección: CRA 23 N. 73 39

Estado Afiliación: Traslado

Fecha de Nacimiento: 30/09/1966

Fecha Afiliación: 11/12/1986

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
4018206775	JIRO DE OCCIDENTE S	11/12/1986	06/01/1987	\$21.420	3,86	0,00	0,00	3,86
7013700211	PRONTEZA Y CIA LTDA	26/01/1987	29/01/1987	\$21.420	0,57	0,00	0,00	0,57
7013700181	ATEMPI	16/09/1987	22/09/1987	\$21.420	1,00	0,00	0,00	1,00
7016101992	INCOSMETICOS	11/12/1987	31/12/1987	\$21.420	3,00	0,00	0,00	3,00
3018201909	ASESORES COMERCIALES	21/04/1988	04/05/1988	\$30.150	2,00	0,00	0,00	2,00
7016104046	DISENOS CONSMETICOS	26/09/1988	30/03/1989	\$39.310	26,57	0,00	0,00	26,57
3018201172	BELONDA COLOMBIANA S	25/04/1989	01/12/1989	\$39.310	31,57	0,00	0,00	31,57
7016104467	BELONDA COLOMBIANA S	28/09/1989	22/09/1990	\$54.630	51,43	0,00	9,29	42,14
890801053	MUNICIPIO DE MANIZAL	01/10/1997	31/12/1997	\$2.548.000	11,00	0,00	0,00	11,00

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

1874

267,71

0

0,00

65

9,29

2710

387,14

0

0,00

65

9,29

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS

TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS

DIAS:

1809

SEMANAS:

258,43

DIAS:

2645

SEMANAS:

377,86

El número de semanas se calculó con días calendario

6

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

«(...)

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

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

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

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

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

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.

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

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

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

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

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

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

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

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“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

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

(…).

beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que su empleador les hizo una reunión general manifestado que el ISS se iba acabar por ende la decisión que se iba a tomar era afiliarlos a un fondo privado, manifiesta no recordar ningún tipo de asesoría.

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 de la 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 a la demandante para

⁷ *Récord 19:11, archivo 27, Interrogatorio Demandante*

efectuar el traslado de régimen, precisándose aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

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

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 51, Archivo 01 expediente digital*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

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

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

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

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

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

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

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

...

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.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 2000, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(31 de enero de 2000, efectivo el 1º de marzo de 2000)**, el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN, 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, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto. Igualmente se confirma la orden impuesta de devolver tanto PROTECCIÓN como PORVENIR a COLPENSIONES, los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁸ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades⁹, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esas administradoras, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

«(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

Por otro lado, conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional,

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

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

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.

En lo que atañe a la excepción de prescripción, la cual fue objeto de recurso e interpuesta en la contestación por COLPENSIONES¹⁰, a favor de quien se surte la consulta (páginas 40 y 41, *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

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 diciembre del 2023 (Archivo 23 expediente digital).

prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Al epílogo conviene agregar una glosa a la temática en estudio, a raíz del comunicado de prensa número 13 del 12 de abril del 2024 expedido por la Corte Constitucional en referencia a la SU-107 del 2024 en punto a estimar que no tiene fuerza vinculante conforme lo asienta la propia Corte Constitucional en Auto No. 201 del 2013 así:

“...7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole¹¹. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional¹², en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”¹³ y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”¹⁴.

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”¹⁵. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”¹⁶.”

Del mismo modo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A del 4 de febrero del 2016 Radicación número 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) se indicó:

¹¹ Ver, al respecto, el auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

¹² Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992, posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

¹³ Acerca de la facultad de la Corte Constitucional para regular lo referente a las condiciones de publicidad de sus sentencias es útil la consulta de los Autos 152 B de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y 028 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 12 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁵ “Que en las condiciones anotadas, es claro que existe una evidente diferencia entre el comunicado que busca satisfacer, con prontitud, el interés de la opinión pública de obtener información y la sentencia “documentada y firmada” que, además, “da cuenta de su contenido así como del número y nombre de los magistrados que la adoptaron, por haber sido quienes intervinieron en la deliberación y decisión respectiva”. Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

¹⁶ Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

“Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación... el presidente del máximo tribunal constitucional expide los comunicados de prensa con el fin de poner en conocimiento de la comunidad las decisiones adoptadas y con ello de los cambios que implican en el ordenamiento jurídico. No obstante, al no ser la sentencia misma la que se publica no produce efectos jurídicos... se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni remplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991... si bien es cierto a través del citado comunicado se informó sobre la Sentencia de Unificación SU-556 del 14 de julio del 2014, también lo es que, como quedó antes expuesto, dicha publicación no produce efecto vinculante ni jurídico alguno, pues no reemplaza la notificación... De esta forma, al Tribunal no podía exigírsele la aplicación de una sentencia que no producía efectos para el momento en que de adoptó la decisión que ahora se debate... En ese orden, no se advierte el desconocimiento del precedente judicial alegado”

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

SIN COSTAS en esta instancia.

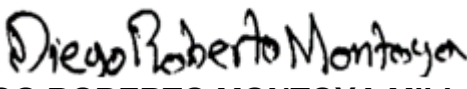
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

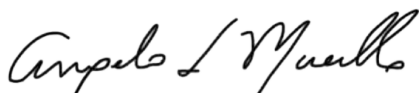
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, 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 DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OMAR ARY GONZÁLEZ
RAMÍREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES-, y PORVENIR S.A. (RAD. 40 2022 00394 01).**

Bogotá D.C. treinta (30) de abril 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 el Juez 40 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 20 de febrero de 2024 (*Exp. Digital: audio archivo 27 Grabación Audiencia, Récord: 1:46:43*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante, Omar Ary González Ramírez, identificado con la C.C. 80.411.576, del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., traslado realizado el 07 julio 2005, por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social, de conformidad con lo expuesto en esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el demandante, Omar Ary González Ramírez, ha estado afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida sin solución de continuidad desde su elección inicial, conforme a lo considerado.

TERCERO: DECLARAR no probados los medios exceptivos formulados por los apoderados judiciales de las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, conforme a lo expuesto.

CUARTO: CONDENAR a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, todas las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, Omar Ary González Ramírez, incluidos los

rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, todo con cargo a sus propios recursos y, eventualmente, de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando se rediman.

QUINTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones- a que, una vez la administradora de Fondo de Pensiones demandada traslade los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral del demandante, con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización.

SEXTO: CONDENAR en costas a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. En su liquidación, inclúyase la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho a su cargo y a favor de la parte demandante. Absolver a Colpensiones de condena en costas.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE ante el Tribunal Superior Distrito Judicial de Bogotá - Sala Laboral, de igual forma respecto de los puntos que no sean objeto de apelación en lo desfavorable a Colpensiones”.

La ausencia de apelación contra la providencia anterior justifica la presencia de las diligencias en esta Corporación, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada COLPENSIONES, a lo cual se procede previa la constatación de inexistencia 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 (**Páginas 2 y 3, del archivo 4 expediente digital**), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (**Páginas 3 a 5, ibidem**), aspirando se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPM al RAIS en el mes de julio del 2005, en consecuencia se ordene a la AFP PORVENIR retornar todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración, así mismo se ordene a Colpensiones recibirlo en el RPM y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad, costas y agencias en derecho, lo *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado, efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR, ordenando a las AFP PORVENIR a trasladar a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, todas

las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos, comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos y, eventualmente, de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando se rediman. **Lo anterior tras considerar que**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado, precisando no le explicó las consecuencias que conlleva el cambio de régimen.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 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 13 de octubre de 1966 (Página 1, Archivo 03 del expediente digital), por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2028, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR y COLPENSIONES el 29 de abril del 2022 (Páginas 24 a 28 y 34 a 38, Archivo 03 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

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”.

incorporadas a los autos, había cotizado al sistema **72.42²** semanas (*Historia Laboral expedida por Porvenir Archivo 3 expediente digital, pág. 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.

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 **7 de julio del 2005** con fecha de efectividad a partir del **1° de septiembre del 2005** (págs. 69 y 73, *archivo 14 expediente digital*), por afiliación que hiciera a Porvenir, específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y en la certificación por ella expedida.

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

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

2

Tipo	N° Identificación	Razón Social del Empleador	Historia Laboral reportada en el sistema de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda (OBPI)			
			Periodo Inicial Dia/Mes/Año	Periodo Final Dia/Mes/Año	Días Cotizados	Estado del aporte
PAT	1006136408	SERVI 70 LTDA	18/11/1988	31/12/1988	44	🕒
PAT	1006136408	SERVI 70 LTDA	01/01/1989	31/12/1989	365	🕒
PAT	1006136408	SERVI 70 LTDA	01/01/1990	03/01/1990	3	🕒
PAT	1003606788	TALL.ING.AUTOMOTRIZ RIVA LT	29/10/1993	31/12/1993	64	🕒
PAT	1003606788	TALL.ING.AUTOMOTRIZ RIVA LT	01/01/1994	31/01/1994	31	🕒
NIT	19339864	JAIRO ALIRIO BEJARANO C	29/10/1998	31/10/1998	3	🕒
NIT	800244955	INGENIERIA COLOMBIANA AUTOMOTRIZ LTDA	20/01/2002	29/06/2003	507	🕒
NIT	800244955	INGENIERIA COLOMBIANA AUTOMOTRIZ LTDA	30/06/2003	29/08/2003	61	🕒
NIT	800244955	INGENIERIA COLOMBIANA AUTOMOTRIZ LTDA	30/08/2003	31/01/2005	521	🕒
NIT	860519235	TALLERES AUTORIZADOS S A	20/02/2005	30/06/2005	131	🕒
NIT	860519235	TALLERES AUTORIZADOS S A	01/08/2005	30/08/2005	30	🕒

necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

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

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

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

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

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

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

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

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

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».

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁵, no acreditan que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los visitó el asesor de Porvenir, expresándole que el ISS iba a dejar de existir, de modo que afiliándose al fondo privado protegería sus cotizaciones, sin recibir otra clase de información.

En ese orden para la Sala los argumentos del accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad al demandante para efectuar el traslado de régimen pues, aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

⁵ ***Interrogatorio Demandante, récord 48:59. Archivo 27:***

Nótese, de lo relatado por el demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR, haya cumplido con su obligación de buen consejo.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que se refiere a la manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR (página 73, archivo 11), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (Sentencias CSJ SL12136-2014 y CSJ SL1689-2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (**7 de julio del 2005** con fecha de efectividad a partir del **1º de septiembre del 2005**), 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 PORVENIR del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus comisiones, rendimientos, gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁶ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial, todo ello con cargo a sus propias utilidades⁷, y cuyos 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, como también la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará en su integridad la decisión de primer grado en este aspecto.

Debe precisarse en este punto ésta Sala de Decisión adicionará en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones el numeral cuarto del fallo de primer grado, en cuanto a que PORVENIR deberá retornar todo lo ordenado debidamente indexado.

Lo anterior, teniendo en cuenta que así lo ha considerado el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

“(…)

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

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

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

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 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)*

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES – entidad a favor de quien se surte la consulta (pág. 12, Archivo 13 expediente digital)⁸ basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Al epílogo conviene agregar una glosa a la temática en estudio, a raíz del comunicado de prensa número 13 del 12 de abril del 2024 expedido por la Corte Constitucional en referencia a la SU-107 del 2024 en punto a estimar que no tiene fuerza vinculante conforme lo asienta la propia Corte Constitucional en Auto No. 201 del 2013 así:

“...7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole⁹. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional¹⁰, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”¹¹ y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”¹².

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”¹³. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que,

⁸ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 5 de abril del 2023 (Archivo 13 expediente digital).

⁹ Ver, al respecto, el auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

¹⁰ Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992, posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

¹¹ Acerca de la facultad de la Corte Constitucional para regular lo referente a las condiciones de publicidad de sus sentencias es útil la consulta de los Autos 152 B de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y 028 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

¹² Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 12 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹³ “Que en las condiciones anotadas, es claro que existe una evidente diferencia entre el comunicado que busca satisfacer, con prontitud, el interés de la opinión pública de obtener información y la sentencia “documentada y firmada” que, además, “da cuenta de su contenido así como del número y nombre de los magistrados que la adoptaron, por haber sido quienes intervinieron en la deliberación y decisión respectiva”. Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”¹⁴.

Del mismo modo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A del 4 de febrero del 2016 Radicación número 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) se indicó:

“Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación... el presidente del máximo tribunal constitucional expide los comunicados de prensa con el fin de poner en conocimiento de la comunidad las decisiones adoptadas y con ello de los cambios que implican en el ordenamiento jurídico. No obstante, al no ser la sentencia misma la que se publica no produce efectos jurídicos... se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni remplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991... si bien es cierto a través del citado comunicado se informó sobre la Sentencia de Unificación SU-556 del 14 de julio del 2014, también lo es que, como quedó antes expuesto, dicha publicación no produce efecto vinculante ni jurídico alguno, pues no reemplaza la notificación... De esta forma, al Tribunal no podía exigírsele la aplicación de una sentencia que no producía efectos para el momento en que de adoptó la decisión que ahora se debate... En ese orden, no se advierte el desconocimiento del precedente judicial alegado”

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

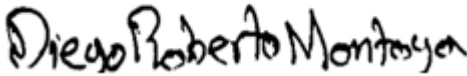
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en su numeral **CUARTO**, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a retornar todo lo ordenado por el Juez de primer grado debidamente **indexado**, conforme a lo considerado.

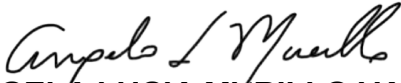
¹⁴ Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 40 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 LUCÍA MIRILLO 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 HENRY PAREJA CASTAÑO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y AFP COLFONDOS (RAD. 44 2023 00358 01)

Bogotá D.C. treinta de (30) de abril 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 el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las demandadas AFP PORVENIR S.A., AFP COLFONDOS y COLPENSIONES, como también el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, en contra la sentencia proferida por la Juez 44 Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de febrero de 2024¹, en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante HENRY PAREJA CASTAÑO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS con fecha de efectividad el 1 de julio de 1994 y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. con fecha de efectividad el 1 de mayo de 2002, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de HENRY PAREJA CASTAÑO, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados, por las razones expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. a transferir a COLPENSIONES los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores

¹ Expediente digital, archivo número 17, Link audiencia, récord: 01:17:10 a 01:22:00.

utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, por el periodo que estuvo vinculado el demandante a dicha administradora, todos estos debidamente indexados, por las razones expuestas.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir al señor HENRY PAREJA CASTAÑO en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. en cuantía de medio SMLMV para cada una.

SÉPTIMO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.

OCTAVO: SE ORDENA por secretaría remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.”

Inconforme con la anterior decisión y como se expuso previamente, los apoderados judiciales de la AFP PORVENIR S.A., AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES sustentaron su recurso de alzada en los siguientes términos:

La representación de la AFP PORVENIR S.A. solicitó se revoque el numeral segundo de la decisión de instancia esto es, la condena impuesta a esta administradora de trasladar con destino Colpensiones los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima de pensión, en razón a que estos montos corresponden en una obligación de tracto sucesivo, no ingresando en los dineros con los cuales se financiaría la prestación pensional del demandante en caso de que fuera PORVENIR quien la asumiera, siendo estos cobrados por orden de la ley 100 de 1993 quien estipulo una cuota administración.

Referente a la indexación ordenada, consideró que dada la orden de retornar rendimientos del capital que se encontrará en la cuenta de ahorro individual de la demandante, no es viable ordenar la indexación toda vez que con el traslado de estos rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda².

² Expediente digital, archivo número 17 (audio), récord: 1:29:30 a 01:31:26.
Recurso de apelación AFP PORVENIR S.A.:

“Gracias señoría me permito de forma muy respetuosa presentar recurso de apelación en forma parcial, estos es en contra el numeral segundo de la provincia preferida por el despacho y la orden de trasladar gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima, los cuales deben ser trasladados de forma indexada indicando los señores magistrados que no hay razón alguna para que se condene representada a generar una devolución teniendo en cuenta que estos montos corresponden en una obligación de tracto sucesivo por lo que los mismos no entran en los dineros con

La AFP COLFONDOS S.A. señaló que el demandante ejerció su derecho de elección de régimen pensional, decisión que debe entenderse se llevó a cabo de manera libre, sin ningún tipo de indicios que afectarán la validez de su elección respecto del régimen pensional al cual buscaba pertenecer, pues al momento del traslado el personal de esta AFP suministró a la parte demandante toda la información requerida y este tuvo la oportunidad de evacuar las preguntas que considerará necesarias, como también contó con la oportunidad de estudiar y conocer las normas legales relacionadas con pensiones las cuales son de acceso público y de fácil comprensión. Por ello, se evidenció una flagrante negligencia por parte del actor como consumidor financiero quien solo se preocupó por su futuro pensional cuando ya se encontraba inmerso en la prohibición legal para trasladarse nuevamente de régimen pensional.

De igual manera señaló que como quiera que el actor se encuentra afiliado a una AFP diferente, los rubros que en su momento estuvieron en la cuenta de ahorro individual del demandante y que administró Colfondos, ya fueron trasladados. Razón por la cual solicitó se revoque la condena impuesta a la devolver con destino a Colpensiones rendimientos financieros, porcentaje destinado al fondo de garantía mínima y primas de seguros previsionales, por cuanto ya fueron objeto de traslado estos recursos³.

los cuales se financiará la prestación personal del demandante en caso de que se pensionara en PORVENIR, los mismos son dineros que la ley 100 de 1993 estipuló como una cuota administración que se materializa la buena gestión que hizo mi representa los aportes lo cual se dejó ver mediante los rendimientos que se generaron a lo largo de los años.

Asimismo, el traslado de dichos dineros generaría un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones ya que se le trasladarían unas sumas de las cuales no tenía administración alguna durante más de los años que el demandante aportó dineros al régimen de ahorro individual.

Frente al indexación me permito destacar que las sumas mencionada ya se encuentran actualizadas monetariamente, la declaración de un pago indexado está generando una doble condena contra mi representada para lo cual me permito citar brevemente diciendo el Tribunal Superior de Cali en su sala laboral magistrado ponente Carlos Alberto Oliver decisión del 8 de septiembre 2023, proceso de Iván Tamayo contra Colpensiones y Porvenir en el cual se indicó abrió comillas: en cuanto a la indexación la sala considera que no hay lugar a dicha imposición toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensan la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado en los emolumentos a retornar debido a la inflación cierro comillas. Y el despacho dentro de sus órdenes de dineros a trasladar incluye los rendimientos por lo cual se reitera se estaría generando una doble condena contra mi representada al indexar estos estos rubros, por lo cual se le solicita muy respetuosamente a los señores magistrados revocar dicha condena. Con esto dejo sustentado mi recurso de apelación señoría muchas gracias.”

³ Expediente digital, archivo número 17 (audio), récord: 01:22:18 a 01:31:26.
Recurso de apelación AFP COLFONDOS S.A.:

“Muchas gracias su señoría presento recurso de apelación contra la sentencia acaba de proferir en el caso que ahora nos convoca, para ello se hace necesario reiterar algunas de las posiciones ya manifestadas por esta defensa teniendo en cuenta que fueron desestimadas en la decisión de primera instancia.

En primer lugar, es de suma importancia recalcar que el afiliado ejerció su derecho de elección de régimen conforme artículo 13 literal B la ley 100 de 1993 y por lo tanto debe entenderse que esta selección se llevó a cabo de manera completamente libre sin ningún tipo de indicios que afectarán la validez de su elección respecto del régimen pensional al cual buscaba pertenecer. Asimismo, se hace relevante señalar que el personal del fondo suministro a la parte demandante toda la información requerida y este tuvo la oportunidad de evacuar las preguntas que considerará necesarias y pertinentes como también tuvo la oportunidad de estudiar y conocer

Por su parte Colpensiones en su recurso de alzada manifestó que en el presente asunto se presentó una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, en razón a que las providencias proferidas en relación con la declaratoria del traslado del régimen, la interpretación que realiza la Corte Suprema de Justicia del mentado artículo hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige al demandante soporte alguno que demuestre la

las normas legales relacionadas con la Seguridad Social en cuanto a pensiones las cuales son de acceso público y de fácil comprensión.

Además, tuvo la posibilidad de buscar un asesoramiento si así lo consideraba necesario y por ello los afiliados no pueden excusarse en el de conocimiento de la normatividad para deshacerse de sus obligaciones y pedir que se anule una obligación por error sabiendo que el error de derecho no vicia el consentimiento.

Además, lo que pudo evidenciarse en este caso fue una flagrante negligencia por parte del actor como consumidor financiero en el entendido que solo se preocupó por su futuro pensional cuando ya se encontraba inmerso en la prohibición legal para trasladarse nuevamente de régimen. Es por todo lo anterior que cabe resaltar que la elección del régimen y la administradora corresponde únicamente la voluntad libre y espontánea del afiliado y por lo tanto pues dicha elección además de quedar plasmada pues de forma explícita e inequívoca en el respectivo formulario de afiliación siendo ratificada con la firma del propio afiliado pues goza de plena validez. Asimismo es de vital relevancia considerar que el marco legislativo que ha rodeado este tipo de casos ya que antes de la promulgación de la ley 358 de 2014 y el decreto 2071 de 2015 no existía una obligación por parte de los fondos de pensiones de hacer proyecciones en el momento en el que un afiliado optará por realizar el traslado de régimen y teniendo en cuenta que estos cambios normativos y judiciales fueron posteriores pues no podían anticipados con certeza en ese momento y esto respalda la imprevisibilidad que enfrentaba el Colfondos para advertir estos cambios normativos.

Además es fundamental resaltar que en el año en el que el afiliado optó el traslado de régimen pues estas normativas ya mencionadas aún no se encontraban en vigor por tanto se está dando una condena a mi representada tanto dando una aplicación retroactiva a la normatividad que ha sido expresamente proferida por legislación colombiana que establece que las normas deben tener un efecto general e inmediato, esto es hacia el futuro y no retrotraer las disposiciones a situaciones ya acontecidas para su entrada en vigencia. En este aspecto de adquirir relevancia que se debe garantizar pues la seguridad jurídica y respaldar los principios de legalidad y no retroactividad que sustentan desde siempre nuestro sistema jurídico.

De igual manera teniendo en cuenta a que actualmente el actor se encuentra afiliado a una AFP diferente a la que se representa por parte de esta defensa debe tenerse en cuenta que ya todos los rubros que en su momento estuvieron en la cuenta de ahorro individual del ahora demandante pues ya fueron trasladados y en cuanto a la condena impuesta de la de a la devolución de las de los gastos de administración debe tenerse en cuenta que estos ya han sido utilizados por parte de Colfondos durante el tiempo que tuvo la administración de los recursos y los aportes realizados para pensión por el ahora demandante y por lo tanto debe tenerse en cuenta que esta condena impuesta a Colfondos pues está generando un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones como quiera que no ha sido esta la encargada de llevar la administración de los aportes para pensión sufragados pues por el ahora demandante desde el año 1994, por lo tanto pues está desconociendo por el contrario pues la buena gestión desplegada por mi representada desde año 1994 hasta el año 2002, época en la que tuvo pues en su poder administración y los aportes para pensión de el señor Henry.

De igual manera si lo que se acaba de declarar pues en este caso es la ineficacia de la filiación del accionante al régimen de ahorro individual pues debe tenerse en cuenta que no hay lugar pues a que se devuelvan o se traslade mejor los rendimientos financieros como quiera que de haber pertenecido pues todo el tiempo al régimen de prima media pues allí no hubieran encontrado su origen y cabe resaltar pues además que esto es una calidad y un beneficio que únicamente presta el régimen de ahorro individual. De igual manera frente a la decisión que se acaba de proferir dentro de este caso debe tenerse en cuenta que se ha violado el principio es indivisibilidad de la norma toda vez que se ha ordenado pues reconocer que la parte demandante únicamente la parte que más le favorece el régimen de ahorro individual cuando lo que en realidad se está dejando pues es sin validez alguna la vinculación que tuvo en el régimen de ahorro individual y por lo tanto pues debe darse cumplimiento a las reglas del régimen de prima media.

En igual sentido frente a la condena impuesta a mi representada respecto de los recursos destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales pues debe tenerse en cuenta lo manifestado ya por esta defensa que los recursos nunca han estado en el poder de Colfondos y por lo tanto pues no es este el llamado a efectuar dicho traslado de estos de estos recursos como quiera que es precisamente el Fondo de Garantía mínima las aseguradoras que han prestado pues o se las con las que ha habido las pólizas para cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia a las que ostentan pues en su poder estos rubros y por lo tanto son las llamadas a efectuar su devolución. En igual sentido frente a la condena impuesta a mi representada pues no encuentra una justificación esta apoderada teniendo en cuenta que pues cuando ya entra en vigor la exigencia por parte de los fondos privados de ampliar y dejar un registro escrito de la información brindada a cada uno de los afiliados pues ya para esta época el señor Henry no se encontraba vinculado Colfondos SA, sino a la AFP PORVENIR por lo tanto fue esta la que debió pues ampliar la información como lo requiere la normativa que actualmente aplica a este tipo de litigios. En ese sentido solicitó puede ser la juez de primera instancia conceda el recurso de apelación y a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá una vez analizado el caso procedan a revocar la sentencia de primera instancia muchas gracias.”

existencia de un vicio como lo es fuerza o dolo al momento en que se efectuó el traslado al régimen de ahorro individual, no obstante, sí obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en los fondos privados, sin que exista menor esfuerzo procesal en cabeza de la demandante.

Finalmente expuso lo concerniente al principio de sostenibilidad financiera, por cuanto con la declaratoria de la ineficacia del traslado aumenta de forma considerable el pasivo pensional ya existente en esta entidad, toda vez que no basta con el traslado de los rendimientos y el ahorro total existente en la cuenta el demandante por cuanto las mesadas pensionales del régimen de prima media no se financian únicamente con los aportes del afiliado como pasa en el RAIS, sino que el Estado subsidia el mayor porcentaje de la prestación y adicional al gran número de demandas en contra Colpensiones, es esta entidad es quien sufre las consecuencias de la actuar de las AFP.

Subsidiariamente solicitó, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES hasta tanto se realice por parte de las AFP PORVENIR y COLFONDOS la devolución de las cotizaciones, rendimiento financiero, bonos pensionales, cuotas abonados al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración y todos los demás emolumentos a las que hubiese lugar los cuales deben ser reintegrados debidamente indexados por la totalidad del período que permaneció el demandante en cada uno de estos fondos privados, esto, como quiera que COLPENSIONES solo podrá dar cumplimiento una vez se reintegren los recursos y se actualicen los datos en las respectivas bases de datos junto con su historia laboral⁴.

⁴ Expediente digital, archivo número 17 (audio), récord: 01:31:31 a 01:34:50.
Recurso de apelación Colpensiones:

“Su señoría respetuosamente me permito interponer recurso de apelación en contra de la providencia dictada por su despacho dentro del proceso y con el fin de que el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral revoque la decisión tomada en primera instancia es un lugar se absuelva a mi representada la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, aclarando en primer lugar que si bien cuanta con un grado jurisdiccional de consulta, por políticas de la entidad que represento me permito sustentar mi recurso de apelación en los siguientes términos: de conformidad con lo resuelto por la juzgadora de primera instancia, se presenta la existencia de una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, ello teniendo en cuenta los fallos relacionados con traslados de régimen, pues la interpretación del artículo 1604 de este código que realiza la Corte Suprema de Justicia hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos convierta en objetiva, toda vez que no exige el demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, pero sí obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo sin que existan menores esfuerzo procesal encabeza el demandante.

Por lo anterior se resalta que lo que pretende el demandante con la declaratoria de ineficacia al traslado es que a futuro sea mi representada quien reconozca la prestación pensional con lo cual ruego a los señores magistrados tener en cuenta que eso afecta gravemente la sostenibilidad del sistema y aumenta de forma considerable el pasivo pensional ya existente con el que cuenta la entidad, ya que no basta con el traslado de los rendimientos y el ahorro total de la cuenta el demandante por pensiones pues ha de recordarse que las mesadas pensionales del régimen de prima media no se financian únicamente con los aportes del afiliado como pasa en el raís, sino que el estado proporciona el valor necesario subsidiando el mayor porcentaje de la prestación y teniendo en cuenta esto, adicional al gran número de demandas en contra de mi representada por

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda⁵ las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo⁶, aspirando se declare la ineficacia de la vinculación realizada inicialmente a la AFP COLFONDOS S.A. y el posterior que este hiciera a la AFP PORVENIR S.A., en consecuencia, solicita se ordene su traslado al RPMPD administrado por Colpensiones junto con la totalidad de los valores que hubieren recibido las administradoras del RAIS con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses y rendimientos, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, ni por cualquier otro concepto, costas procesales y demás derechos que resulten probados bajo las facultades *extra y ultra petita*.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones por cuanto se declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS y, en consecuencia, se ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados.

De igual modo se ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. transferir a COLPENSIONES los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en

este mismo tema, es Colpensiones quien realmente sufre las consecuencias de la actuar de las AFP hecho que afecte al sistema de forma grave y permanente, por tanto, al permitir que una persona que cuenta con la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiado por las cotizaciones de los demás resulta contrario no solo al concepto constitucional de equidad sino también al principio de eficiencia pensional.

Por todo lo expuesto solicitó respetuosamente a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, se revoque la decisión tomada por la falladora de primera instancia y en su lugar se absuelva a mi representada administradora colombiana de pensiones Colpensiones. Como petición subsidiaria solicitaron honorable Tribunal en caso de no acogerse a los argumentos aquí expuestos y en consecuencia la sala confirme la provincia objeto de alzada, solicitó se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, previo cumplimiento a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante por las AFP, como lo son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración y los demás a que hubiera lugar debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliada a los fondos privados como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto las AFP reintegren los recursos, actualicen las bases de datos del demandante en las respectivas bases de datos. Así dejó sustentado el recurso apelación su señoría muchas gracias.”

⁵ Expediente digital, archivo 01, páginas 2 a 3.

⁶ Ibidem, páginas 4 y 5.

seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, por el periodo que estuvo vinculado el demandante a dicha administradora, valores debidamente indexados.

Consideración a la que arribó el Juez de primer grado con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y al señalar que la demandada AFP COLFONDOS S.A. no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado.

Expuesto lo anterior, para resolver la controversia planteada es menester precisar que 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 por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002⁷.

Así las cosas, dentro de la documental visible en el expediente obra copia del documento de identidad del actor de donde se extrae que su fecha de nacimiento fue el día 18 de octubre de 1964⁸, por lo que la edad de 62 años la cumplirá el mismo día y mes del año 2026 procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el día 26 de mayo de 2023⁹, esto es, cuando ya se encontraba inmerso en prohibición antes referida, por cuanto le faltaban menos de 10 años (más exactamente 3 años) para cumplir el requisito de edad para adquirir su derecho pensional y, de otra parte, el demandante no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994), pues para esa data según las probanzas incorporadas en autos, apenas había cotizado al sistema de seguridad social en pensión un total de 151.56 semanas¹⁰,

⁷ “ (...) 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(...) ”.

⁸ Expediente digital, archivo 01 páginas 154 a 165.

⁹ Ibidem páginas 32 y 32.

¹⁰ Expediente digital, archivo 12.

por lo que no se encontraba inmerso en la excepción prevista en la mencionada sentencia C-789 de 2002 para poder 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 parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al RPMPD la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de este régimen al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso acaeció el **29 de junio de 1994** con fecha de efectividad a partir del **01 de julio del año 1994**¹¹ por afiliación que hiciera el señor HENRY PAREJA CASTAÑO a la AFP 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 S.A., 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 que 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 le reportaría, pues 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 especialidad ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES

PERIODO DE INFORME: Enero 1967 octubre/2023

ACTUALIZADO A: 17 octubre 2023

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:

Cédula de Ciudadanía

Número de Documento:

17328742

Nombre:

HENRY PAREJA CASTAÑO

Dirección:

CL 44 55 88

Estado Afiliación:

Traslado

Fecha de Nacimiento:

18/10/1964

Fecha Afiliación:

12/08/1986

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
1008210401	INOCREDITO	12/08/1986	16/08/1986	\$17.790	5,14	0,00	0,00	5,14
1006300028	REASEGURADORA S A	11/06/1991	30/05/1994	\$402.412	155,00	0,00	0,00	155,00
10016300003	COMPANIA COL DE SEGU	17/02/1994	30/06/1994	\$361.000	19,14	0,00	14,71	4,43
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS								164,87
[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RESUMIDAS EN EL CAMPO 10 - [10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS								6,88

¹¹ Expediente digital, archivo 08, página 74.

8

necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben sin lugar a duda alguna las consecuencias de una decisión de tal envergadura.

Frente al tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 12136 radicación No. 46.292 de 2014¹², 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»* (SL 1688 de 2019)¹³.

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 este 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 extunc¹⁴ en los términos del artículo 1.746 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 ya citada Corte en sentencia SL 2877 de 2020¹⁵ lo siguiente:

«(...) 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:

¹² M.P. Doctora ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

¹³ M.P. Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

¹⁴ Al tema puede consultarse la sentencia SL 2877 de 2020 y SL 4875 de 2020.

¹⁵ M.P. Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

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».

De igual manera esta alta Corporación en sentencia SL 1948 de 2021¹⁶ 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

¹⁶ Ibidem.

ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC 3201-2018).]

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 SL 1688-2019, reiterada en CSJ SL 3464-2019, y especialmente la CSJ SL 4360-2019)».

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 nuestro órgano de cierre 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 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 cada uno de los regímenes 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 a la AFP COLFONDOS S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia expuesto entre otras en las sentencias con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011¹⁷, radicación No. 31989 del 9 de septiembre de

¹⁷ “(...) 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 ineluctable 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.

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, 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

“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.

(...) 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 que el juicio valorativo respecto al cumplimiento del deber de información no se agota con la sola firma del formulario de afiliación, por consiguiente 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.

Siendo oportuno destacar que de las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el accionante¹⁸ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que la asesora de la AFP COLFONDOS S.A. le informó que el ISS prontamente iba a ser liquidado y la opción que tenían era pasarse a un fondo privado, que era más benéfico y, por ello tomó la decisión de firmar el formulario. 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.

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

¹⁸ Audiencia celebrada el día 28 de febrero de 2024, archivo 17 (audio) del expediente digital récord: 10:40 a .

calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada.

Aquí también debe resaltar esta Sala que 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 SL 1688 2019 reiterada en la SL 3708 2021 y SL 3199 2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

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

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

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

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

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

...

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

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

servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1994 cuando se produjo el traslado del aquí demandante a la AFP COLFONDOS 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 AFP COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (29 de junio de 1994), el deber de información para con el promotor del juicio en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y, en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014 ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Y en ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente y en consecuencia el traslado por parte de la AFP PORVENIR S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el demandante del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, de los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados, como también la activación de su afiliación por parte de Colpensiones en el régimen de prima media con prestación definida, se encuentra ajustado a derecho de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

De igual manera se encuentra ajustado a derecho la condena impuesta a la AFP COLFONDOS S.A. de transferir a COLPENSIONES los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, por el periodo que estuvo vinculado el demandante a dicha administradora, todos estos debidamente indexados.

No obstante, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en que se conoce el presente proceso en favor de COLPENSIONES, se adicionará el ordinal tercero del fallo de primer grado, en cuanto a la devolución indicada, pues la AFP COLFONDOS S.A. deberá devolver a COLPENSIONES además de lo ordenado por el *a quo* los **rendimientos** por el tiempo en que el demandante estuvo aparentemente afiliado a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

Igualmente se dispondrá que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus

respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Ahora, en relación con los argumentos de apelación de las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. relacionados con la devolución de rendimientos, comisiones, gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima todo ello con cargo a sus propias utilidades¹⁹, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos conceptos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración, rendimientos y seguros previsionales. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

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

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

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

¹⁹ Conforme lo señala la SL 2209-2021 y SL 2207-2021.

Igualmente, en la sentencia SL 1421-2019, Radicación Nro. 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

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

Con relación al pago debidamente indexado recurrido por la AFP PORVENIR S.A., 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 SL 359 de 2021, reiterada en la SL 859 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.” (Negritas 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 Nro. 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

“7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

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

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

En relación con los puntos objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, lo primero sea indicar que aunque esta entidad no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente a la demandante como su afiliada.

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

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera punto de inconformidad alegado por Colpensiones, la máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *“el principio de sostenibilidad*

fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.” (Sentencia SL 2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

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

En relación a la excepción de prescripción²⁰ propuesta por COLPENSIONES, entidad a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Al epílogo conviene agregar una glosa a la temática en estudio, a raíz del comunicado de prensa número 13 del 12 de abril del 2024 expedido por la Corte Constitucional en referencia a la SU-107 del 2024 en punto a estimar que no tiene fuerza vinculante conforme lo asienta la propia Corte Constitucional en Auto No. 201 del 2013 así:

“(…) 7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole²¹. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional²², en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de

²⁰ Expediente digital, archivo 09, página 32. Se tuvo por contestada la demanda mediante auto de fecha 22 de enero de 2024 - archivo 10 del expediente digital

²¹ Ver, al respecto, el auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

²² Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992, posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”²³ y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”²⁴.

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”²⁵. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”²⁶.

Del mismo modo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A del 4 de febrero del 2016 Radicación número 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) se indicó:

“Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación... el presidente del máximo tribunal constitucional expide los comunicados de prensa con el fin de poner en conocimiento de la comunidad las decisiones adoptadas y con ello de los cambios que implican en el ordenamiento jurídico. No obstante, al no ser la sentencia misma la que se publica no produce efectos jurídicos... se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni rempazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991... si bien es cierto a través del citado comunicado se informó sobre la Sentencia de Unificación SU-556 del 14 de julio del 2014, también lo es que, como quedó antes expuesto, dicha publicación no produce efecto vinculante ni jurídico alguno, pues no reemplaza la notificación... De esta forma, al Tribunal no podía exigírsele la aplicación de una sentencia que no producía efectos para el momento en que de adoptó la decisión que ahora se debate... En ese orden, no se advierte el desconocimiento del precedente judicial alegado”

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 el punto anteriormente expuesto y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

²³ Acerca de la facultad de la Corte Constitucional para regular lo referente a las condiciones de publicidad de sus sentencias es útil la consulta de los Autos 152 B de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y 028 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

²⁴ Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 12 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁵ “Que en las condiciones anotadas, es claro que existe una evidente diferencia entre el comunicado que busca satisfacer, con prontitud, el interés de la opinión pública de obtener información y la sentencia “documentada y firmada” que, además, “da cuenta de su contenido así como del número y nombre de los magistrados que la adoptaron, por haber sido quienes intervinieron en la deliberación y decisión respectiva”. Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

²⁶ Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** del fallo de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la **AFP COLFONDOS S.A.** a retornar además de lo señalado por el Juez de primer grado, **los rendimientos** con cargo a sus propias utilidades, conforme a lo considerado.

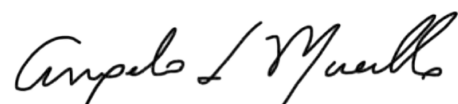
SEGUNDO: DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado de 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 NANCY CHAPARRO SÁNCHEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 47 2023 00125 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de abril 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 COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez 47 Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 12 de marzo del 2024 (*Exp. Digital: audio archivo 18, récord: 1:00:15*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la señora NANCY CHAPARRO SANCHEZ, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad Administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., efectuado el 30 de mayo de 1996 con fecha de efectividad el 1º de julio de 1996, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la señora NANCY CHAPARRO SANCHEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de Administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES reactivar la afiliación de la señora NANCY CHAPARRO SANCHEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir los valores provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR a las demandadas, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., al pago de las costas del presente proceso, dentro de las que deberá incluirse una suma equivalente a 1 SMLMV por concepto de agencias en derecho, a cargo de cada una de las demandadas.

SEXTO: En caso de no apelarse la presente sentencia envíese al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta. ”.

Inconforme con la decisión, la enjuiciada COLPENSIONES (Exp. Digital: audio archivo 18, récord: 1:02:1¹²) la apeló señalando que se debe tener presente el tema de la inversión de la carga de la prueba pues esta no puede recaer únicamente en cabeza de la AFP codemandada en atención a que la demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender que era lo que estaba firmando, de igual manera tampoco se puede considerar a la demandante como la parte débil en este proceso, por cuanto tiene las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera.

Afirma todas y cada una de las actuaciones llevadas a cabo por su representada, se encuentran permeadas de buena fe y la negativa de recibir nuevamente a la aquí demandante se basa única y exclusivamente en razón el cumplimiento del

¹ COLPENSIONES

Muchas gracias su señoría, por directriz expresa de la entidad que represento me permito presentar recurso de apelación contra la decisión proferida por este Despacho, solicitándoles a los honorables magistrados respetuosamente revocar la sentencia que se acaba de proferir aduciendo pues entonces que es importante tener presente el tema de la inversión de la carga de la prueba pues esta no puede recaer únicamente en cabeza de la AFP codemandada en atención a que la demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender que era lo que estaba firmando, de igual manera tampoco se puede considerar a la demandante como la parte débil en este proceso, por cuanto tiene las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera.

Se debe dejar claro que todas y cada una de las actuaciones llevadas a cabo por mi representada, se encuentran permeadas de buena fe y la negativa de recibir nuevamente al aquí demandante se basa única y exclusivamente en razón el cumplimiento del deber legal del literal e del artículo 13 de la ley 100 del 93 modificado por el artículo segundo de la ley 797 de 2003, lo anterior teniendo en cuenta que mi representada como entidad del Estado no puede reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad, puesto que la constitución política en su artículo 346 así lo señalan. Es por ello que la declaratoria de ineficacia traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y conecta el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, pues la demandante ya cumple con los requisitos para pensionarse y entraría a beneficiarse por los aportes que los demás afiliados han realizado, y además permite que aquellos que por buscar otros beneficios que ofrece el RAIS como lo hizo la demandante al momento de darse cuenta que no puede acceder a dichos beneficios, se vean beneficiados con los rendimientos que han obtenido los afiliados del régimen de prima media que permanecieron en el régimen.

Finalmente, lo que se emite al pago de las costas solicito a los honorables magistrados revocar las mismas, por cuanto mi representada no adeuda suma alguna de dinero a la demandante, igualmente no se evidencia en el actuar de mi representada pues la negativa de recibir a la demandante Colpensiones se ajustó a las prohibiciones legales. De esta manera, dejo sustentado mi recurso de apelación, solicitando respetuosamente a los honorables magistrados revocar la sentencia que se acaba de proferir y en su lugar absuelva a mi representada. Muchas gracias señor.

deber legal del literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo segundo de la ley 797 de 2003, lo anterior teniendo en cuenta que como entidad del Estado no puede reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad.

Precisa la declaratoria de ineficacia traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, pues la demandante ya cumple con los requisitos para pensionarse y entraría a beneficiarse por los aportes que los demás afiliados han realizado, y además permite que aquellos que por buscar otros beneficios que ofrece el RAIS como lo hizo la demandante al momento de darse cuenta que no puede acceder a dichos beneficios, se vean beneficiados con los rendimientos que han obtenido los afiliados del régimen de prima media que permanecieron en el régimen.

Finalmente, frente al pago de las costas solicita a los honorables magistrados revocar las mismas, por cuanto su representada no adeuda suma alguna de dinero a la demandante, igualmente no se evidencia en el actuar la negativa de recibir a la demandante pues Colpensiones se ajustó a las prohibiciones legales.

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 y 3, del archivo 01 expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 3 a 5 ibídem), aspirando se declare la ineficacia del traslado al RAIS, en consecuencia se condene a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes a COLPENSIONES, a que esta entidad acepte dichos aportes y la registre como afiliada sin solución de continuidad, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado ante Porvenir, ordenando trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –**

COLPENSIONES todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la señora NANCY CHAPARRO SANCHEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de Administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, así mismo ordenó a Colpensiones a recibir dichos valores. **Lo anterior tras considerar**, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante donde se registra como fecha de nacimiento el 12 de junio de 1966 (*Archivo 05 expediente digital pág. 5*), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR y COLPENSIONES el 27 de abril del 2023 (*Páginas 49 a 51 y 53 a 58 archivo 01 del 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 -1° de abril de 1994-, pues para esa data, según

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

las probanzas incorporadas a los autos, apenas había cotizado **43.85³** semanas (*Historia Laboral expedida por Colpensiones pág. 210, archivo 13 expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **30 de mayo de 1996** con fecha de efectividad a partir del **1° de julio de 1996** (*Páginas 101 y 102 Archivo 10 del 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.

3



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES

PERIODO DE INFORME: Enero 1967 agosto/2023

ACTUALIZADO A: 01 agosto 2023

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento: Cédula de Ciudadanía

Número de Documento: 39562896

Nombre: NANCY CHAPARRO SANCHEZ

Dirección: CL 73 10 83 P 3

Estado Afiliación: Asignado al RAI por Decreto 3995/2008

Fecha de Nacimiento: 12/06/1966

Fecha Afiliación: 11/12/1991

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
1006200748	COR DE AHOR Y VIV CO	11/12/1991	26/01/1992	\$70.260	6,71	0,00	0,00	6,71
1002409493	FRANCISCO A ROCHA AL	12/05/1992	22/12/1992	\$70.260	32,14	0,00	0,00	32,14
1006201129	ECHEVERRI HOLGUIN AN	22/02/1994	01/05/1994	\$98.700	9,86	0,00	0,00	9,86

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 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 del actor 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, raditaciones 31989 y 31314, dijo:

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

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

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

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad

de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio

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

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

(…)

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

(…).

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

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

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.

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 el asesor le dijo el ISS se iba acabar, se podía pensionar a una edad menor y con una mayor mesada, por lo cual el accedió a firmar el formulario. 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 PORVENIR antes HORIZONTE 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 al 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 HORIZONTE hoy PORVENIR (*Página 101, 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 esa AFP demandada

⁶ Audiencia 28 de noviembre de 2023, récord 21:52

(sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR antes HORIZONTE, omitió en el momento del traslado de régimen (30 de mayo de 1996, efectivo el 1° de julio de 1996), 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 PORVENIR S.A. (como actual administradora a la que se encuentra afiliada la demandante), 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 de devolver a COLPENSIONES, los gastos de administración, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia⁷ y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a sus propias utilidades⁸, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, por virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

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

«(...)

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor**, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que*

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

*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 **PORVENIR S.A.** conforme a lo ordenado por el Juez a quo deberá **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 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» (Negritas 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.

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 de la demandante.

Sobre este aspecto y para resolver la apelación de Colpensiones, la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan «*el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas*» (Sentencia CSJ SL2877-2020).

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁹, a favor de quien se surte la consulta (página 27, *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.

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

Al epílogo conviene agregar una glosa a la temática en estudio, a raíz del comunicado de prensa número 13 del 12 de abril del 2024 expedido por la Corte Constitucional en referencia a la SU-107 del 2024 en punto a estimar que no tiene fuerza vinculante conforme lo asienta la propia Corte Constitucional en Auto No. 201 del 2013 así:

“...7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole¹⁰. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

⁹ Se estudia la excepción solo a favor de COLPENSIONES en virtud de la consulta, por haber sido oportunamente propuesta al contestar la demanda, la cual se tuvo por contestada mediante auto del 27 de octubre de 2023 (*Archivo 14 expediente digital*).

¹⁰ Ver, al respecto, el auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional¹¹, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”¹² y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”¹³.

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”¹⁴. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”¹⁵.

Del mismo modo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A del 4 de febrero del 2016 Radicación número 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) se indicó:

“Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación... el presidente del máximo tribunal constitucional expide los comunicados de prensa con el fin de poner en conocimiento de la comunidad las decisiones adoptadas y con ello de los cambios que implican en el ordenamiento jurídico. No obstante, al no ser la sentencia misma la que se publica no produce efectos jurídicos... se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni remplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991... si bien es cierto a través del citado comunicado se informó sobre la Sentencia de Unificación SU-556 del 14 de julio del 2014, también lo es que, como quedó antes expuesto, dicha publicación no produce efecto vinculante ni jurídico alguno, pues no reemplaza la notificación... De esta forma, al Tribunal no podía exigírsele la aplicación de una sentencia que no producía efectos para el momento en que de adoptó la decisión que ahora se debate... En ese orden, no se advierte el desconocimiento del precedente judicial alegado”

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,

¹¹ Adoptado por el Acuerdo 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos 03 y 04 de 1992 y recodificado mediante Acuerdo 05 de 1992, posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007, 02 de 2007 y 01 de 2008.

¹² Acerca de la facultad de la Corte Constitucional para regular lo referente a las condiciones de publicidad de sus sentencias es útil la consulta de los Autos 152 B de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y 028 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

¹³ Cfr. Corte Constitucional, Auto No. 12 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴ “Que en las condiciones anotadas, es claro que existe una evidente diferencia entre el comunicado que busca satisfacer, con prontitud, el interés de la opinión pública de obtener información y la sentencia “documentada y firmada” que, además, “da cuenta de su contenido así como del número y nombre de los magistrados que la adoptaron, por haber sido quienes intervinieron en la deliberación y decisión respectiva”. Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

¹⁵ Auto 283 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

conforme las motivaciones que preceden, se adicionará la sentencia en el punto anteriormente expuesto y se confirmará la decisión de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

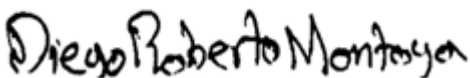
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A., a retornar todo lo ordenado por el Juez de primer grado debidamente **indexado**, conforme a lo considerado.

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 47 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 MILLÁN


ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO