

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARMEN LIGIA SALAMANCA
SASTOQUE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES (RAD. 05 2020 00069 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva al abogado JOHN FERNEY PATIÑO HERNÁNDEZ como apoderado sustituto de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por DANNIA VANESSA YUSSELFY NAVARRO ROSAS, en su calidad de representante legal de la firma NAVARRO ROSAS ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S. (fl. 6).

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (Folios 14 a 16), y por la demandada COLPENSIONES (Folio 4 a 6), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicha entidad, contra la sentencia proferida por el Juez 5 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de agosto de 2021 (*Audiencia Virtual Art. 80 del C.P.T., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, archivo “audiencia art 77 y 80”*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, a reliquidar la pensión de vejez de la señora CARMEN LIGIA SALAMANCA SASTOQUE en la suma de \$1’725.991 pesos a partir del 12 de octubre de 2018 junto con los reajustes legales y mesadas adicionales.

SEGUNDO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar de la liquidación ordenada los conceptos, lo pagado por pensión de vejez y los aportes al sistema de seguridad social en salud sobre cada diferencia.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar en favor de la demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 sobre las diferencias reconocidas y a partir del 14 de septiembre de 2019 y hasta el pago efectivo de la reliquidación.

CUARTO: COSTAS a cargo de COLPENSIONES. Inclúyase como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

QUINTO: En caso de que este fallo no fuere apelado consúltese con el superior en favor de COLPENSIONES.”

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación. Pidió se absuelva a su representada de los intereses moratorios, teniendo en cuenta la postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, relativa a que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no proceden en tratándose de ajustes o reliquidaciones pensionales y tampoco proceden simultáneamente la indexación y los intereses moratorios. En este sentido explicó, la entidad no se ha sustraído del pago de la prestación pensional. En el evento que se mantenga la condena por este concepto, solicitó se ordene su pago a partir del tercer mes de la radicación de la solicitud de reliquidación.

En cuanto a la condena en costas, señalo, Colpensiones actuó de buena fe y resolvió sobre la reliquidación pensional de acuerdo a la normatividad aplicable, por lo que solicita se absuelva a su representada de este concepto.¹

¹ **Apoderada COLPENSIONES (19:28):** Si su señoría me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el despacho para que el Tribunal Superior de Bogotá la estudie teniendo en cuenta lo siguientes argumentos:

En primer lugar, me refiero solamente el recurso de apelación va en contra solamente del punto número, número tercero y cuarto de la sentencia, esto es en cuanto a intereses moratorios y las costas procesales, en ese sentido solicito al Tribunal Superior se absuelva a mi representada ellos intereses moratorios, que el juzgador de instancia condeno a mi representada, teniendo en cuenta lo manifestado en la sentencia SL15483 del 2015 radicación 44586 del 11 de noviembre de 2015 magistrado Ponente Gustavo Hernando López en cuanto a los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, que se dice que solo procede para los casos en los cuales la prestación fue reconocida en sujeción integral a la ley de seguridad social. Así mismo, se indica en esta sentencia que no será pues tampoco tenido en cuanto ajustes e incrementos pensionales, del mismo modo si bien el juzgador de instancia manifestó que ya este concepto ya había sido cambiado dicho concepto, pues también debe tenerse en cuenta lo estipulado en sentencia de la Corte Suprema en radicado 42477 del 22 de agosto del 2012 magistrado ponente Elsy del Pilar Cuellar Calderón, que indica que no se debe imponer simultáneamente la indexación e intereses moratorios. Así mismo, en sentencia SL44338 del 2019, T586 2012, y sentencia C601 del 2000, han sido clara en indicar que no hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios cuando se solicita reliquidación pensional, toda vez que los mismos tienen la misma finalidad y es que sean pagadas cuando existe mora en el pago oportuno en las mesadas pensionales, por ende, no proceden los mimos y pues mi representada no se ha sustraído del pago de la prestación, por el contrario reconoció la prestación en su momento con la totalidad de las semanas que tenía la demandante en ese entonces. Así mismo, se debe tener en cuenta entre otras sentencias la SL1479 del 2018 en donde se rememoró la

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la actora en este proceso, las pretensiones relacionadas en la demanda², las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos enumerados en el acápite respectivo³, solicitando se condene a COLPENSIONES a reliquidar su pensión, tomando como base los últimos 10 años de cotización, incluyendo los aportes pagados en forma retroactiva por su empleador ABOOD SHAIQ, conforme lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, al pago de las diferencias que resulten entre la mesada reliquidada y la mesada pagada; a indexar las sumas que se le reconozcan por este concepto, al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo ultra y extra petita y las cotas del proceso.

Como fundamento de sus solicitudes refirió, estuvo vinculada laboralmente a la Fundación Abood Shaio en el cargo de auxiliar de enfermería entre el 1° de julio de 1982 y el 17 de mayo de 2007, cuando fue desvinculada en forma unilateral por su empleador; con tal motivo promovió un proceso ordinario laboral en contra de su empleador, con el fin de obtener el reintegro al un cargo de igual o mejor categoría y el pago de los salarios y prestaciones. De este proceso conoció el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá; mediante resolución GNR 022754 de 4 de marzo de 2013, Colpensiones le reconoció pensión de vejez a partir del 1° de marzo de 2013 en cuantía inicial de \$1.235.016,00 y con base en 1360 semanas de cotización y un IBL de \$1'372.240,00. En sentencia SL 1637-2018, radicación 55985 de 16 de mayo de 2018, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia decidió revocar parcialmente la sentencia emitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar ordenar el reintegro de la aquí demandante al mismo puesto que tenía al momento

sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 685 del 2017 que reiteró la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL11427 dl 2016 y la más reciente sentencia SL44338 del 2019.

Así mismo en caso de que aun se condenen intereses moratorios y sin que se entienda el allanamiento de la presente pretensión, pues solicito al Tribunal Superior acceder a la condena por concepto de intereses moratorios, se entiendan en cuenta que los mismos proceden a partir del 3 mes a partir de la radicación de la reliquidación pensional, conforme a las sentencias T588 del 2003, la sentencia C1024 de 2004 y la SU 065 del 2018.

En cuanto a la condena en costas, teniendo en cuenta que mi representada hizo actuó de buena fe, y también hizo, realizó o negó el reconocimiento de la reliquidación pensional lo hizo conforme a la normatividad que le era aplicable, por lo tanto, no habría lugar a que se condene en costas a mi representada, sabiendo que está actuó conforme a la normatividad, esto es el artículo 24 de la no reafiliación del decreto 758 de 1990. Con esto dejo sentado los argumentos de la apelación.

² Expediente digital. Archivo 001. 11001310500520200006900. pdf. fl.. 110

³ Expediente digital. Archivo 001. 11001310500520200006900. pdf. fl.. 110

de su retiro (17 de mayo de 2007) y al pago de los derechos salariales y prestacionales que le corresponden.

En cumplimiento de la orden judicial, la Fundación ABOOD SHAIO, procedió a efectuar el pago de aportes a pensión a que hubo lugar; el 13 de mayo de 2019, solicitó a Colpensiones la reliquidación de su pensión, solicitud que fue negada por la entidad mediante la resolución SUB 171994 del 2 de julio de 2019, negativa que fue confirmada en sede de reposición.

Obtuvo sentencia favorable a sus aspiraciones por cuanto se condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor la reliquidación de la pensión de vejez, a partir del 12 de octubre de 2018, en cuantía de inicial de \$1'725.991, junto con los reajustes legales y mesadas adicionales y los intereses moratorios sobre las diferencias causadas a partir del 14 de septiembre de 2019 y hasta cuando se haga el pago efectivo de la reliquidación; autorizando a Colpensiones a descontar lo ya pagado a título de pensión de vejez y los aportes a seguridad social en salud.

Lo anterior, tras considerar, que el presente no corresponde a un caso reafiliación de que trata el artículo 24, del Decreto 758 de 1990, sino a una orden judicial y sus consecuencias, como lo es el deber de Colpensiones de tener en cuenta los aportes efectuados por Abood Shaio para el derecho pensional de la demandante. Refirió, los aportes se efectuaron en el año 2019, cuando la demandante ya era pensionada y Colpensiones aceptó su pago. Frente a los intereses moratorios, señaló, la Corte Suprema de Justicia revaluó su postura, señalando, la obligación de las entidades de seguridad social, de pagar las pensiones de forma íntegra, cabal y completa.

Pues bien, de manera preliminar y a fin de resolver el problema jurídico, se tienen como hechos probados, que la demandante ostenta la calidad de pensionada desde el 1° de marzo de 2013, en cuantía inicial de \$1'235.016,00, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición, como se desprende de la resolución GNR 022754 de 04 de marzo de 2013⁴; así mismo se encuentra acreditado, mediante la sentencia SL 1637-2018 radiación 55985 de 16 de mayo de 2018, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, condenó a la sociedad Abood Shaio a reintegrar a la señora Carmen Ligia Salamanca y a pagar a su favor los derechos salariales y prestacionales a que haya lugar⁵. Igualmente se acredita el pago de aportes extemporáneos por parte de la sociedad

⁴ Expediente digital. Archivo 001. 11001310500520200006900. pdf. fl.. 5 a 10

⁵ Expediente digital. Archivo 001. 11001310500520200006900. pdf. fl.. 11 a47

empleadora a partir del ciclo de mayo de 2007, que constan en las planillas de pago⁶, así como en el reporte de semanas cotizadas, aportado con la contestación de la demanda⁷.

Ahora bien, mediante resolución SUB 171994 de 2 de julio de 2019, Colpensiones negó la solicitud de reliquidación pensional, por considerar, las semanas cotizadas con posterioridad al reconocimiento de la pensión no pueden ser tenidas en cuenta para futuras reliquidaciones, de conformidad con el artículo 24 del Decreto 758 de 1990, que establece, las personas a las que se les haya reconocido una prestación no podrán vincularse nuevamente al ISS para cotizar al Sistema General de Pensiones⁸.

Conforme la resolución SUB 171994 de 2 de julio de 2019, a la demandante le fue calculado el ingreso base de liquidación con el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años, como lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y con una tasa de reemplazo del 90% conforme dispone el artículo 20 del Decreto 758 de 1990.

Ahora bien, como lo señaló el juez a quo, no es cierto que las cotizaciones efectuadas por Abood Shaio con posterioridad al reconocimiento de la pensión a la demandante, correspondan a una reafiliación y por ello no puedan ser tenidas en cuenta, en los términos del artículo 24 del Decreto 758 de 1990, pues como ya se aclaró, dichas cotizaciones fueron efectuadas por la citada sociedad, en cumplimiento de una sentencia judicial que así lo dispuso y que en todo caso, corresponden a periodos anteriores al reconocimiento de la pensión a la demandante.

En ese orden, como quiera que los fallos judiciales son de obligatorio cumplimiento, no solo correspondía su acatamiento al empleador de la actora, como en efecto lo hizo, sino además a Colpensiones corresponde también correr con la consecuencia de la decisión judicial, que para este caso consiste en tener en cuenta las cotizaciones efectuadas, a efecto de reliquidar la mesada pensional a la demandante.

En este sentido, como quiera que la prestación pensional de la demandante como ya se dijo se otorgó en virtud del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición y que para la liquidación del IBL se tuvo en cuenta los 10 últimos años de cotización, situaciones

⁶ Expediente digital. Archivo 001. 11001310500520200006900. pdf. fl.. 49 a 60

⁷ Expediente digital. Archivo 001. 11001310500520200006900. pdf. fl.. 160 a 177

⁸ Expediente digital. Archivo 001. 11001310500520200006900. pdf. fl.. 620 a 71

que no son objeto de reproche por ninguna de las partes, y en atención a que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de decisión procedió a efectuar 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, donde encontró acreditada como primera mesada pensional, la suma de \$1'714.349,78, a partir de la cual se calculó la diferencia pensional entre la mesada que ha venido pagando Colpensiones y la que realmente le corresponde, desde el 12 de octubre de 2018 y hasta la fecha de esta sentencia, que asciende a la suma de \$8'353.686,57. Teniendo en cuenta lo anterior, se modificará la sentencia recurrida en cuanto al valor de la primera mesada y la cuantificación de la diferencia pensional⁹.

9

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2008	79	64,820	96,92	1,495	\$ 1.485.175,00	\$ 2.220.659,69	\$ 5.847.737,18
2009	360	69,800	96,92	1,389	\$ 1.704.069,67	\$ 2.366.166,65	\$ 28.393.999,79
2010	360	71,200	96,92	1,361	\$ 1.735.686,00	\$ 2.362.678,19	\$ 28.352.138,28
2011	360	73,450	96,92	1,320	\$ 1.724.230,08	\$ 2.275.185,56	\$ 27.302.226,77
2012	360	76,190	96,92	1,272	\$ 1.922.669,92	\$ 2.445.795,62	\$ 29.349.547,45
2013	360	78,050	96,92	1,242	\$ 1.447.557,67	\$ 1.797.530,93	\$ 21.570.371,15
2014	360	79,560	96,92	1,218	\$ 1.255.790,00	\$ 1.529.803,50	\$ 18.357.642,05
2015	360	82,470	96,92	1,175	\$ 1.301.752,00	\$ 1.529.838,78	\$ 18.358.065,31
2016	360	88,050	96,92	1,101	\$ 1.389.881,00	\$ 1.529.895,13	\$ 18.358.741,60
2017	360	93,110	96,92	1,041	\$ 1.469.799,00	\$ 1.529.942,21	\$ 18.359.306,51
2018	281	96,920	96,92	1,000	\$ 1.529.914,00	\$ 1.529.914,00	\$ 14.330.194,47
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2018	\$ 228.579.970,55
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.904.833,09
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					90%
		Primera mesada					\$ 1.714.349,78
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2018					\$ 781.242,00

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 0,00	\$ 1.235.016,00		0,00	\$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 0,00	\$ 1.258.975,31		0,00	\$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 0,00	\$ 1.305.053,81		0,00	\$ 0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 0,00	\$ 1.393.405,95		0,00	\$ 0,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 0,00	\$ 1.473.526,79		0,00	\$ 0,0
12/10/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.714.350,00	\$ 1.533.794,04	\$ 180.555,96	3,63	\$ 656.020,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.768.866,00	\$ 1.582.568,69	\$ 186.297,31	13,00	\$ 2.421.865,1
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.836.083,00	\$ 1.642.706,30	\$ 193.376,70	13,00	\$ 2.513.897,1
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.865.644,00	\$ 1.669.153,87	\$ 196.490,13	13,00	\$ 2.554.371,7
01/01/22	31/01/22	5,62%	\$ 1.970.493,00	\$ 1.762.960,32	\$ 207.532,68	1,00	\$ 207.532,7
Total retroactivo							\$ 8.353.686,57

Tabla Liquidación	
Retroactivo diferencia pensional	\$ 8.353.686,57
Total	\$ 8.353.686,57

En otra arista, solicitó la recurrente se absuelva a su representada del pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que se trata de una reliquidación pensional. En este sentido recuerda la Sala, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tenía sentada la improcedencia de los intereses de mora en tratándose de reliquidación o ajustes a la mesada pensional.

Sin embargo, en la sentencia SL 3130 de 2020 modifica su postura, estableciendo su procedencia frente a las reliquidaciones pensionales, así:

*“Como conclusión, la Corte encuentra suficientes razones para modificar su jurisprudencia hasta ahora vigente, y sostener que la correcta interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 permite inferir que **los intereses moratorios allí consagrados proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por la falta de pago de alguno de sus saldos o ante reajustes ordenados judicialmente** (Negrilla fuera del texto original)”.*

Una vez determinado el cambio jurisprudencial, la Corte precisó que el pago de los intereses de mora en materia pensional se realiza a título indemnizatorio y no a partir de la conducta asumida por la entidad; así mismo estableció, los intereses solo proceden respecto a la suma objeto de reliquidación. Así lo señaló la Corporación:

“En primer lugar, que permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe. Ello con la salvedad de algunos casos en los que, según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas.

En segundo lugar, que los intereses moratorios sobre saldos o reajustes de la pensión deben liquidarse respecto de las sumas debidas y no pagadas, pero no teniendo como referente la totalidad de la mesada pensional. En este punto es claro el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en cuanto dispone que la respectiva entidad debe pagar «la obligación a su cargo», que en este caso es el saldo debido, y «sobre el importe de ella», ese decir ese saldo, «la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento que se efectúe el pago».

Con base en el citado cambio jurisprudencial, la Sala acompaña la decisión condenatoria impartida por el juez de conocimiento en relación con la procedencia de los intereses

moratorios sobre las diferencias resultantes entre las mesadas que realmente le corresponden a la demandante, anotando igualmente, que habiéndose presentado la solicitud de reliquidación pensional el 13 de mayo de 2019, como consta en la resolución SUB 171994, la demandada contaba con el término de cuatro meses para proceder a la reliquidación pensional, razón por la que, como lo señaló el a quo, dichos intereses deberán ser pagados por la demandada a partir del 14 de septiembre de 2019.

Ahora bien, aunque la apoderada de Colpensiones en su apelación, hizo referencia a que no es posible imponer simultáneamente condena por concepto de indexación y de intereses moratorios, lo cierto es que en la sentencia de primer grado no se impuso ninguna condena a título de indexación y en consecuencia, no hay lugar a que la Sala se pronuncie en este sentido.

Frente a la excepción de prescripción formulada por la demandada Colpensiones, se verifica su no configuración, como quiera que la decisión negativa de Colpensiones fue emitida mediante la resolución SUB 171994 de 2 de julio de 2019 y la demanda fue presentada el 3 de febrero de 2020, como consta en el acta de reparto¹⁰, es decir, sin que se hubiera cumplido el plazo extintivo, previsto en los artículos 488 CST y 151 CPTSS.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, téngase en cuenta 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 artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a esa entidad, lo atinente a derecho es que sea condenada en costas, como así se hizo, debiendo confirmarse la providencia impugnada en este punto.

Agotada la competencia de la Sala, se confirmará la sentencia de primer grado, conforme lo analizado en precedencia.

SIN COSTAS en esta instancia.

¹⁰ Expediente digital. Archivo 001. 11001310500520200006900. pdf. fl.. 120

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el a quo, en el sentido de ordenar la reliquidación de la pensión de vejez de la señora CARMEN LIGIA SALAMANCA SASTOQUE en la suma de \$1'714.349,78, a partir del 12 de octubre de 2018 y determinar como valor de la diferencia pensional a la fecha de esta providencia, la suma de \$8'353.686,57.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado en todo lo demás, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

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

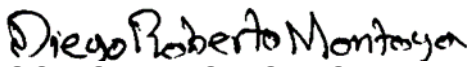
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JUAN MANUEL
JAIME JEJEN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
– COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 07 2019 00250 01)**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada SANDRA PATRICIA VARGAS BOADA como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S (folio 4).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte de COLPENSIONES (folios 8 y 9), PORVENIR (folios 11 a 13) y, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, 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 el Juez Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 29 de julio de 2021 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, (exp. Virtual archivo 10. Audiencia art. 80 mp4)*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor demandante JUAN MANUEL JAIME JEJEN

con la AFP PORVENIR, el 29 de diciembre de 1998 en formulario N°01123489, siendo efectivo el 01 de febrero de 1999.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR, a trasladar la totalidad de los valores depósitos en la cuenta de ahorro individual del aquí tutelar el demandante, dineros que deben incluir 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 ORDENA a PORVENIR, a devolver a COLPENSIONES todos los descuentos de los aportes pensionales del demandante, tales como gastos de administración, comisiones o cualquier otro emolumento dinerario descontado de dichos aportes, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actualización monetaria.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como su afiliado dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al señor demandante desde su afiliación inicial al Instituto de Seguros Sociales.

QUINTO: Dadas las resultas del proceso **SE DECLARAN** no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR.

SEXTO: La **CONDENA** en costas será contra PORVENIR. Las agencias en derecho se tasan a favor del demandante en 2 SMMLV, al momento del pago, no hay lugar a condena en costas contra COLPENSIONES.

SÉPTIMO: ORDENESE la consulta de esta sentencia ante el Superior a favor de COLPENSIONES, como entidad garantizada por la Nación y a fin el superior revise la legalidad de lo decidido.”

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas la apelaron.

Así, en primer lugar, COLPENSIONES señala, no existe prueba en el expediente, que al demandante se le hubiera hecho incurrir en un error o que exista fuerza o dolo; no existe constancia de alguna inconformidad por parte del demandante; contrariamente las documentales fueron suscritas por el actor de forma libre y voluntaria. Estima, en el presente caso no procede el traslado de régimen de conformidad con el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que establece su imposibilidad cuando al afiliado le faltaran 10 años o menos para completar la edad de pensión¹. (exp. Virtual archivo 10. Audiencia art. 80 mp4, acta exp. Virtual archivo 11).

¹ **Apoderada COLPENSIONES (1:02:02):** Su señoría con todo respeto y interpongo recurso de apelación contra el fallo proferido por su despacho y teniendo en cuenta que, aló me escucha doc (sic), ok que bueno.

A su turno, PORVENIR S.A. fundamenta su recurso de apelación en que a la entidad se le exige demostrar requisitos legales que surgieron con posterioridad al traslado del demandante. Recaba en la dificultad probatoria que aqueja a las AFP en este tipo de procesos, como quiera que para el año 1999 no existía disposición legal que obligara a acreditar el suministro de información verbal por parte de los asesores de la administradora.

Señaló, debe hacerse mención a los actos de relacionamiento que tuvo el demandante con la AFP PORVENIR S.A. y que dejan entrever que el actor tenía conocimiento de las principales características del RAIS; dice, obra prueba documental relativa a que se le pidió al empleador del aquí demandante se le notificara sobre la imposibilidad de retornar al régimen de prima media, tras contar con 10 años o menos para pensionarse. Estima, fueron más de 21 años de actitud pasiva por parte del demandante respecto al cambio de régimen, lo que evidencia su voluntad de permanecer en el RAIS. Afirma, al demandante le asiste, como consumidor financiero, la carga de informarse sobre las condiciones que le son más favorables.

Finalmente solicita, en caso que se confirme la decisión de primer grado, se revoquen las condenas por gastos de administración y pago de seguros previsionales, que corresponden a descuentos legales establecidos en la ley 100 de 1993; los primeros tienen como finalidad asumir la correcta administración de los recursos aportados por el afiliado y los segundos ya están en poder de la

Interpongo recurso de apelación contra el fallo proferido por su despacho teniendo en cuenta que dentro del expediente no había prueba alguna de que efectivamente el demandante se lo hubiese hecho incurrir en un error, falta del deber de información por parte de la AFP o de que está en presencia de algún vicio del consentimiento, error, fuerza o dolor.

Asimismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permite inferir que con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario se observa que la que las documentales que se encuentran sus, se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre constreñimiento o presiones indebidas.

Igualmente en el, en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU062 del 2010 no procede al traslado del régimen pensional, de conformidad con el artículo segundo de la ley 797 2003, el cual modificó el literal e del artículo 13 de la ley 100 del 93, el cual reza que después de un año de vigencia, la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Por lo que solicitó ante el honorable Tribunal sala laboral se revoca el fallo en su totalidad y en consecuencia se absuelve a mi representada la pretensiones de la demanda, muchas gracias señor juez.

aseguradora que prestó la cobertura, por lo que resulta imposible devolver estos conceptos. Considera, el juez a quo desconoce el decreto 3995 de 2008 artículo 7° que se aplica cuando se hace el traslado de recursos². (exp. Virtual archivo 10. Audiencia art. 80 mp4, acta exp. Virtual archivo 11).

² **Apoderado PORVENIR (1:03:46):** Gracias su señoría dentro de la oportunidad procesal correspondiente me permito presentar recurso de apelación en contra la sentencia proferida por este despacho, motivo por el cual a partir de este momento me dirigiré al Honorable Tribunal superior de Bogotá sala laboral.

En primera medida Honorables magistrados deben hacerse mención de la clara y evidente vulneración al principio de legalidad que rige nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto se hace la exigencia de requisitos legales que surgieron con posterioridad al momento de la ejecución del acto, es el año de 1999. En este sentido Honorables Magistrados, también debe hacerse una especial mención a la dificultad probatoria en la que se encuentran las AFP en este tipo de procesos, como quiera que no existía para el año de 1999 ninguna obligación ni legal ni jurisprudencial que obligará a las AFP a conservar un soporte documental diferente al formulario de afiliación, el cual el efecto sea aportó a este proceso, porque pues difiere del suscrito de lo manifestado por el despacho, en cuanto pretende que a través de una prueba documental o de cualquier otra índole les permita acreditar el suministro de información verbal por parte de los asesores comerciales de PORVENIR SA.

En este sentido la de magistrados también debe hacerse mención de los actos de relacionamiento que tuvo el demandante con la AFP PORVENIR S.A, como quiera que obra en el expediente diferentes pruebas documentales que así lo acreditan y que permiten entrever que el demandante en efecto tenía conocimiento de las principales características del RAIS, al punto de adelantar todas y cada una de las gestiones para recibir su bono pensional.

Asimismo Honorables magistrados obra prueba documental que acredita que a la empresa, al emperador del demandante se le pidió, se le requirió que notificará este sobre la imposibilidad de retornar al régimen de prima media con prestación definida, como quiera quiero entrar en la imposibilidad de 10 años o menos para obtener su mesada pensional, situación que desconoce mi representada si en efecto se realizó o no por parte de la empleadora del demandante, sin embargo mi representada cumplió con la carga que le asistía de notificarle a este.

Asimismo debe hacerse mención de los más de 21 años de actitud pasiva por parte del demandante, de no acercarse en ningún momento ni a COLPENSIONES ni a PORVENIR a recibir una nueva Re asesoría o a preguntar sobre su realidad pensional, manifestando con esto su clara y evidente voluntad de permanecer en el régimen.

Asimismo debe hacerse una especial mención a las cargas que tiene el demandante como consumidor financiero de informarse sobre cuáles son los requisitos que le son más favorables a este.

Estos argumentos Honorables magistrados encaminados evidentemente a que se revoque la sentencia de primera instancia proferida por el juzgador, sin embargo en caso de que la decisión resulte ser el contrario y se confirme el fallo solicito muy respetuosamente se revoquen los relacionados con los gastos de administración y pago de seguros previsionales, eso cuando vamos en emolumentos pues se encuentran consagrados en la ley 100 del 93, como obligaciones legales y descuentos legales que tiene que hacer la

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (exp. Virtual archivo 01. Ordinario 2019-00250 pdf) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (exp. Virtual archivo 01. Ordinario 2019-00250 pdf), aspirando se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad hacia la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, se ordene a esa AFP devolver a Colpensiones los aportes, rendimientos, bonos pensionales y cualquier concepto que hubiera recibido por la afiliación del demandante como las cuotas de administración; ordenar a COLPENSIONES a recibir al demandante como afiliado haciendo convalidación de los dineros que reciba de PORVENIR S.A.; condenar a las demandadas al pago de los perjuicios morales ocasionados al actor, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

AFP que administra el régimen con solidaridad. Esto por cuanto los gastos de administración se encuentran encaminados claramente a cumplir un único objeto que no es otro que asumir los gastos de la correcta administración de los recursos aportados en la cuenta individual del demandante, para el manejo de las inversiones tendientes a obtener un incremento rentabilidad, situación pues que acata mi representada y motivo por el cual ya no se encuentran en su poder por lo que es jurídica pues sí y materialmente imposible realizar esta devolución.

Asimismo no es viable que se devuelvan lo relacionado con el pago de seguros previsionales eso cuando quiera que este dinero tampoco se encuentra en poder de mi representada sino del aseguradora que prestó de forma efectiva la cobertura, por lo cual resulta imposible retrotraerse en el tiempo para devolver estos pagos, como quiera que ya no se encuentran en poder de mi representada y configurar un derecho consolidado que se perpetúa por el paso del tiempo el favor de demandante.

Asimismo desconoce el suscrito porque el juzgador desconoce el decreto 3995 de 2008 en especial el artículo séptimo, que es la disposición normativa que debe aplicarse en los casos en los que por cualquier circunstancia se hace necesario el traslado de recursos.

Por lo expuesto al magistrado solicitó que en caso de que no sea absuelta y se revoque en su totalidad la sentencia se modifique de forma parcial escribiendo a mi representada el pago de administración y su más seguros previsionales en esos términos presento mi recurso de apelación señorita muchas gracias.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el actor a PORVENIR, disponiendo a esa AFP, como actual administradora a la que se encuentra vinculado, devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante a esa administradora, como el saldo de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus rendimientos, sin que sobre ellos se efectúe descuento alguno por administración u otro concepto, los que deben ser devueltos debidamente indexados, ordenó a COLPENSIONES recibir al demandante como afiliado al régimen de prima media sin solución de continuidad desde su afiliación inicial al ISS y declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía 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 milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 30 de noviembre de 1959 (*exp. Virtual archivo 09. Expediente administrativo pdf folio 12*), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2021,

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”.

procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 5 de diciembre de 2018 (*exp. Virtual archivo 01. Ordinario 2019-00250 pdf folios 51 y ss.*), esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional -tenía 60 años, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994- pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 577 semanas cotizadas al sistema (*exp. Virtual archivo 09. Expediente administrativo pdf folio 1*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **29 de diciembre de 1998** con fecha de efectividad a partir del **1° de febrero de 1999**, (*exp. Virtual archivo 01. Ordinario 2019-00250 pdf folio 131,365 y 369*), por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y certificado de afiliación expedido por la misma administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho

régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

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

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

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

noviembre de 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de

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

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

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

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

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

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

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.

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 a la accionante al momento de realizar el traslado de régimen pensional 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 un asesor lo visitó en su sitio de trabajo, le informó que si no se trasladaba iba a perder los derechos a su pensión; que en el fondo privado iba a recibir muchos beneficios como una mejor mesada pensional y podía pensionarse cuando quisiera. Señaló que Porvenir no le efectuó proyecciones de su prestación.

⁶ Audiencia del 29 de julio 2021, récord 3:30, (exp. Virtual archivo 10. Audiencia art. 80 mp4).

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 S.A. (*exp. Virtual archivo 01. Ordinario 2019-00250 pdf folio 131*), 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 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.

Respecto al comunicado de prensa (*exp. Virtual archivo 01. Ordinario 2019-00250 pdf folio 496 a 501*), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –PORVENIR- 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, aunque PORVENIR y COLPENSIONES invocan como argumento del recurso el que para la época de traslado no estaba vigente el deber de información, lo cierto es que este sí existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera

precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el deber de información subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que puedan tomar decisiones informadas.

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría 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 1998, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen **(29 de diciembre de 1998, efectivo el 1º de febrero de 1999)**, el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los

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

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.

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 el demandante.

Asimismo, advierte la Sala, frente a los argumentos de apelación de PORVENIR, relacionados con los gastos de administración, 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), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la

nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

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

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

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

Igualmente, en la sentencia 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 (...).”

Finalmente, en lo relativo a la excepción de prescripción formulada por Colpensiones, (exp. Virtual archivo 01. Ordinario 2019-00250 pdf folio 192) – 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 las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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

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

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

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

*derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.
Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.*

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

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.

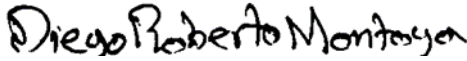
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 7° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSE EDDIE MONTOYA
CONTRA ECOPETROL S.A. (RAD. 07 2019 00485 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de conclusión en esta instancia por ambas partes (folios 3 a 9), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez 07 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de agosto de 2021 (Audiencia Virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams), en la que se resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el demandante señor JOSÉ EDDIE MONTOYA PATIÑO desempeñó el cargo de **Coordinador de Planta Tumaco Tipo I**, en la sociedad demandada ECOPETROL S.A., a partir del 28 de diciembre de 2007 hasta 18 de febrero de 2014.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de fondo propuestas por la demandada ECOPETROL S.A.

TERCERO: como consecuencia de lo anterior **NEGAR** las pretensiones incoadas por el actor JOSÉ EDDIE MONTOYA PATIÑO en contra de ECOPETROL S.A.

CUARTO: se condena en costas a la parte demandante y a favor de la demandada las agencias en derecho se tasan en un SMLMV al momento del pago..

QUINTO: por ser completamente desfavorable la sentencia a las pretensiones del actor, se dispone la remisión del expediente al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a fin se revise la legalidad de la sentencia”.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Como fundamento de su inconformidad, comenzó por referir que el testigo Emilio Oliveros señaló en su declaración, el demandante desempeñaba el cargo de coordinador de planta 1 en la ciudad de Tumaco en jornadas laborales de 12 horas continuas durante 16 días consecutivos, que en conjunto superaban la jornada máxima legal. Insistió el censor, el demandante ejecutó la labor de coordinador de planta Tumaco entre los años 2006 y 2015, pero nunca recibió la remuneración que le correspondía.

Añadió, las sumas le fueron pagadas al demandante como estímulo al ahorro si constituyen salario, debido a que además de la periodicidad y regularidad en su pago, tenían como finalidad ingresar al patrimonio del actor. Estimó, que el actor fue constreñido para firmar el documento.

Continuó señalando, en relación con la pensión de jubilación reconocida en aplicación del plan 70 convencional, conforme la convención colectiva de trabajo, se debe sumar a la edad y tiempo de trabajo y por cada punto adicional, un 2.5 más de la liquidación, de acuerdo al artículo 106 convencional, por cada año que el trabajador haya servido a la empresa más allá de los 20 años. En el presente caso, el demandante trabajó 26 años, 3 meses y 27 días y se pensionó a los 55 años de edad y en consecuencia gozaba de 11 puntos adicionales por convención colectiva y su base de liquidación equivaldría a 77 puntos más 27.5 resultante de multiplicar 2.5 por 11 puntos adicionales, tiene derecho a una mesada pensional superior a la que percibe.

Finalmente señaló, sobre las pretensiones de la demanda se efectuaron ante Ecopetrol diferentes reclamaciones y, teniendo en cuenta que son prestaciones de tracto sucesivo, las pretensiones reclamadas no se encuentran prescritas¹.

¹ **Apoderado demandante (51:01):** Si su señoría con todo respeto me permito interponer el correspondiente de apelación contra la sentencia proferida, de manera respetuosa en mi condición de apoderado judicial de la parte demandante dentro del presente proceso interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida por este despacho a través de la cual se finaliza esta instancia judicial, con la pretensión que el superior jerárquico revoque parcialmente, perdón totalmente la referida providencia en lo todo lo referente o las pretensiones solicitadas y en su lugar acoja de manera favorable los derechos del señor JOSÉ EDDIE MONTOYA, despachando de manera favorable las pretensiones de la demanda, en este sentido fundamento el recurso de apelación en los siguientes términos.

En primera medida es pertinente definir la naturaleza jurídica de ECOPETROL aclarando que la misma se transformo en una sociedad de economía mixta, de carácter comercial, de orden nacional, vinculada al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA, sujeta al régimen de derecho privado según lo dispuesto por la ley 1118 de 2006 artículo 6, esta transformación no operó de pleno derecho sino que quedó materializada (SE ENTRECORTO) adjudicaron a los particulares las acciones cuya emisión y colocación utilizó la ley, se hizo la reforma estatutaria según lo dispuesto por el artículo 167 del Código de Comercio, y se elevó escritura pública según el artículo 120 y 118 del mismo Código, es de anotar que la Sala de Consulta del Servicio Civil con anterioridad había hecho referencia a la naturaleza de ECOPETROL en diversos pronunciamientos, tanto en conceptos como en resolver conflictos de su competencia, en ese sentido se aplicará lo regulado por el artículo 7 del régimen laboral que dispone, que una vez ocurra el cambio de naturaleza jurídica de ECOPETROL S.A la totalidad de los servidores públicos de ECOPETROL tendrán el carácter de particulares, y por ende, a los contratos individuales de trabajo se les continuará aplicando las disposiciones contenidas Código Sustantivo del Trabajo, la comisión colectiva del trabajo el acuerdo 01 de 1977 según sea el caso, con las modificaciones y adiciones que se presenten.

Es así como los trabajadores y pensionados de ECOPETROLS.A continuaran rigiéndose con las normas que le son aplicables en materia de seguridad social, en este sentido respetado señor juez los argumentos probatorios y jurídicos que se trataron con suficiencia en la demanda son pertinentes y conducentes para proceder de conformidad en lo requerido en la demanda, siendo un error de forma el que se manejaron las pruebas y en que se valoraron las pruebas considerando que todas las pruebas allegadas por la entidad demandada ECOPETROL dan fe de los derechos del señor JOSÉ EDDIE MONTOYA, la prueba testimonial en la que se escuchó al señor EMILIO OLIVERES manifestó que el señor JOSÉ EDDIE MONTOYA realizaba el cargo coordinador de planta I en la ciudad de Tumaco Nariño desde el año 2006 y que le constaba que toda vez que la ejecución de la labor contratada se realizaba en jordanas laborales de 12 horas continuas durante 16 días consecutivos, horas que en conjunto superan la jornada máxima que debe laboral un trabajador en el mes, esta manifestación esta plenamente demostrada en las circulares mediante las cuales le asignaron el cargo a mi representado, los cuales se presentaron de manera interrumpida en el año 2006 hasta la fecha que el señor JOSÉ EDDIE PATIÑO logró la pensión de jubilación por mediante el plan 70 del año 2015, el salario del señor JOSÉ EDDIE MONTOYA era inferior al de sus compañeros, quienes devengaban el salario en el cargo de supervisor, se le encargaba como coordinador de planta tipo I, lo que conllevó a que sus ingresos (SE ENTRECORTO) contraviniendo los principios del Derecho laboral, tales como la igualdad ante la ley, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas y el principio de favorabilidad, ECOPETROL no tiene prebendas o beneficios adicionales frente a las normas de Derecho privado, tal es así que las convenciones y pactos colectivos no pueden ir en contra de las normas que se consideren de orden público, que vale recordar que obedecen a SE ENTRECORTO en tal sentido las partes no pueden acordar o determinar condiciones violatorias como las que alega ECOPETROL en la demanda, entre estas determinar que solamente se le pagará a un trabajador el recargo, si lleva más de 21 días en un recargo, en un cargo perdón, cuando este conoce que de los 30 días del mes un trabajador realiza una labor de 16 días de trabajo y 14 días de descanso y que maliciosamente se ordena en sus días de trabajo un encargo como coordinador en los SE ENTRECORTO nunca se causarían los 21 días, es claro entonces que si el trabajador presta el servicio de coordinador de planta durante los 16 días de servicio lo propio sería que su descanso como parte de la jornada laboral y que se supone debe ser remunerado como descanso proporcional a la labor obligatoriamente debe ser cancelado como coordinador de planta, en tal sentido no podemos decir que un trabajador laboré en un cargo y que descanse en otro de inferior categoría, ya que el descanso es equivalente a la condición o labor que desempeña el trabajador, por esta razón es que el legislador se ha tomado el trabajo de determinar los descansos obligatorios conforme a la labor y jornada efectivamente laborada en proporcionalidad al salario devengado, el cargo que ocupe sea en el mes o en sus encargos.

En conclusión, el señor JOSE EDDIE MONTOYA desde el año 2006 hasta el 2015 ejecutó la labor de coordinador de planta de Tumaco y nunca recibió la remuneración que le correspondía, siendo un hecho cierto que el coordinador de planta SE ENTRECORTO en propiedad fue removido y ascendido a jefe de departamento, en un inicio en recibió la remuneración como jefe, pero mi representado nunca recibió la remuneración como coordinador teniendo a cargo una mayor obligación y la realización de otras funciones cuando además firmaba como coordinador.

Frente a la relación de manejo y confianza el señor JOSE EDDIE MONTOYA nunca firmó ningún documento en el cual aceptará tal condición, tal es así que casi siempre directamente ECOPETROL reconocimiento y pago de los dominicales y festivos y horas extras, tal y como quedó demostrado con las pruebas arrimadas al proceso.

Frente a los valores pagados como estímulo de ahorro, este sí constituye salario, pues es necesario revisar para que fue creado, la razón de ser del beneficio, además debe tenerse en cuenta el modo, la periodicidad y regularidad del mismo, su finalidad y la forma como se recibió y la hecho de ingresar al patrimonio del trabajador; en el presente caso, el estímulo del ahorro era constitutivo del salario, pues se trató de un beneficio que al servicio; no obstante, el pago del estímulo al ahorro fue consignado a una administradora de fondo de pensiones, pero ello no se significa que por tal razón dicho rubro deje de ser constitutivo de salario. Aunado lo anterior, en el momento en que el trabajador firmó un documento del estímulo al ahorro se presentó en una condición particular, que se puede apreciar en el mismo documento, como un constreñimiento en contra del trabajador y sus derechos laborales, pues se le informó a los trabajadores que si no aceptaban renunciaban, renunciar a sus cesantías y al dinero de su salario no iba a ser consignando y pagado como salario sino como por el contrario, iba a ser consignado como estímulo a su labor, he aquí la importancia de determinación del análisis de la toma de la decisión ya que ningún ciudadano colombiano con un contrato de trabajo vigente puede someterse a prohibiciones que vician el consentimiento al momento de la ejecución, por cláusulas o acuerdos que modifiquen los contratos de trabajo, en suma cuando ECOPETROL explica en la contestación, las relaciones del estímulo de ahorro, al ahorro, encontrarse con la declaración del señor OLIVERO la razón por la cual se dio fue porque no aceptaron la renuncia sustantiva, quedó claro que este valor era sustitutivo de salario y por principio de la primacía de la realidad sobre la forma, no importa la denominación que se le de por ECOPETROL lo que importa es el sentido en el cual se construyó este auxilio, así las cosas los trabajadores con régimen retroactivo de cesantías no se les reconoce el carácter salariales de dichos valores devengados, tanto, los cobijados por la ley 50 de 1990 si, lo que resulta contrario a la ley, a los principios constitucionales. En este orden de ideas, el artículo 128, 127 del Código sustantivo del Trabajo dispone que son elementos integrales del salario los siguientes:

“Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.”

Por su parte el artículo 128 que trata sobre los pagos que no constituyen salarios dispone que “o constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones” como ocurrió con el demandante “como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos SE ENTRECORTO ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.”

Al respecto es laudable traer a colación lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia con radicación número 64324, en la cual se expuso lo siguiente, en cuanto al artículo 128 esta Corporación a doctrinado la libertad concedida a las partes para calificar que es constitutivo de salario, no significa que esas puedan desconocer dicho carácter a los pagos que por su esencia sean retributivos del servicio, sino que al pactar dicha circunstancia pueden excluir al momento de liquidar prestaciones determinados rubros siempre y cuando no se atente contra esa remuneración mínima, vital y móvil y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, así mismo, la sentencia de 13 de junio de 2012 con radicación 39745 de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral quedó establecido que en el segundo cargo el argumento central del impugnante para atribuirle al Tribunal la equivocada hermenéutica de los artículo 128, 127 del Código Sustantivo del Trabajo se hace descansar exclusivamente en la sentencia del 07 de febrero de 2011 radicado 25734, la citada providencia se refiere a la hermenéutica que ha sido objeto de los artículo 127 y 128, sin embargo, si bien se impone destacar en dicha oportunidad como en otras tantas la Sala reiteró la doctrina que dejó sentada en sentencia del 12 de febrero 2003 radicado 5481, misma que el a quo en el presente caso fundamentó su decisión, ciertamente la sentencia impugnada de la Corte Suprema de Justicia

a señalado que la facultad establecida en la ley 50 de 1990 y que el demandado reclama desconocida por el a quo, no puede interpretarse de tal forma que implique arbitrio de las partes para negar la condición de salario y retribuciones que por la ley se tienen, así lo ha sostenido. Esta norma en lo esencial siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción del artículo en los artículos 14 y 15 de la ley 50, de hecho no disponen como pareciera darlo a entender una lectura superficial de estos textos de un pago que realmente remunerad el servicio y realmente constituye salario, y no lo es en virtud de disposición unilateral del empleador, o por convenio individual o colectivo de sus trabajadores, en efecto ni siquiera el trabajador está permitido a contrariar la naturaleza de las cosas y por lo mismo no podía disponer de un pago que retribuía de la actividad del trabajador y ya no sea constitutiva de salario.

Para la Corte la exegesis que en el presente caso hizo el Tribunal de la doctrina de esta sala plasmada en la sentencia radicación 5481 del 92 citada implícitamente por el recurrente múltiples veces, expresamente reiterada por esta Corporación así como la que imprimió a los artículo 128 y 127 del Código Sustantivo del Trabajo modificado en su orden por los artículos 14 y 15 de la ley 50, resulta razonable y ponderada en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Laboral 5621 de 2018 manifestó los siguiente: Conforme a lo expuesto la decisión del Tribunal no resulta equivocada a pesar de la insistencia del recurrente en probar el reglamento para funcionarios de la demandada, la realidad es que el empleador no puede desconocer a través del contrato de trabajo ni con documentos internos lo que consagra la ley respecto a la incidencia salarial de viáticos, razón por la cual cualquier asunto resulte lo contrario a los dispuesto a estas las normas frente a este asunto se tiene como inexistente, al tenor de lo dispuesto se debe prestar atención a las pruebas documentales visibles a folio 128, 125 y 124 del plenario, cuyo contenido demuestra la forma en que ECOPETROL S.A presiona y constriñe al trabajador, cuyo resultado fue la aplicación al mal llamado estímulo del ahorro, que como lo confiesa la demandada con prueba documental de fecha 03 de mayo folio 125 del expediente, se materializó en documento visible 118, a propósito del estímulo al ahorro en un caso similar con radicación número 25538 del 14 de octubre de 2009 del magistrado GUSTAVO JOSE GENECA MENDOZA donde se trato un pago denominado reserva especial del ahorro la Corte manifestó “la cuestión que debe abordar la Sala es si la denominada reserva especial del ahorro de la Corporación de la Superintendencia de Sociedades CORPONANORAMICAS pagaba al demandante constituye o no salario, por lo tanto, con incidencia o no de la liquidación de los derechos laborales que asisten a esta, la reserva especial del ahorro se encuentra consagrada en el artículo 58 que hace parte del capítulo 3 titulado prestaciones económicas en los siguientes términos contribución al fondo de empleados, reserva especial del ahorro, Corponanonimas contribuirá con sus aportes al fondo de empleados de la Superintendencia de Sociedades Coporanonimas entidad con personería jurídica, reconocerá por la Superintendencia Nacional de Cooperativas, para tal fin pagara mensualmente a sus afiliados una suma equivalente a 65% del sueldo base, prima de antigüedad, prima técnica y gastos de representación de este % entregará Coporanonimas directamente al fondo 15% previa a la deducción a la cotización del caso por concepto de afiliación de los beneficiarios, los afiliados forzosos contribuirán mensualmente al fondo con el 5% de las asignaciones básicas fijadas por la ley”, debe tenerse en cuenta, que tanto en el caso de los trabajadores particulares como los trabajadores oficiales y empleados públicos la legislación en materia salarial enseña que constituye salario no solo el emolumento fijo o variable acordado por las partes sino también aquello que recibe el trabajador en contraprestación directa del servicio, lo que implica que directamente retribución o permanente de los servicios, es así como no se pueden superar la realidad sobre las formas y vulnerar o contravenir las normas de orden constitucional o legal con cláusulas que deben o se tornan ineficaces, deben declararse o se tornan ineficaces.

Respecto de al plan 70, frente a las pretensiones de la jubilación, el concepto 2361 de 2018 emitido por el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicios Civil hace énfasis sobre los derechos adquiridos en el plan 70, conforme a la convención colectiva de trabajo establece que se debe sumar a la edad y tiempo de trabajo y por cada punto adicional un 2.5% más de la liquidación, tan es así que en el parágrafo 3 del artículo 106 de la convención colectiva de trabajo se estipula además que la pensión a que el trabajador tenga derecho de acuerdo con las leyes de trabajo y lo dispuesto en la norma anterior SE ENTRECORTO un monto que sea de esta pensión en un 2 por 5% por cada año que el trabajador haya servido a la empresa por encima a los 20 años que dan derecho a percibir la pensión, bajo los supuesto de hecho se fundamenta las pretensiones, que se fundamenta en las pretensiones mi representado trabajó para la compañía ECOPETROL 26 años, 3 meses y 27 días y se pensionó a los 55 años de edad, es decir, que adquirió su pensión de jubilación en 81 puntos siendo claro para todos que mi representado gozaba de 11 puntos adicionales a los que por convención

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 JOSE EDDIE MONTOYA en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda, a folios 7 Y 8 del expediente virtual archivo “01. Cuaderno Principal Parte I pdf.”, y en la reforma a la demanda, a folios 456 a 458 del expediente virtual archivo “01. Cuaderno Principal Parte I pdf., las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 1 a 7 y 450 a 456 del expediente virtual archivo “01. Cuaderno Principal Parte I pdf.”, Aspirando se declare entre las partes existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido desde el 4 de octubre de 1989 hasta el 31 de agosto de 2015 desempeñando desde su inicio hasta su fin el cargo de Coordinador de Planta Tipo I, y por tanto tiene derecho a la nivelación salarial; como consecuencia de ello se reconozca y pague a su favor y en forma retroactiva las diferencias entre las prestaciones sociales tanto legales y convencionales, horas extras diurnas, dominicales y festivas, vacaciones, aportes a seguridad, el concepto de estímulo de ahorro y otros pagos laborales que le fueron pagados y las que tiene derecho, teniendo en cuenta para ello lo devengado como Coordinador de Planta Tipo I; pretende también, se le pague la pensión aplicando una tasa de reemplazo del 75%, en los términos establecidos en el plan 70 contemplado en la Convención Colectiva

colectiva es pertinente pensionarse por jubilación y su base de liquidación equivaldría a 77 puntos más 27.5 resultante de multiplicar 2.5 por 11 puntos adicionales, bajo la base máxima de liquidación que consagra la convención colectiva de trabajo. Así las cosas, de conformidad con los fundamentos de hecho derecho, los preceptos jurisprudenciales dispuestos en precedencia y discúlpeme un momento señor juez. Las pruebas allegadas y arrimadas en el plenario que dan fe que el señor JOSE EDDIE MONTOYA durante la vigencia de toda la relación laboral elevó peticiones a fin que se le reconocieran todos y cada uno de los derechos aquí reclamados, como las que mencionó el señor juez no solamente esas sino muchas más como las visibles a folio 122, y las respuestas emitidas por ECOPETROL de manera tardía y sobre las cuales se presentaron otras reclamaciones o respuestas frente a la misma, teniendo en cuenta además que las prestaciones por ser en este caso de tracto sucesivo pues prescriben año a años y en la forma en que el las solicitó no se encuentran prescritas.

En tal sentido solicitó al Honorable Tribunal Superior de Cali sean revisadas todas y cada una de las pruebas allegadas con el proceso a fin de que se revoque la decisión de primera instancia proferida por este despacho toda vez que no se encuentran prescritas y en su lugar proceda a conceder todas y cada una de las pretensiones y condenas incoadas con la demanda, no siendo más señor juez con todo respeto muchas gracias.

de Trabajo 2009-2014; se ordene también a la demandada, pagar al demandante los honorarios correspondientes al abogado Carlos Mario Gómez; los perjuicios materiales y morales que le ha causado al actor con el incumplimiento en el pago de sus obligaciones laborales, a reintegrarle los dineros descontados por concepto de recuperación de renta por cobrar-reintegro de cesantías, a pagarle la liquidación final de sus prestaciones, la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 C.S.S.T., lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo en primera instancia una decisión adversa, donde el a quo, encontró acreditado, el demandante se desempeñó en el cargo de **Coordinador de Planta Tipo I**, entre el **28 de diciembre de 2007 y el 18 de febrero de 2014**; **declaró probadas la excepción de prescripción respecto a todos los derechos laborales causados con anterioridad al 7 de mayo de 2015** y por tanto estimó la improcedencia de la reliquidación de salarios y prestaciones solicitadas; consideró, el estímulo al ahorro no constituye factor salarial; frente a los descuentos por concepto de cesantías efectuados por Ecopetrol, estimó su legalidad, por encontrar que el actor tenía conocimiento de los anticipos que por este concepto se le hicieron.

Concluyó la improcedencia de la reliquidación de la mesada pensional en aplicación del plan 70 convencional, como quiera que esa prestación se liquida con el promedio del salario del último año y el actor no demostró haberse desempeñado en su último año de servicios como Coordinador de Planta Tipo I y por tanto, la liquidación que efectuó la demandada con el salario correspondiente al cargo de supervisor, se ajusta a derecho. Para finalizar, resolvió negativamente la pretensión relativa al reconocimiento de perjuicios, considerando no se acreditó la causación de éstos al actor.

Atendiendo lo anterior, recuerda la sala, el estudio del recurso de apelación se efectúa en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

En esa dirección, se advierte, en el asunto no se presenta controversia frente a la existencia del contrato de trabajo entre las partes en la modalidad a término indefinido, el cual tuvo vigencia entre el 4 de octubre de 1989 y el 31 de agosto de

2015. Así las cosas, procede determinar si, como lo señaló el censor, el demandante se desempeñó en el cargo de coordinador de planta hasta el año 2015 y si, nunca recibió el pago correspondiente a los reemplazos efectuados, con el salario correspondiente al cargo de coordinador.

Para solventar lo relativo al primer aspecto, se procedió al análisis riguroso de los medios de convicción incorporados a los autos, (folios 150 a 220 del expediente virtual archivo "01. Cuaderno Principal Parte I pdf."), donde se constatan nombramientos en encargo efectuados al demandante durante la vigencia de su relación laboral con la sociedad demandada en los que consta que se le hizo un (1) nombramiento en el cargo de coordinador de planta tipo I Tumaco, por lo menos 55 nombramientos en encargo como coordinador de la terminal Tumaco y 4 nombramientos en encargo como coordinador de la planta Buenaventura, siendo el primero de ellos a partir del 28 de diciembre de 2007 y el ultimo el 18 de febrero de 2014.

A partir de la citada documental se advierte, el último nombramiento en el cargo de coordinador fue efectuado mediante memorando de 18 de febrero de 2014, por el periodo comprendido entre el 19 de febrero y el 4 de marzo de 2014 ((folio 220 del expediente virtual archivo "01. Cuaderno Principal Parte I pdf."), sin que obre documental que de cuenta de algún nombramiento para una fecha posterior.

Frente a este aspecto declaró el testigo Yemín Oliveros (*expediente digital archivo 07. Audiencia art. 80 CPL mp4 record.00:36:46*), quien fue compañero de trabajo del demandante en la planta Tumaco desde el año 2006. Le consta que el demandante fue supervisor de planta y hacía reemplazos como coordinador de planta, lo hizo hasta el año 2014 o 2015 cuando el actor se jubiló.

Frente al citado testigo debe señalarse, aunque su declaración merece credibilidad, por haber sido compañero de trabajo del actor y constarle de forma directa los pormenores de su actividad laboral y no fue tachado por la parte demandada, lo cierto es que no señaló la fecha exacta hasta la cual el señor José Eddie Montoya se desempeñó en el cargo de coordinador.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es posible dar por cierto que el demandante haya desempeñado el cargo de Coordinador de planta más allá del 4 de marzo de 2014, como lo señaló el memorando de 18 de febrero de 2014, a que ya se hizo referencia

y por tanto, como lo afirmó el a quo, no pueden salir avantes las pretensiones relativas al reconocimiento y pago de las diferencias entre los salarios, prestaciones legales y convencionales, horas extras, dominicales, festivos y vacaciones pagadas y las que corresponderían si se le hubieran liquidado con el salario asignado al cargo de coordinador.

De otro lado, advierte la Sala, el juez a quo declaró probada la excepción de prescripción formulada por la demandada Ecopetrol, respecto a todos los derechos laborales causados con anterioridad al 7 de mayo de 2015, salvo los derechos pensionales.

En este sentido, debe advertirse, pese a que uno de los puntos de apelación del recurrente se enfila a que se revoque la decisión adoptada en primer grado frente a la prescripción, la Sala encuentra innecesario ahondar en su análisis, pues como ya se anotó, el demandante no logró acreditar su desempeño en el cargo de coordinador de planta para el año 2015, e indiferente del análisis que se haga en relación con el término extintivo de que tratan los arts. 488 del CST y 151 CPTSS, no hay lugar a la prosperidad de sus pretensiones, excepto los derechos pensionales reclamados, que serán analizados más adelante.

El otro problema jurídico a resolver dentro del presente juicio, consiste en establecer si el beneficio denominado estímulo al ahorro reconocido a favor del demandante, constituye o no factor de salario. Con tal fin, la entidad demandada, remitió al demandante una misiva de fecha 18 de diciembre de 2007, que fue firmada por éste aceptando sus condiciones y que en uno de sus apartes, después de informar la aprobación del pago mensual de un estímulo al ahorro a través de aportes voluntarios a la AFP elegida por el actor, precisa que somete a consideración del trabajador una cláusula adicional a su contrato de trabajo en la que se establece. Dicho beneficio no constituye salario, documento que cuenta con la firma del demandante, bajo la frase; *“Acepto las condiciones, términos y la cláusula adicional al contrato individual de trabajo propuesta”* en señal de aceptación.

Así pues, en dicha comunicación, se le puso de presente al demandante que éste no constituiría factor salarial, y que se pagaría a la Administradora de Fondos de Pensiones, lo cual aceptó expresamente con su firma, advirtiéndose en todo caso, conforme lo dicho, el valor por concepto de estímulo del ahorro no lo percibió de

manera directa, pues el mismo fue consignado a la A.F.P., coligiéndose en consecuencia, no ingresó directamente a su patrimonio sino a la cuenta en el Fondo de Pensiones Voluntarias que cada demandante eligió.

Diciembre 18 de 2007

Señor (a)
JOSE EDDIE MONTOYA PATINO
81279

Estimado (a) Señor (a),

La Empresa en aplicación de la nueva Política de Compensación, basada entre otros aspectos en la competitividad externa con el mercado laboral del sector petrolero y en criterios de equidad interna, ha aprobado un Estímulo al Ahorro económico mensual, a través de aportes voluntarios a la sociedad administradora de fondo de pensiones (AFP) que usted elija por una suma inicial de **682.000 pesos m/i**; que será variable y condicionada en función de la política.

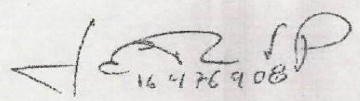
En ese sentido, se somete a su consideración la siguiente ~~cláusula adicional a su contrato~~ individual de trabajo: "Sobre el monto del estímulo al ahorro efectuado por el empleador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes acuerdan que no tiene carácter salarial para ningún efecto."

En señal de aceptación y con el propósito de perfeccionar el reconocimiento, le agradecemos enviar a la Regional de Gestión Humana y/o Coordinación de Servicios al Personal respectiva de la Dirección de Relaciones Laborales y Desarrollo copia firmada de esta comunicación junto con la copia de la afiliación a la AFP de su elección, así como la indicación del número de cuenta suministrado por la AFP a favor de quien la Empresa hace el respectivo aporte, a efecto de ser consignado por ECOPETROL S.A. en la entidad administradora correspondiente.

Queda entendido que sólo a partir de la fecha de recibo de los documentos antes relacionados en las dependencias mencionadas en el párrafo anterior, se surtirán los efectos respectivos.

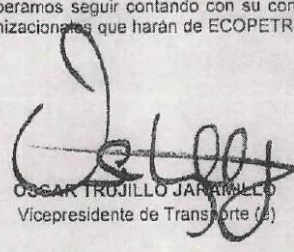
Así mismo, es del caso mencionar que la escogencia del portafolio de inversión del estímulo al ahorro aquí previsto con la AFP seleccionada, es realizada bajo responsabilidad exclusiva del trabajador.

Sea esta la oportunidad para manifestarle la satisfacción de ECOPETROL S.A. por contar en su equipo organizacional con una persona de las calidades profesionales y personales que han distinguido su labor en la Empresa, y que a la vez han motivado la aplicación de esta decisión en

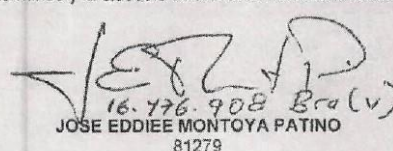

16 4176 908

materia de compensación. Esperamos seguir contando con su compromiso y dedicación para el logro de los nuevos retos organizacionales que harán de ECOPETROL S.A. una empresa de clase mundial.

Cordialmente,


OSCAR TRUJILLO JARAMILLO
Vicepresidente de Transporte (E)

Acepto las condiciones, términos y la cláusula adicional al contrato individual de trabajo propuesta.


16.4176.908 Bra (v)
JOSE EDDIE MONTOYA PATINO
81279

C.C. Hoja de Vida

En este punto, la hipótesis planteada en el presente asunto, es en últimas dilucidar si el concepto “*estímulo al ahorro*” es constitutivo de salario por haber sido “reconocido” al accionante; sin embargo, como quedó visto en líneas precedentes, tal emolumento no es pagado directamente al trabajador, en el entendido que el mismo es consignado a la Administradora de Pensiones Voluntarias, pudiendo considerarse no como salario, sino como un reconocimiento adicional a las prestaciones sociales reconocidas por el sistema de seguridad social sin incidencia salarial, así lo definió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia proferida dentro de la radicación N° 27851 de 24 de abril de 2007², en la que se recordó que no todo pago que reciba el trabajador dentro de la

² “La hermenéutica que el recurrente pretende darle a los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto a que todo lo que percibe el trabajador en forma habitual constituye salario, contraviene al entendimiento que de marras le ha dado a las citadas disposiciones la jurisprudencia, por cuanto siempre existirán pagos, que aún, reconocidos en forma habitual, no son de naturaleza salarial, por no corresponder a la retribución directa del servicio. Además, no se puede soslayar que al interpretar el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, la jurisprudencia laboral ha expresado que lo realmente consagrado en su última parte es que pagos que son considerados “salario” pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales, tales como prestaciones sociales, indemnizaciones, etc., sin que ello implique violación de ningún precepto legal o constitucional.

Así razonó esta Sala de Casación, en la sentencia de 7 de febrero de 2006, radicación No. 25734, cuando rememorando lo sostenido en relación con el tema, desde el extinto Tribunal Supremo del Trabajo afirmó: “Para la Corte el anterior razonamiento del recurrente es equivocado al pretender que todo pago que reciba el trabajador en su calidad de tal y dentro de la ejecución de una relación de trabajo es constitutivo de salario, pues desconoce que desde antiguo la legislación laboral de nuestro país ha consagrado la existencia de diferentes pagos al trabajador que si bien tienen origen en el contrato de trabajo y se deben hacer en atención a la calidad de parte de ese contrato que adquiere el trabajador, no pueden ser considerados como salario por no remunerar el servicio prestado, esto es, por no corresponder a la retribución directa del trabajo. Por ello, al diferenciar el salario de otros derechos igualmente surgidos del hecho de trabajar, las prestaciones sociales, el extinto Tribunal Supremo del Trabajo aún antes de la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, sentenció en fallo del 30 de abril de 1949 que:

“El salario es la remuneración del servicio que el trabajador presta al patrono; es la contraprestación correspondiente a la prestación trabajo. Las prestaciones sociales que emanan también del trabajo, pero que no tienen como finalidad retribuirlo directamente, tal como el auxilio de enfermedad, la cesantía, las vacaciones remuneradas, son cosa diversa que la ley ha creado con el propósito de otorgar un beneficio al trabajador en su afán de atender la debida protección que al Estado le atañe. Pero, en rigor, debe entenderse como salario solamente aquella porción que el trabajador recibe como remuneración inmediata de su servicio. Los beneficios colaterales o subsiguientes no tienen el mismo carácter, no importa que para ciertos efectos algunos de ellos deban ser considerados como tales” (G. del T. T IV. Núms 29 a 40).

“Y ya en vigencia del Código Sustantivo del Trabajo, al explicar la correcta inteligencia de sus artículos 127 y 128, precisó la Sección Segunda de esta Sala de la Corte en la sentencia del 6 de marzo de 1978:

“De modo que el sentenciador de segunda instancia interpretó erróneamente los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo cuando afirmó que existe una presunción legal según la cual ‘Todo lo que recibe el

trabajador por parte del patrono durante las prestación de sus servicios es salario', porque tal presunción, con el carácter de legal, no se encuentra establecida en los artículos 127 y 128 citados, ni en ninguna otra norma".

"Criterio que reiteró en el fallo del 18 de noviembre de 1982, radicado 899, en los siguientes términos:

"En cuanto a ello atañe, basta una lectura cuidadosa del aludido artículo 127 para concluir que no establece ninguna presunción legal sino que señala de manera amplia las diversas formas o modalidades que puede tener la retribución de servicios subordinados que se denomina salario.

"Es claro entonces que cuando el trabajador, además del salario convenido y de sus recargos por labores extraordinarias o suplementarias previstos en la ley, el contrato o la convención colectiva de trabajo recibe también otras sumas de dinero o suministros en especie, hace falta demostrar que aquéllas o éstos remuneran los servicios del empleado, para que puedan colacionarse en el cómputo de su salario real o efectivo, porque el solo texto del artículo 127 no conduce fatalmente a que todo lo que reciba el trabajador durante el lapso de sus servicios sea remuneración de éstos, es decir, salarios".

"Sostiene el recurrente que la finalidad de un beneficio recibido por el trabajador no es lo que determina si constituye salario, pues si la causa está en el hecho ser prestador de servicios subordinados, ello basta para que se constituya en factor salarial. Mas como surge de los criterios arriba transcritos, ese entendimiento es equivocado, como tuvo oportunidad de precisarlo la Corte en la sentencia del 12 de febrero de 1993, radicado 5481, en la que, al referirse al entendimiento que debe darse al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo después de la reforma a ese artículo introducida por la Ley 50 de 1990, explicó lo que a continuación se transcribe:

"Determinar cuáles de los pagos que el trabajador recibe del empleador constituyen salario y cuáles no, es tema de innegable relevancia para las relaciones obrero-patronales, tanto individuales como colectivas, por lo cual se hace necesario distinguir el "salario" propiamente dicho de otras remuneraciones y beneficios que también recibe el trabajador por razón de su trabajo o con ocasión del mismo, cuáles son las "prestaciones sociales", las "indemnizaciones" y los "descansos", según clasificación empleada hace ya tiempo por nuestra legislación positiva y de usanza predominante en el lenguaje ordinario de la vida laboral.

"Lo primero que debe asentarse es el hecho indiscutible de que todas estas expresiones "salario", "prestaciones sociales", "indemnizaciones" y "descansos" corresponden a pagos, reconocimientos o beneficios que el trabajador recibe a lo largo de su vida como tal, o inclusive cuando deja de serlo por alcanzar la jubilación o verse temporal o definitivamente imposibilitado para trabajar. No aciertan por consiguiente quienes afirman que sólo algunos de los enunciados beneficios son recibidos por el trabajador por el hecho de su vinculación laboral, pues la verdad es que todos encuentran su causa última en la prestación subordinada de servicios personales a otro. Siempre será entonces la relación laboral preexistente la razón de ser de todos esos beneficios y la que, directa o indirectamente, fundamente o justifique su reclamación o reconocimiento.

"Siendo cierto en consecuencia, como lo es, que los beneficios que el trabajador obtiene del empleador se originan todos en el servicio que le presta, la distinción de la naturaleza jurídica entre unos y otros no debe buscarse en su causa sino más bien en su finalidad, la cual sí permite delimitar claramente los diferentes conceptos.

“a) El pago del salario, desde el punto de vista jurídico, es la principal obligación de quien se beneficia del trabajo subordinado ajeno, como que constituye ordinariamente la contra prestación primordial y más importante de la actividad desplegada por el trabajador. El salario aparece así como la remuneración más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador, por lo cual se considera uno de los elementos esenciales de toda relación de trabajo, sin que importe la forma jurídica —contrato de trabajo o relación legal y reglamentaria— que regule la prestación personal subordinada de servicios.

“b) La prestación social, al igual que el salario, nace indudablemente de los servicios subordinados que se proporcionan al empleador, pero a diferencia de aquél —y en esto quizá estriba la distinción esencial entre ambos conceptos— no retribuye propiamente la actividad desplegada por el trabajador sino que más bien cubre los riesgos o infortunios a que se puede ver enfrentado: La desocupación, la pérdida ocasional o permanente, parcial o total, de su capacidad laboral por enfermedad, accidente, vejez, etc. y la muerte, con la natural secuela de desamparo para el propio trabajador y para aquellos que dependen de su capacidad productiva.

“Que el propósito primordial del legislador al estatuir las denominadas “prestaciones sociales”, fue el de amparar el trabajo humano frente a los riesgos que le son inherentes y no otra, resulta del hecho, relativamente inadvertido, de que la Ley 90 de 1946 y luego los decretos legislativos que constituyen la base de nuestro Código Sustantivo del Trabajo, hayan establecido la temporalidad de las prestaciones sociales a cargo directo del empleador, con miras a que fueran asumiéndose por entidades de seguridad o previsión social (arts. 193 y 259 del C.>3. del T.).

“Como se ve, lo que el legislador tuvo en cuenta al establecer las denominadas “prestaciones sociales”, fue la necesidad de cubrir los riesgos de desocupación, de salud y de vida que eventualmente conllevan la pérdida del empleo o del vigor o la integridad física y, en general, de todas aquellas contingencias en que el trabajador pierde su fuerza de trabajo, o se ve impedido temporalmente para ejercerla, o resulta disminuida su capacidad laboral de modo tal que no le es posible procurarse el salario necesario para su subsistencia personal y familiar.

“El criterio según el cual las “prestaciones sociales” son aquellas que cubren riesgos inherentes al trabajo, permite deslindar nítidamente lo que el trabajador recibe por dicho concepto —directamente del empleador o por intermedio de las entidades de seguridad o previsión social— de lo que se le paga o reconoce por el empleador como contraprestación a los servicios que el trabajador realiza, o sea, a la actividad que éste despliega en cumplimiento, a su vez, de su principal obligación emanada de la relación de trabajo.

“Entendiéndose las “prestaciones sociales” como el mecanismo de seguridad social ideado por el legislador nacional para cubrir los riesgos que afectan el desempleo, la salud y la vida del trabajador, resulta apenas lógico que cualquier otro régimen, legal o convencional, orientado a amparar estas contingencias constituirá igualmente una prestación social, en la misma forma que lo son las sumas de dinero o los beneficios que se reconocen por razón del accidente de trabajo, la enfermedad profesional o común, la maternidad, los gastos de entierro, el auxilio de cesantía, las pensiones de jubilación o vejez, las pensiones de viudez, orfandad e invalidez, garantías todas que no obstante su distinta finalidad específica se agrupan dentro del género de las “prestaciones sociales” porque están dirigidas a cubrir riesgos laborales.

“La circunstancia innegable de que nuestro estatuto laboral también como prenda dentro del título que regula las prestaciones sociales los beneficios correspondientes a la prima de servicios y la dotación de calzado y vestido de labor —de los cuales podría decirse que no cubren riesgos— no alcanza a invalidar la argumentación que se viene exponiendo. En efecto, la referida prima de servicios, bajo la reglamentación anterior a la Ley 50 de 1990, sustituyó la participación de utilidades y la prima de beneficios que establecía la legislación anterior (art. 306-2, C. S. del T.), que evidentemente tenían carácter salarial (art. 127 ibídem), razón por la cual tuvo que

disponerse, para guardar armonía con el artículo 128 que no era salario y que no se computaría como salario en ningún caso (art. 307) y en cuanto al suministro del calzado y vestido de labor es bien sabido que no corresponde propiamente a una retribución del servicio sino a la dotación de elementos de trabajo para un mejor desempeño de la función, que tuvo su origen en un claro propósito de seguridad industrial.

“c) Las indemnizaciones, que por definición corresponden a reparaciones de daños, en su doble modalidad de compensatorias y moratorias, resarcen los perjuicios que el trabajador llegue a sufrir como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones legales o convencionales del empleador, o por el desconocimiento de los precisos deberes legales que la ley le impone al empleador en determinadas circunstancias.

“d) Los “descansos obligatorios” regulados por el Código Sustantivo del Trabajo comprenden el “descanso dominical remunerado”, el “descanso remunerado en otros días de fiesta” y las “vacaciones anuales remuneradas”. Si bien, conforme lo afirma la recurrente, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo sostuvo que los descansos remunerados comprendidos dentro del Título VIII del Código podían clasificarse como una sui generis prestación social, en la medida en que, en principio, no es posible considerarlos como “salarios” ni tampoco como “indemnizaciones”, lo cierto es que este descanso, de innegable sentido protector de la salud y bienestar físico del trabajador, no cubre un riesgo inherente a la actividad laboral, como si lo hacen las verdaderas “prestaciones sociales”. De este modo mientras los eventos que amparan las denominadas prestaciones sociales son contingentes, las vacaciones y los demás descansos legalmente obligatorios deben siempre disfrutarse, salvo los casos de excepción que puntualiza la ley.

“Si bien es verdad que existen normas que autorizan la acumulación del descanso de las vacaciones o su disfrute parcial e inclusive, en casos extremos, su compensación en dinero —caso en el cual pareciera estarse más bien frente a una indemnización—, estas situaciones excepcionales no desdibujan la finalidad primordial que persiguen los descansos remunerados: Que mediante la inactividad laboral el trabajador recupere su fuerza de trabajo paulatinamente desgastada a medida que va acumulándose la fatiga propia de la labor cumplida.

“La circunstancia de que los descansos remunerados, y en especial las vacaciones, no cubran riesgos laborales propiamente dichos, obliga a concluir que no estuvo desencaminado el legislador cuando, al expedir el Código Sustantivo del Trabajo, no los incluyó dentro del régimen de las prestaciones sociales sino que formó con ellos un grupo aparte:

“El de los “descansos obligatorios”. Y el hecho de que posteriormente se hayan expedido normas como los Decretos 3135 de 1968 y 1045 de 1978 que, al regular materias laborales de los empleados oficiales, refundan las vacaciones de esos trabajadores como una prestación social, no invalida la afirmación de que las auténticas “prestaciones sociales” son aquellas por medio de las cuales se cubren riesgos inherentes al trabajo humano subordinado.

“Por otra parte, adicionalmente a la remuneración del trabajo, las prestaciones sociales, las indemnizaciones y los descansos, el trabajador también puede recibir del empleador —y lo hace frecuentemente— algunos pagos no constitutivos de salario puesto que no tienen como objeto retribuir el servicio sino que están destinados a facilitarle el desempeño cabal de sus funciones o son una simple liberalidad ocasional del empleador (art. 128 del C. S. del T.)”

En el presente asunto, el beneficio que el actor recibía consistía en un aporte que mensualmente efectuaba el empleador al Fondo de Pensiones Voluntarias Class Inversión, en Colfondos, cuyo titular era él, aporte que por su naturaleza, es afín a las denominadas prestaciones sociales, entendidas, como quedó asentado, como aquellas que no retribuyen propiamente la prestación del servicio, sino las que atienden contingencias que ocasionalmente puede enfrentar el trabajador, como son, entre otras, el quedar cesante, perder la

ejecución de una relación de trabajo es constitutivo de salario, estimando la Corte, la legislación laboral consagra la existencia de diferentes pagos que si bien tienen origen en el contrato de trabajo y se deben hacer en atención a la calidad de parte de ese contrato, no pueden ser considerados como salario por no remunerar el servicio prestado, pudiendo diferenciarse su naturaleza jurídica, no por su causa sino por su finalidad, concluyendo en esa oportunidad, el aporte realizado al Fondo de Pensiones Voluntarias, por su naturaleza, era afín a las denominadas prestaciones sociales, entendidas como aquellas que no retribuyen propiamente la prestación del servicio, sino que atienden contingencias que ocasionalmente puede enfrentar el trabajador, como son, entre otras, el quedar cesante, perder la capacidad laboral, llegar a la vejez o fallecer, constituyéndose en un rubro adicional a las prestaciones económicas que reconoce el sistema general de pensiones.

En la misma orientación de pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente Sentencia SL1405 del 11 de febrero de 2015³, en

capacidad laboral, llegar a la vejez o fallecer. En este orden de ideas, estima la Sala que el aporte aludido era simplemente adicional a las prestaciones económicas que reconoce el sistema general de pensiones.

De manera que si en virtud del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el 15 de la Ley 50 de 1990, las partes hoy contendientes, pactaron o convinieron expresamente que el denominado “aporte de patrocinio” no constituía salario, dicho acuerdo en ningún caso está afectado de ineficacia, ni viola beneficios mínimos establecidos en normas laborales, pues tal consenso encaja perfectamente dentro de lo permitido por la citada disposición legal. (Negrilla de la Sala)

³ “Sobre el particular, es decir, el paquete de beneficios ofrecido por la empresa, no cabe duda, y no fue materia de discusión, que la señora Triana de Quintero se favorecía del «bono de desempeño» y del «aporte voluntario a fondo de pensiones». Este último consiste en que por cada peso que ahorre el trabajador, la empresa contribuye con otro, con un máximo del 8% del salario básico mensual, lo cual se canalizaba a través de un fondo de pensiones autorizado por la ley (Folio 115 del cuaderno principal).

Ese aporte, según dicho Manual, tiene como objetivo permitir que los empleados de la demandada mejoren los niveles de ahorro para el fortalecimiento de su estabilidad económica en el largo plazo (Folio 114), en otras palabras, constituye un estímulo al ahorro, lo cual se aleja del concepto de contraprestación directa del servicio que define el artículo 127 del CST para que adquiera la connotación salarial.

Confirma el anterior aserto el hecho de que los pagos efectuados por la demandada a la accionante por concepto de “FVP aporte empresarial” como estímulo al ahorro, no se los entregaba directamente para que dispusiera de esos dineros a su arbitrio, tal y como acontece con el salario y con las mayoría de las prestaciones sociales, puesto que según la prueba documental que corre a folios 261 a 300 del cuaderno de primera instancia, esos “aportes voluntarios de ahorros” como los define el Manual de Beneficio Flexibles (Folio 114), se efectivizaban a través de una cuenta de pensión voluntaria en el Fondo de Pensiones Voluntarias Skandia, cuya titular era la señora Triana de Quintero, valores que por disposición de los artículos 62 y 63 de la Ley 100

la cual se dijo expresamente en relación con un rubro similar al aquí examinado, que éste se aleja del concepto de contraprestación directa del servicio que define el artículo 127 del CST para que adquiera la connotación salarial, pues éste no era entregado directamente al trabajador para que dispusiera de esos dineros a su arbitrio, tal y como acontece con el salario, sino que se efectivizaba a través de una cuenta de pensión voluntaria en el Fondo de Pensiones Voluntarias, cuya titular era la allí demandante, valores que por disposición de los artículos 62 y 63 de la Ley 100 de 1993, este último modificado por el 49 de la Ley 1328 de 2009, también pueden tener como destino el incremento de la mesada inicial de su pensión o un retiro programado, posición que se ha venido acogiendo y se acoge en su integridad en esta oportunidad, por provenir del máximo órgano de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

De conformidad con lo anterior, la suscripción de la cláusula en la cual se pactó la exclusión como factor salarial, del pago por concepto de *“estímulo al ahorro”*, ya referida, mantiene la eficacia propia de los acuerdos celebrados entre las partes, cuando los mismos no afectan o desconocen el mínimo de derechos y garantías, conforme lo indica el artículo 13 del C. S. del T., por cuanto, tal como se anotó, el emolumento referido, no constituye salario.

Refirió el censor, que la voluntad del demandante estuvo viciada al momento de la suscripción del documento mediante el cual aceptó el carácter no salarial del estímulo al ahorro; situación fáctica a la que no se hace referencia en los hechos de la demanda y no fue objeto de debate en el decurso del proceso, por lo que no hay lugar al estudio de la inconformidad presentada; sin embargo, en gracia de discusión, tampoco obra material probatorio en este sentido, ni existe prueba que conduzca a estimar que la accionada utilizó maniobras fraudulentas con la intención de engañar al demandante, orientándolo o induciéndolo a suscribir el referido documento, ni se acredita la presencia de error en cuanto no se advierte que el actor tuviera un falso concepto acerca de la actitud asumida al aceptar su no connotación salarial, en la medida que el error, la fuerza y el dolo, como vicios de los actos y

de 1993, este último modificado por el 49 de la Ley 1328 de 2009, también pueden tener como destino el incremento de la mesada inicial de su pensión o un retiro programado”.

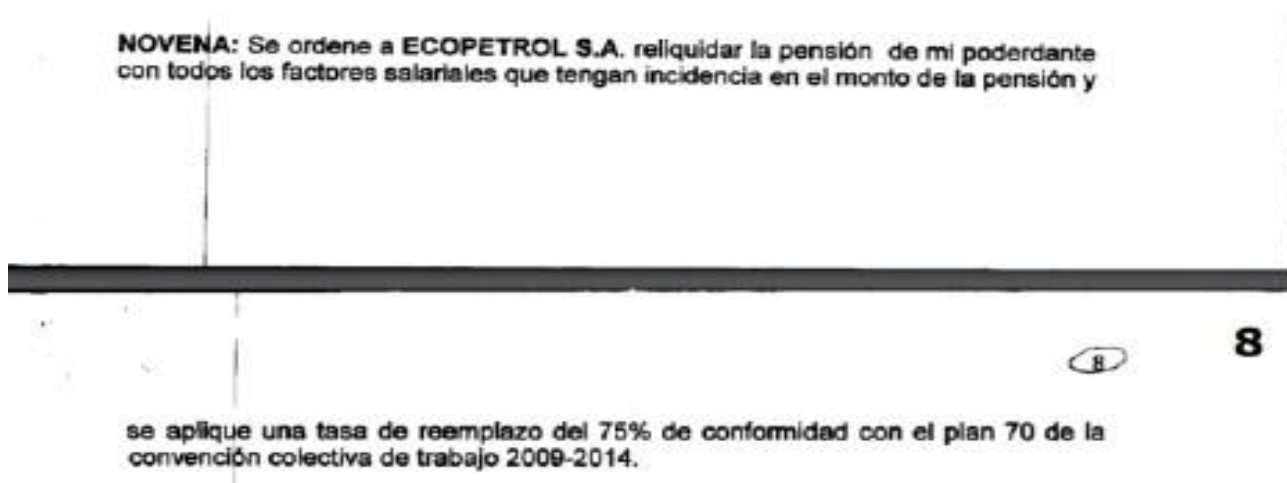
declaraciones de voluntad, no se presumen, sino que deben demostrarse plenamente.

En la misma dirección, es menester precisar, si bien el demandante al absolver interrogatorio de parte, manifestó no tener recordación frente a la suscripción de un documento en el que aceptara la cláusula de la no incidencia salarial de estímulo al ahorro, la documental a que se ha venido haciendo referencia, dio cuenta que la sociedad demandada sometió a consideración suya la exclusión del estímulo al ahorro como factor salarial y el mismo actor firmó la misiva en señal de aceptación.

Finalmente, el censor reparó en la procedencia de la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida por Ecopetrol, por considerar que al resultarle aplicables las disposiciones contenidas en la Convención Colectiva de Trabajo, conforme al tiempo laborado y salario devengado, tiene derecho a una mesada superior a la que percibe.

Como sustento de su inconformidad, refirió, de acuerdo a disposición convencional, por cada año de trabajo adicional a los 20 años, se le debe sumar 2.5 puntos más para la liquidación pensional y como el actor trabajó durante 26 años, 3 meses y 27 días, a la edad de 55 años, gozaba de 11 puntos adicionales que debieron ser tenidos en cuenta a efectos de liquidar la prestación.

Al tema, la Sala procedió a dar lectura al escrito de demanda fls 7 y 8 de demanda (expediente virtual, archivo 01. Cuaderno principal parte I pdf.), donde la pretensión relativa a la reliquidación pensional, se enunció en los siguientes términos:



En el mismo sentido, se advierte del escrito de demanda que los hechos sustento de la petición de reliquidación de la pensión, tienen su razón de ser en la reliquidación salarial del demandante con base en el verdadero cargo que desempeñó, como se extrae de los hechos 38 y 39 del libelo introductor y no en los hechos traídos por el censor en su apelación. Así emerge con absoluta claridad, los aspectos fácticos sobre los que versa la censura no fueron objeto de litigio, ni respecto a ellos se presentó un debate probatorio.

Al respecto, se advierte, sobre situaciones no cuestionadas ante el juzgador de primera instancia no puede pronunciarse esta Sala, pues se trata de hechos nuevos, que no hacen parte del litigio y frente a los cuales no se adelantó ningún debate probatorio. Hacerlo, implicaría la vulneración del debido proceso y del derecho de defensa que le asiste a la entidad accionada.

Frente a ello, la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias STL612 de 2019, STC14922-2017 y STC14271-2018, indicó:

“(…) es cierto que en sede de tutela, está establecida la facultad – deber del fallador de sentenciar extra y ultra petita cuando, en el trámite ante él ventilado, se advierta la necesidad de reparar o evitar la trasgresión o amenaza de los bienes jurídicos superiores... También lo es que lo anterior no puede convertirse en patente de corso cuando de hechos nuevos se trata, como quiera que ésta tampoco es extraña a las reglas del debido proceso, entre las cuales se destaca el derecho”

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, se confirmará la sentencia de primera instancia, pero atendiendo las razones consignadas en esta providencia.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones esbozadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo del demandante.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$900.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LEONARDO PUERTA LLERENA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A. (08 2019 00770 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 290).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por las demandada PORVENIR y PROTECCIÓN (folios 280 a 285 y 286 290, respectivamente), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, 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 PROTECCIÓN, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Octava Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 28 de

octubre de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento de que trata el artículo 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 39:36, CD folio 274, acta folios 275 y 276), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor LEONARDO PUERTA LLERENA, realizado del régimen de prima media al RAIS, acaecido el 25 de noviembre de 1997 mediante su afiliación a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado del régimen pensional del señor LEONARDO PUERTA LLERENA.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del señor LEONARDO PUERTA LLERENA, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones de que trata el artículo 1746 del Código Civil, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUATRO: CONDENAR a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los costos cobrados por administración debidamente indexados, correspondientes al lapso temporal en el que estuvo vinculado el demandante a dicha AFP.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES aceptar todos los valores que devuelvan PORVENIR y PROTECCIÓN y que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional del actor.

SEXTO: SIN CONDENA en costas en esta instancia, ante su no causación.

SÉPTIMO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas, precisando que una vez materializado el traslado del régimen pensional ordenado en esta sentencia y previa solicitud del demandante, deberá estudiar la procedencia o no de reconocimiento del derecho pensional, previo cumplimiento de los requisitos por parte del demandante.

OCTAVO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES se remitirá las diligencias al honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de dicha entidad.”

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas PORVENIR y PROTECCIÓN, la apelaron.

Así, en primer lugar, PORVENIR S.A. asegura, la determinación de la juez a quo va en contra de los principios de confianza legítima, inescindibilidad e

“interpretación restrictiva de las normas sancionadoras”, por cuanto, según los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, el formulario de afiliación *“demostraba las aceptaciones de las características y las obligaciones del régimen de ahorro individual”*, es decir *“era un requisito sine qua non”* al que vía jurisprudencial se le restó valor probatorio, aun cuando la función de la misma es la de *“interpretar y dar alcances normativos, no generar tarifas probatorias”*.

En ese sentido, estima, el formulario de afiliación debe ser evaluado como un documento que *“no fue tachado de falso, no fue desconocido”*, para derivar de allí que la afiliación fue libre y voluntaria como lo confesó el demandante, sin que se les exija prueba diferente, que de hecho no conserva.

Indica, debe tenerse en cuenta el interrogatorio de parte en el que se evidencia el conocimiento que tiene el actor del régimen de ahorro individual y de las implicaciones al momento del traslado, situaciones que, dice, no fueron analizadas en la parte motiva de la sentencia.

De otro lado, refiere, las consecuencias de la de la ineficacia son *“propiamente”* una sanción que implica dejar libre al afiliado para que escoja el régimen o entidad de pensiones que mejor le parezca, no siendo cierto que las cosas se retrotraen a su estado original *“pues se está confundiendo la figura de la inexistencia de la nulidad sustancial, sea absoluta o sea relativa y la figura de la ineficacia en sentido estricto”* que fueron explicadas por la Corte Constitucional en sentencia C-245 de 2017, y resulta contradictorio que se establezca que nunca estuvo en el régimen de ahorro individual pero que se deben trasladar los rendimientos financieros como si hubiese permanecido en el, imponiendo efectos jurídicos solo a una de las partes que intervino en el acto y conminándola a devolver los gastos incluso indexados, a sabiendas que los mismos no se generaron.

Alega, en virtud del principio de inescindibilidad, debe darse aplicación exacta al artículo 1746 del Código Civil, donde cada parte es responsable de la pérdida de intereses y por tanto debió ordenarse a la parte actora *“restituir estos ejercicios financieros, estos intereses financieros, pues de lo contrario se está proponiendo por un enriquecimiento sin causa”*.

En lo que toca a los gastos de administración, además, indica, son obligaciones de tracto sucesivo no susceptibles de restitución por cuanto no entraron en su totalidad al patrimonio de esa AFP, aunado a la falta de acreditación de la mala fe, y no están destinadas a financiar prestaciones, de allí que no están cobijados por la protección de imprescriptibilidad¹ (*Audiencia virtual de trámite y juzgamiento*

¹ “Ahora sí, gracias su señoría, sea esta la oportunidad procesal pertinente para presentar recurso de apelación en contra la sentencia por el despacho, no sin antes manifestar el respeto que se tiene por el despacho y el respeto que se tiene por las decisiones judiciales.

En ese orden de ideas, señores magistrados, me permito argumentar mi recurso de apelación, perdón, los siguientes reparos en concreto. No se comparte la decisión del despacho de declarar la ineficacia en sentido estricto de la afiliación acaecida con DAVIVIR y posteriormente fue mi representada ni se comparte la consecuencia jurídica de trasladar todos los dineros, incluyendo los gastos de administración, toda vez que esta decisión, señores magistrados, va en contra del principio de la confianza legítima, el principio de la interpretación restrictiva de las normas sancionadoras y el principio de inescindibilidad de las normas.

En el primer sentido, señores magistrados, toda vez que según los términos del decreto 692 de 1994 en su artículo 11, el formulario de afiliación demostraba las aceptaciones de las características y los las obligaciones del régimen de ahorro individual, es decir, este formulario era un requisito sine qua non, sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 25 años después le resta valor probatorio, situación que no es óbice la jurisprudencia, pues su función, señores magistrados, es la de interpretar y dar alcances normativos, no de generar tarifas probatorias como en estos casos se han establecido, sí, en ese sentido señores magistrados se debe evaluar el formulario de afiliación como lo que es, como el documento que no fue tachado de falso, no fue desconocido, y un requisito sine qua non que demuestra el cumplimiento de las obligaciones pues para el momento de la afiliación, el requisito era que la afiliación fuera libre y voluntaria, como efectivamente lo confesó la hoy demandante (sic), el hoy demandante, perdón y exigirle a mi representada a traer pruebas diferente al formulario de afiliación es configuró una prueba indiabólico (sic) es decir, una prueba de difícil cumplimiento, toda vez que para dicha data mi representada no conservaba pruebas de la asesoría brindada, porque tenía la plena confianza de que era el formulario afiliación, quién iba a demostrar en un futuro tanto la existencia como la validez del contrato de afiliación y en ese sentido se debe establecer.

También sería establecer lo dicho por el demandante en su interrogatorio de parte donde se evidencia que conoce el régimen de ahorro individual y conocía las implicaciones al momento del traslado, situación que no se analizó tampoco dentro de la parte motiva de la sentencia.

Sobre las consecuencias relativas a la ineficacia, sentido estricto, es importante resaltar señores magistrados que se incumple el principio de la interpretación restrictiva de las normas sancionadoras. Recordemos que la ineficacia, en sentido estricto, es propiamente una sanción, y al ser propiamente una sanción, nos debemos establecer lo contenido en el artículo 271, que establece dejar libre al afiliado para que vuelva a ser de manera libre y voluntaria, su afiliación al régimen o entidad de pensiones que mejor le parezca y en ese sentido, señor de magistrados, no es cierto que las cosas se retrotraen a su estado original, pues se está confundiendo la figura de la inexistencia de la nulidad sustancial, sea absoluta o sea relativa y la figura de la ineficacia en sentido estricto, situaciones que son diferentes, como lo explica la Corte Constitucional en la sentencia C345 del 2017, pues resulta contradictorio en magistrados que asegura que nunca estuvo en el régimen de ahorro individual, pero se le deben trasladar los rendimientos financieros como si hubiera estado en el régimen de ahorro individual.

No puede ser, señores magistrados, que un acto jurídico que se declaren ineficaz en este caso surte efectos jurídicos para una en la parte como la demandante, que si se le generaron rendimientos financieros, pero no surte efectos jurídicos para mi representada, porque hay que trasladarlos todos los gastos de administración, incluso de manera indexada, a sabiendas que estos gastos de administración generaron esos rendimientos financieros que hoy está mi representada obligada a trasladar. Es importante resaltar también señores magistrados que al incumplir el principio de inescindibilidad de las normas que obliga a los operadores judiciales a irnos a todo el compendio normativo pues incumplen lo establecido en el artículo 9 del Código Civil, que establece que el desconocimiento de la norma no es excusa y no se da aplicación exacta

de que trata el artículo 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 42:02, CD folio 274, acta folios 275 y 276).

A su turno, PROTECCIÓN pide se revoque el numeral 4 en cuanto ordenó la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, por el tiempo que el demandante estuvo vinculado con esa entidad.

En sustento de ello, refiere, la Ley 100 de 1993 autorizó a las administradoras de fondos de pensiones, incluso al régimen de prima media, efectuar unas deducciones sobre el porcentaje que los afiliados aportan al sistema de pensiones, con el fin de cubrir los gastos de administración y pagar las prima de seguro previsional, dineros que no hacen parte de la cuenta del afiliado y que buscan generar, a través del sistema de capitalización, unos rendimientos que resultan ser considerablemente mayores a los obtenidos de prima media, los cuales

del artículo 1746, pues éste establece que la nulidad pronunciada en sentencia que da tránsito a cosa juzgada da a las partes, no a la parte vencedora en juicio a que las cosas se retrotraigan a su estado original y antes del estado original de la afiliación con DAVIVIR, pues propiamente no estaba en el régimen de ahorro individual y no se generaron esos rendimientos financieros importante en los mismos términos del 1746 donde cada parte es responsable de la pérdida de los intereses, la hoy demandante se le debió ordenar restituir estos ejercicios financieros, estos intereses financieros, pues de lo contrario se está proponiendo por un enriquecimiento sin causa. Sobre los gastos de administración, señores magistrados es importante resaltar que estos dineros, primeros, no son obligaciones, perdón, son obligaciones de tracto sucesivo, son obligaciones que no son susceptibles de restituciones en el sentido de señores magistrados de que estos dineros no entraron al patrimonio en su totalidad de mi representada, no se puede hablar de detrimentos patrimoniales como algunas jurisprudencias establecen en los términos del artículo 963 y tienen componentes de frutos financieros que mi representada no está en obligación de trasladar en los términos del artículo 964, pues dentro de ese proceso no sé logró acreditar a la mala fe, mi representada pues lo único que en sentencia no se logra desvirtuar son las presunciones de hecho establecidas en el acápite del escrito de demanda y no una prueba propiamente de la mala fe que se haya presentado o se haya establecido ni siquiera dentro del fijación del litigio, este elemento se estableció, por tanto, estas comisiones por administración y representaban esta obligación de trasladarlas.

Asimismo, estos dineros al no financiar pensiones en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, no revisten la protección de imprescriptibilidad establecida en el artículo 48, que establece que los descuentos a las cotizaciones, si son prescriptibles y en ese orden de ideas, muchos de estos dineros ya se encuentran prescritos y se propenderá por un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES. Pues además, señores magistrados, que los gastos de administración son administrados por COLPENSIONES en una cuenta aparte, y eso es prueba suficiente de que no financian pensiones, son prescriptibles, no son obligaciones susceptibles de restitución por tracto sucesivo y no se establece un título propio a título de que mi representada debe trasladar estos dineros sea por restituciones mutuas, dineros que no están en su patrimonio no aplicaría o sea por indemnizaciones de perjuicios, no se hicieron los análisis pertinentes de esta figura o una sanción en ninguna parte de la norma se establece que cuando mi representante incumplen deber de información, pues se debe responder con los gastos de administración de su propio patrimonio a título de sanción.

En ese sentido, señores magistrados, dejo sentado mis argumentos del recurso de apelación solicitando de manera muy respetuosa se revoque la sentencia proferida por el despacho y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones. Muchas gracias, señora juez.”

soportan la cuenta de ahorro individual. De este modo, alude, siendo posible su descuento por disposición legal, no debe ordenarse su devolución porque no ha actuado de mala fe y cumplió con el deber de administrar los dineros del afiliado, de allí que, en su sentir, tenga derecho a conservarlos.

Sobre ello, también refiere, por tratarse de dineros que nunca han hecho parte de la cuenta de ahorro individual del actor, deben ser asumidos con el patrimonio de esa sociedad, con lo cual se genera una condena en perjuicios que no hizo parte del litigio.

Adicionalmente, arguye, no se explica como por virtud de la ineficacia deben devolverse esos rendimientos que se dan únicamente por la afiliación al RAIS pues de no haberse vinculado nunca a ese régimen, dicho concepto sería diferente, siendo necesario efectuar una ponderación de cuál habría sido el valor obtenido de estar afiliada en prima media y trasladar ese valor, para que de esta forma se cumpla con las consecuencias de la ineficacia en sentido estricto²

² “Gracias Señoría, respetando la decisión que ha proferido el despacho, me permito presentar recurso de apelación solicitando los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, se revoca parcialmente la sentencia que se acabó de proferir en el numeral cuarto de la sentencia, donde se condena a mi representada trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración debidamente indexados por el tiempo que el demandante estuvo en vinculado con PROTECCIÓN.

Mi recurso lo sustentó en los siguientes argumentos. Es importante señalar que la Ley 100 de 1993 crea los fondos privados a través de los cuales se van a administrar los recursos de los afiliados al sistema general de pensiones. En esta ley se autoriza los AFP incluso al régimen de prima media, realizar unas deducciones sobre el porcentaje que los afiliados aportan al sistema general de pensiones esta deducción que cubre el 3% del aporte del 16% que hace el afiliado, se usa para cubrir los gastos de administración y pagar las primas del seguro previsional.

En cuanto a los gastos de administración, qué es lo que mi representada, pues es aquí condenada, se debe indicar que son dineros que no hacen parte de la cuenta que los afiliados, toda vez que estos dineros lo que se busca es generar a través del sistema propio de capitalización del fondo unos rendimientos de los cuales hoy por hoy, los afiliados en el régimen de ahorro individual se ven beneficiados, pues estos rendimientos son considerablemente mayores a los que se puede llegar a obtener en el régimen de prima media con administración definida y este beneficio económico, es lo que soporta que la cuenta de ahorro individual de los afiliados crezca en cuanto a una cuantía económica y que soporte el valor de mesada pensional, razón por la cual al ser unos dineros que permite la ley descontar, en ningún momento pues las AFP han entrado a actuar de mala fe o generar un engaño a los afiliados, toda vez que pues normativamente se está cumpliendo con el deber de administrar los dineros de todos los afiliados, generarle los rendimientos que se generan y a raíz de eso, pues mi representada tiene derecho a conservar estos dineros como una restitución mutua a su favor, sin que exista una norma jurídica que obligue a los, a las AFP a trasladar los gastos de administración.

Además, es importante señalar como lo considera la juez de primera instancia en sus consideraciones para el fallo, lo que se aplicó en es la figura de la ineficacia, en su sentido estricto es que las cosas vuelvan al estado en el que se encontraban cuando se realiza el traslado de régimen pensional. En ese sentido, no entiende está apoderada por qué se tienen que trasladar, por ejemplo, unos rendimientos que se dan única y exclusivamente por esa afiliación que hoy se declare ineficaz, pues el no haberse firmado este documento el demandante nunca se habría afiliado al régimen de ahorro individual y los rendimientos serían totalmente diferentes. Razón,

(Audiencia virtual de trámite y juzgamiento de que trata el artículo 80 del C.P.T y la S.S, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 48:14, CD folio 274, acta folios 275 y 276).

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 (folios 4 y 5) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 6 y 7), aspirando principalmente se declare la ineficacia, y en subsidio la nulidad, de la afiliación en pensión efectuada al RAIS a través de PROTECCIÓN y PORVENIR, estableciéndose que está válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES y que tiene derecho a que esta última entidad proceda al reconocimiento de su pensión de vejez. En consecuencia, se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos a que hubiere lugar, y a COLPENSIONES a activar su afiliación el RPM. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, ordenando a PORVENIR, como actual administradora al que se encuentra vinculado, trasladar a COLPENSIONES los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con sus respectivos intereses, esto es, los rendimientos causados. Adicionalmente, ordenó a PROTECCIÓN remitir a

por la cual entonces se haría una ponderación de cuál habría sido el valor obtenido en cuanto a rendimientos por parte del demandante en el régimen de prima media y trasladar este ese valor para que efectivamente se cumpla con la figura del ineficacia en su sentido estricto y los gastos de administración es importante señalar que son dineros que como nunca han hecho parte de la cuenta individual de la demandante, pues no hacen parte de dineros que mi representada pueda trasladar, sino que tendría que asumir con su propio patrimonio, generándose ya no una condena en cuanto a lo que verse el litigio que era la ineficacia o nulidad de la afiliación, sino una condena en perjuicios contra el patrimonio de PROTECCIÓN, la cual pues no hizo parte del litigio y tampoco se probó por parte del demandante los perjuicios ocasionados para constituirse así en una condena que, que se instauró en primera instancia.

En ese sentido, solicito respetuosamente a los honorables magistrados revocar parcialmente la sentencia que se acaba de proferir en lo relativo condenar a PROTECCIÓN a trasladar esos gastos de administración debidamente indexados. Muchas gracias, su Señoría.”

COLPENSIONES los costos cobrados por administración de manera proporcional al tiempo en que estuvo afiliado, debidamente indexados y a COLPENSIONES a aceptar los dineros devueltos por las AFP y efectuar los ajustes respectivos en la historia laboral del actor. Lo anterior tras considerar, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, que la demandada PROTECCIÓN (antes DAVIVIR) 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 milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 10 de junio de 1956 (*folio 16*), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES y PORVENIR el 7 de febrero de 2019 (*folios 32 y 38 a 40*), esto es, cuando contaba con la edad requerida en el RPM para acceder al derecho pensional -tenía 62 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -30 de junio de 1995⁴ -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 607.86 semanas, entre cotizadas al sistema y tiempos de servicios públicos, que corresponden a 11,65 años (*folios 60, 206 a 208 y CD folio 258*), por lo que

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

⁴ Era empleado de la Universidad de Cartagena, entidad del sector público departamental (Folios 60 a 76).

no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **25 de noviembre de 1997** (*folios 17, 202, 227 a 229 y 60*), por afiliación que hiciera a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, específicamente conforme la información consignada en la historia laboral válida para bono pensional expedida por el Ministerio de Hacienda, la comunicación suscrita por PROTECCIÓN dirigida al demandante sobre la constancia de traslado de aportes, la certificación de tiempos de servicios y el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por COLPENSIONES en el que se evidencia que el estado de la afiliación es “*trasladado*”, **precisándose**, en todo caso para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito –el cual no reposa en las diligencias– 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, aunado a que la afiliación realizada por el actor con DAVIVIR en la fecha antes anotada fue un aspecto admitido por PROTECCIÓN en la contestación de la demanda (*folios 214 a 226*).

Lo anterior impone a la AFP demandada PROTECCIÓN (antes DAVIVIR), 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 tunc*⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

Frente a este respecto además, esa alta Corporación en sentencia 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

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

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.

Del mismo modo se advierte, contrario a lo aludido por el apoderado de PORVENIR, no se enmarca el asunto en lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues la ineficacia en ese caso es consecuencia de *impedir o atentar “en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral”*, que no es el supuesto que aquí se discurre.

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 DAVIVIR.

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 más

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

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

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

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

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto

conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“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.

régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(...)

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

(...).

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información al accionante al momento de realizar el traslado de régimen pensional 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 de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que el asesor le dijo que el fondo tenía mayor liquidez, así como una mejor disposición a la hora de gestionar diferentes trámites, además, que podría pensionarse en iguales o mejores condiciones a las ofrecidas por el ISS y que los recursos del fondo

⁷ Cd folio 268, audiencia del 29 de septiembre de 2021, récord 29:53.

estaban protegidos, pero de manera alguna le indicaron sobre la existencia de una cuenta de ahorro individual, la generación de rendimientos y su impacto en el derecho pensional, la posibilidad de heredar los recursos ahorrados, entre otros aspectos. De hecho, cuando se le cuestionó si conocía los requisitos para pensionarse en el RAIS, dijo tener entendido que se requería unas semanas y una edad, situación que en manera alguna puede entenderse, como lo alega PORVENIR en la alzada, que el actor conocía dicho régimen pensional y menos aún, las implicaciones de su traslado.

Tampoco luce acreditado con el interrogatorio del representante legal de la demandada PORVENIR⁸, pues es claro que esa sociedad administradora de fondos de pensiones ninguna relación tuvo con el acto de afiliación que dio lugar al traslado de régimen, en tanto no intervino en dicho negocio jurídico.

De otra parte, aunque PORVENIR pide se tenga en cuenta el formulario de afiliación, lo cierto es que en las diligencias solo reposa el suscrito por el demandante con esa AFP (folios 265 vto. y 266 vto.), no así el que se signó con DAVIVIR, con quien, como se anotó de manera precedente, se generó el traslado de régimen pensional, razón por la cual, pese a que en dicho documento se plasmó un aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen, 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 al momento del traslado y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus* –como lo asevera PORVENIR-, 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.

Respecto al comunicado de prensa (*folios 209 a 210 y 237 a 238*), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

⁸ Cd folio 268, audiencia del 29 de septiembre de 2021, récord 14:30

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1997, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN (antes DAVIVIR), omitió en el momento del traslado de régimen (25 de noviembre de 1997), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

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

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*folios 265 vto. y 266 vto.*) 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 y, en esa medida, esa circunstancia no implica una ratificación de la voluntad de la afiliada de permanecer en el RAIS.

Frente al traslado a diversas AFP memórense los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, aquel con radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y más recientemente la sentencia SL1004-2021 Rad. 72930 del 1° de marzo del 2021, última en la cual se indicó:

“iii.ii ¿El traslado horizontal dentro del régimen se entiende como una ratificación del deseo de permanecer en él?

En cuanto al cambio de administradora, esta Corte ha establecido que el cambio no tiene como fin ratificar o darle validez al traslado de régimen que el afiliado realizó sin contar con la información veraz y suficiente que debió proporcionar la administradora de pensiones en su debido momento.

Al efecto se recuerda, que la Sala en diferentes pronunciamientos ha señalado que la falta de información no se subsana con los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en ahorro individual, tal como se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 septiembre de 2008, radicación 31989; reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083, cuyo texto señala lo siguiente:

“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.

[...]

“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” (subraya la Sala).

Con base en lo anterior, se equivocó el Tribunal al afirmar que, con el traslado de Protección S.A. a Colfondos S.A., era claro el deseo del señor Beltrán Giraldo de seguir en el Régimen de Ahorro Individual, pues conforme a la jurisprudencia anteriormente citada, en manera alguna puede aceptarse que el cambio de entidad subsane la nulidad del traslado, producto de la falta de información veraz y suficiente por parte de Protección S.A.

*Si bien esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que, con base en los **actos de relacionamiento** no se decreta la nulidad de traslado de régimen cuando se evidencian diversos cambios horizontales de administradora no sobra recordar que también se ha advertido que estas discusiones tienen un componente casuístico tanto de los elementos particulares de la situación en discusión como de los fundamentos de los jueces de instancia (CSJ SL4934-2020 y SL3752-2020).”*

Con relación a los actos de relacionamiento como indiciarios de la ratificación de la voluntad a la que se ha hecho referencia, entre otras, en las sentencias SL3752 de 2020 y SL2440-2021 emanadas de las Salas de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, vale la pena señalar que la Sala Penal de la Corte

como juez constitucional, al resolver una acción de tutela presentada por esta última decisión, estableció que esa Corporación desconoció el precedente consolidado por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esa Corte frente al deber de información, el cual debe mirarse al momento del acto jurídico de traslado, sin que resulte relevante las actuaciones efectuadas con posterioridad al mismo.

Puntualmente, en sentencia del STP-15228 de 2021, sostuvo:

“7.1. Al confrontar los fundamentos de la decisión cuestionada con los anteriores desarrollos jurisprudenciales, se advierte que la Sala de Descongestión No.4 se distancia de manera abierta de los precedentes que en la materia ha fijado la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte.

*7.1.1. Como se dejó visto, la Sala de Descongestión, al dar por acreditado el cumplimiento del deber información por parte de la administradora, tomó en cuenta actos posteriores -aportes adicionales y traslado entre fondos privados-, desconociendo que “ello no contrarresta el incumplimiento del deber de información exigible a la administradora privada de pensiones, el cual como ya se advirtió, **debe ser oportuno e integral al momento del traslado.**” (CSJ, SL3611, 11 agosto de 2021, Rad. 88467).*

Es decir, que con la aplicación de estos criterios la autoridad judicial accionada dejó de lado, sin justificación razonable alguna, la línea jurisprudencial consolidada por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte, en cuanto que el cumplimiento de la asesoría o información debidas debe analizarse al momento del acto jurídico del traslado, sin que resulten relevantes las actividades o actuaciones que el afiliado realice con posterioridad.

En este punto, por tanto, se advierte estructurado un defecto por desconocimiento del precedente judicial.

7.2. Adicionalmente a esto, la Sala de Descongestión, en el análisis que le permitió concluir que en este caso el deber de información había sido satisfecho por la AFP demandada, introdujo la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», que fue abordada por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte en la SL413-2018, no para definir un caso de ineficacia del traslado de régimen pensional, sino en un asunto en el que se discutía el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, donde resultó necesario el análisis de la voluntad de permanencia del afiliado en un específico régimen pensional.

7.2.1. Esta interpretación implicó, a no dudarlo, una modificación o variación de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte, en punto a que el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar.

7.2.2. Esta modificación del precedente jurisprudencial estructura un defecto orgánico, en razón a que la Sala de Descongestión accionada no tenía competencia para realizar esa variación doctrinal, de conformidad con el artículo 2° de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un parágrafo al art. 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

(...)

7.2.4. Es claro, entonces, que las Salas creadas en el marco del programa de descongestión no tienen competencia para modificar la jurisprudencia de la Sala permanente, ni para crear nuevas líneas interpretativas, y que cuando por mayoría consideren que es necesario realizar esta clase de cambios, deben remitir el asunto a la Sala permanente.

7.2.5. Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2° de la Ley 1781 de 2016. De esta manera, se advierte también estructurado un defecto orgánico, que torna viable la concesión del amparo constitucional.”

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (folio 173), de todos los costos cobrados por concepto de administración 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.

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 del demandante.

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

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

[...]

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

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

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

Igualmente, en la sentencia 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 afiliado el 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.**”*

Igualmente, con relación a la orden del juez de primer grado de disponer el pago debidamente indexado de la devolución de dichos gastos de administración, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, sin que ello

represente una condena adicional pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la condena cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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 lo anterior, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia en este aspecto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por PORVENIR – apelante- y COLPENSIONES –entidad a favor de quien se surte la consulta-⁹ (folios 168 a 169 y 251) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL-1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que, además, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

⁹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 11 de mayo de 2021 (folio 203).

accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

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

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

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

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

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 de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SONIA MILENA
RODRÍGUEZ ROMERO CONTRA SAATEX GROUP S.A.S CONTRA ROYER
ANTONIO LANCHEROS RODRÍGUEZ (RAD. 09 2019 00607 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 294 a 297 y 2098 a 300), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, contra la sentencia proferida por el Juez Novena (9) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de junio de 2021 (CD folio 281, récord 43:05 acta a folios 285 a 287), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre SANDRA MILENA RODRÍGUEZ ROMERO y SAATEX GROUP S.A.S. existe una relación laboral regida inicialmente por un contrato de trabajo a término fijo que inicio el 03 de marzo de 2011, que se prorrogó sucesivamente hasta el 11 de abril de 2016 y que a partir de allí mediante un contrato de trabajo a término indefinido que duró hasta el 27 de noviembre de 2018 estuvo vinculado con la demanda de acuerdo con las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR que entre SAATEX GROUP S.A.S. perdón que SAATEX GROUP S.A.S. sustituyó en calidad de empleador a ROYER ANTONIO LANCHEROS RODRIGUEZ a partir del 01 de marzo de 2014 y se declaró solidariamente responsable a dicha sociedad respecto de las obligaciones causadas y exigibles a ROYER ANTONIO LANCHEROS RODRIGUEZ con anterioridad al 01 de marzo de 2014.

TERCERO: CONDENAR a SAATEX GROUP S.A.S. a reconocer y pagar a SONIA MILENA RODRIGUEZ ROMERO los siguientes valores \$3.245.220 pesos por concepto de cesantías \$202.804 pesos por intereses sobre las cesantías \$1.096.423 pesos por compensación de vacaciones y \$779.500 pesos por auxilio de transporte sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago efectivo de conformidad con el IPC certificado por el DANE.

CUARTO: CONDENAR a SAATEX GROUP S.A.S. a cancelar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTIAS PORVENIR y a su entera satisfacción el cálculo actuarial resultante de la falta de afiliación a pensiones de la demandante desde el 03 de marzo hasta el 30 de junio de 2011 a su vez se condenará a pagar los aportes insolutos mediante planilla tipo J teniendo en cuenta que respecto de los ciclos de abril 2017 en el que deberá tomarse como base \$1.108.459 pesos, en noviembre 2017 deberá tomarse como base la suma de \$2.412.820 pesos y en noviembre de 2018 deberá tomarse como base la suma de \$1.625.841 pesos, igualmente se precisa que la demandada deberá presentar la correspondiente solicitud al fondo de pensiones referido una vez ejecutoriada esta decisión y cancelar la suma establecida por dicho ente entre el plazo máximo determinado por el mismo.

QUINTO: DECLARAR PARCIALMENTE probada la excepción de compensación y la de prescripción respecto de los derechos causados y exigibles con anterioridad al 22 de marzo de 2016.

SEXTO: ABSOLVER a SAATEX GROUP S.A.S. de las demás pretensiones incoadas por SONIA MILENA RODRIGUEZ ROMERO en el presente proceso.

SÉPTIMO: Las costas serán a cargo de los demandados en partes iguales y fijándose como agencia en derecho la suma de \$360.000 de conformidad con lo motivado en esta sentencia se notifica a las partes en estrados y contra la misma procede el recurso de apelación.”

Inconformes con la decisión, las partes la apelaron.

En primer lugar, la demandante, centra su inconformidad frente a la negativa de la juez de acceder al pago de las comisiones y la sanción moratoria. Frente a lo primero, refiere, es claro que en el contrato suscrito el 11 de abril de 2016, pactó con SAATEX GROUP S.A.S. la suma de \$804.000 más el 0.7% de las comisiones sobre el valor de las *ventas brutas*, la cual se define como “*el monto total de las ventas de una empresa por la actividad comercial*”, de allí que no pueda interpretarse como “*el valor vendido por un solo vendedor, ni en un solo local*”.

En esa orientación, estima, las comisiones del 0.7% deben calcularse teniendo en cuenta las ventas brutas o ventas totales de la empresa, por ser lo que expresamente se acordó, lo cual, asegura, se corrobora tanto con el interrogatorio de parte, como con los testimonios recibidos, quienes manifestaron que “*la señora Milena Comisionaba por todo lo que se vendía no importaba el vendedor*” y, en caso de existir duda en la interpretación que debe dársele al contrato de trabajo, habría lugar a aplicar el principio de favorabilidad, previsto en el artículo 21 del C.S.T., por ser dicho instrumento contractual ley para las partes.

Adicionalmente, dice, las ventas brutas de la empresa se encuentran probadas por ingresos recibidos en Bancolombia, debidamente certificados por dicha entidad financiera “*que solo pueden provenir de su actividad comercial*”, y con base en dichas sumas de dinero debidamente probadas, liquidar las comisiones.

En lo que toca a la indemnización moratoria, aduce, la demandada no ha actuado de buena fe y, por el contrario, se sustrajo de sus obligaciones, trató de evadir una sustitución patronal y ocultar su antigüedad, advirtiéndolo, aunque tuvo varias oportunidades para resarcir lo atinente a los pagos inoportunos de prestaciones sociales y consignación de cesantías, como las peticiones efectuadas ante su empleador y la posibilidad que se otorgó de conciliar.

Por ello, sostiene, es claro que la pasiva nunca tuvo la intención de resarcir los errores que cometió, por lo que debe condenarse el pago de la referida indemnización¹ (CD folio 281, récord 46:12, acta a folios 285 a 287).

¹ *“Muchísimas gracias su señoría actuando en calidad de apoderado de la parte demandante me permito presentar recurso de apelación con base en las siguientes consideraciones entonces primero en el presente asunto creo que es claro que la demandante pactó contrato de trabajo suscrito con SAATEX GROUP S.A.S. el día 11 de abril de 2016 un salario de \$804.000 pesos más el 0,7% de las comisiones sobre el valor de las ventas brutas lo cual quedó digamos textualmente pactado.*

Con esas comisiones pactadas sobre las ventas brutas lo primero y lo sencillo que debemos hacer es remitirnos a la definición de lo que es ventas brutas, cierto, y digamos cuando nos dirigimos a un diccionario a Google o a cualquier otro buscador y miramos qué son ventas brutas, digamos es forzoso concluir que las ventas brutas son el monto total de las ventas totales de una empresa en un determinado momento, es decir, la cantidad total de las ventas de una empresa por actividad comercial, por definición, estas son las ventas brutas. Jamás podría entenderse por ventas brutas el valor vendido por un solo vendedor, ni en un solo local, pues esto se refiere de manera inequívoca expresa y clara a las ventas totales de una empresa o negocio. Algunas definiciones que podemos de ventas brutas son las siguientes “el termino ventas brutas se refiere a la cantidad de ventas acreditadas a una empresa a raíz de su actividad comercial” en otra definición “las ventas brutas son el monto que mide las ventas totales de una empresa en un determinado periodo de tiempo”; otra tercera definición ventas brutas “totalidad de los ingresos de una empresa que provienen de las ventas en un periodo de tiempo”.

Dicho lo anterior es evidente que lo que SAATEX GROUP S.A.S. pactó con la demandante como comisiones fue el 0,7% de las ventas brutas, es decir, ventas totales de una empresa tal y como lo señalo la demandante en su declaración, pues esto es fue claramente así pactado y también lo indicaron los testigos de la parte demandante que la señora MILENA comisionaba por todo lo que se vendía no importaba el vendedor. A pesar de ser claro el contrato respecto de las comisiones pactadas, pues expresamente se señaló que era sobre las ventas brutas ya dijimos la definición de esto, en el hipotético caso de que llegaran a existir dudas de lo que se pactó en el contrato creo que habría lugar a dar aplicación al artículo 21 del código sustantivo del trabajo, el cual es tajante y claro al señalar en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas en este caso sobre la ley de las partes, que es el contrato, siempre prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador con base en el principio de favorabilidad, pues dicha norma establece lo siguiente “artículo 21 normas más favorables en caso de conflicto y duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo prevalece la más favorable al trabajador”.

Sabemos que el contrato y las cláusulas pactadas en él, son normas pactadas entre las partes, que pues en caso que haya duda en la aplicación, que, pues a mi juicio no la hay, en caso que hubiera duda de lo que se pactó, siempre se debe interpretar de manera favorable al trabajador. Entonces no hay duda de lo que se pactó en el contrato como comisiones y su definición, pero en caso de existir duda siempre debió aplicarse esa duda en beneficio del trabajador que, pues con todo respeto, creo en la sentencia no se hizo.

Ahora bien, están demostradas y probadas las ventas brutas de SAATEX GROUP S.A.S. por ingresos recibidos en Bancolombia y debidamente certificados por la entidad bancaria, ingresos que sólo pueden provenir de su actividad comercial pues la parte demandada, si bien se refirió que ROGER LANCHEROS recibía dinero por otras fuentes, esto no puede suceder y no sucedió con SAATEX GROUP S.A.S pues las comisiones debían liquidarse con base en la certificación de Bancolombia seguramente con muchas más sumas de dinero, de dinero en efectivo y de otras

A su turno, la apoderada judicial del extremo pasivo, difiere de la interpretación dada por el *a quo* frente a la existencia del contrato de trabajo, particularmente por declarar una sola vinculación entre marzo de 2011 y noviembre de 2018, por cuanto, a su juicio, con el material probatorio recaudado es posible verificar que fueron tres las vinculaciones de la actora con los demandados, así: una con ROYER LANCHEROS de manera escrita, y dos con SAATEX, uno verbal y otro escrito, a partir de las cuales no se cumplen los elementos de la sustitución patronal y que modifican la decisión frente a la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones.

De otro lado, considera que los salarios empleados por el Despacho no corresponden a las liquidaciones incorporadas como prueba, las que estima ajustadas a la ley.

Frente al cálculo actuarial ordenado, refiere, la afiliación echada de menos por el despacho por el lapso comprendido entre marzo y junio de 2011, fue efectuada por ROYER quien pagó el respectivo aporte.

formas de ingreso, pero que no pudimos probarlo, pero si tenemos la prueba de que las ventas brutas y los ingresos brutos de la empresa por lo menos en Bancolombia entonces debió haberse tenido en cuenta estas sumas de dinero.

Ahora bien, respecto de la indemnización moratoria, pues a juicio de la parte demandante la parte demandada no ha actuado de buena fe, pues de lo contrario se sustrajo de sus obligaciones trató de evadir una sustitución patronal de alguna forma trato de ocultar esa antigüedad de la trabajadora y tuvo varias oportunidades para resarcir el tema de los pagos inoportunos de prestaciones sociales y de la consignación de las cesantías en tiempo, como lo fue el derecho de petición que presentó la demandante de manera directa al empleador, creo que fue una oportunidad que tuvo el empleador de resarcir estos errores, de empezar a pagar en debida forma las prestaciones sociales y por supuesto de consignar en un fondo las cesantías, pero además de esto cuando se terminó el contrato de trabajo tuvo otra oportunidad de volver a resarcir esos errores, y no lo hizo, y posterior a esto presentamos un nuevo derecho de petición en el que tampoco, teniendo una tercera oportunidad de resarcir esos errores, tampoco tuvo la intención de hacerlo.

Entonces creo que el actuar de la parte demandada no es, no ha sido de buena fe, creo que tuvo oportunidades para hacerlo en el trascurso del proceso, si bien es cierto lo que se hace en la conciliación no obliga en este caso, yo creo que se debe tener en cuenta de alguna forma el actuar de la parte demandada el empleador, nadie está obligado a conciliar por supuesto, pero si tiene una cuarta oportunidad de ver que hay errores porque no decir mira los errores son pequeños hay una posibilidad conciliemos por tanto, entonces creo que en realidad la parte demandada nunca tuvo la intención, jamás tuvo la intención de resarcir los errores que si cometió, por el contrario evitó la sustitución patronal trató de evitar y de opacar una antigüedad que tenía la demandante, entonces la parte demandada no actuó de buena fe, hay una indemnización moratoria que sin duda debía, debía condenarse por la no consignación de las cesantías durante la vigencia del contrato de trabajo y por el no pago de las prestaciones sociales y salarios y a la terminación del contrato de trabajo entonces digamos que estos son los dos puntos que atacaría de la sentencia y con eso termino mi presentación señoría.”

En lo que toca a la diferencia por cesantías, aduce, atendiendo precisamente los reclamos de la actora efectuó los ajustes correspondientes sobre las diferencias encontradas por la empresa² (CD folio 281, récord 53:16, acta a folios 285 a 287).

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 ordinario, las pretensiones visibles a folios 53 a 54 vto., las cuales encontraron soporte en los fundamentos fácticos de folios 49 a 53, encaminadas a que se declare que con ROYER LANCHEROS RODRÍGUEZ existió un contrato de trabajo desde el 3 de marzo de 2011 y hasta febrero de 2014 y con SAATEX GROUP S.A.S., desde esta última fecha y hasta el 27 de noviembre de 2018, estableciéndose que operó, por ministerio de la ley, una verdadera sustitución patronal entre ROYER

² “Gracias su señoría de igual forma me permito presentar el recurso de apelación ante el Honorable Tribunal de Bogotá sobre la decisión que su despacho ha proferido el día de hoy.

Respetuosamente frente a la decisión del punto uno en donde su despacho indica se da declaración a una relación, a una única relación laboral con un extremo temporal desde marzo de 2011 a noviembre de 2018 esta apoderada difiere de esta interpretación que su despacho ha hecho en razón a que en la documentación y probatoria que se debatió en este proceso, con los interrogatorios de parte y los testimonios, se pudo verificar que efectivamente existieron tres vinculaciones de parte de la aquí demandante y de los demandados, una con el señor ROGER LANCHEROS que fue plasmada en forma escrita y dos con SAATEX una de forma verbal y la otra de forma escrita, en razón a estas formas de vinculación y a que en los dos empleadores no cumplen los elementos que indica el código sustantivo del trabajo, en relación con los elementos de la sustitución patronal que justamente fueron contestados en el hecho 11 de la demanda en donde no se prueba que efectivamente se cumplan esos 3 elementos que indica el código sustantivo del trabajo entonces diferimos a que en relación a que existe una sustitución patronal que de todas maneras si cambia de fondo la decisión que su despacho ha formulado en relación con la reliquidación o sea con el punto 3, 4, 5 y 6, sobre la reliquidación de las prestaciones sociales cesantías, intereses, vacaciones y auxilio de transporte.

También hacemos un reparo sobre los mismos de conformidad con las liquidaciones que se allegaron como prueba los salarios que dieron origen a dicha reliquidación, no son los mismos que su despacho encontró, por lo tanto consideramos que las liquidaciones que se allegaron se ajustan a la ley.

Y respecto del punto 7, en el que su despacho echa de menos que no encuentra las afiliaciones de marzo, del 03 de marzo al 30 junio de 2011, estas afiliaciones si se hicieron y fueron pagadas por el señor ROGER por lo tanto dicha afiliación no corresponde a hacer un cálculo actuarial porque efectivamente si se pagaron.

Y respecto del punto 8, donde se encuentra una diferencia en cuanto a las cesantías de noviembre de 2017 y noviembre del 2018 justamente con los reclamos que la demandante hizo a mi representada se le hicieron ajustes sobre las diferencias que justamente encontró la empresa entonces pues por estos motivos que acabo de exponer y que en su debida oportunidad detallare ante el Tribunal Superior de Bogotá presento mi recurso de apelación para que sea absuelto de forma total mi representado el señor ROGER LANCHEROS y mi representada SAATEX GROUP S.A.S muchas gracias su señoría en ese sentido mi recurso.”

ANTONIO LANCHEROS y SAATEX GROUP S.A.S., por seguir la demandante prestando el servicio en las mismas condiciones que venía haciéndolo, de manera ininterrumpida y sin solución de continuidad. En consecuencia, se condene a las demandadas, solidariamente, a pagar a su favor las vacaciones no disfrutadas, el auxilio de transporte, la prima de servicios, el auxilio de cesantías, los intereses a las cesantías, los aportes a seguridad social con base en el salario realmente devengado, causados en vigencia de la relación laboral, la indemnización por la no consignación oportuna de las cesantías y la sanción por el no pago de prestaciones sociales y salarios. Además, se imponga el pago del trabajo suplementario, dominical, festivo y de horas extras realizado entre marzo de 2011 y el 27 de noviembre de 2018 y de las comisiones a su favor correspondientes al 0.7% por el valor de las ventas brutas del local de la marca “X-NOW” antes de IVA; la dotación de calzado y vestido de labor, y la sanción por despido sin justa causa, todo debidamente indexado. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró la existencia de una única relación laboral entre la demandante y SAATEX GROUP S.A.S del 3 de marzo de 2011 al 27 de noviembre de 2018, en tanto operó la sustitución patronal con ROYER ANTONIO LANCHEROS RODRÍGUEZ a partir del 1 de marzo de 2014, declarando a los demandados solidariamente responsables de las obligaciones causadas y exigibles a este último con anterioridad a dicha fecha.

Además, se condenó a la sociedad llamada a juicio a pagar las diferencias por cesantías, intereses sobre las cesantías, compensación de vacaciones y auxilio de transporte, debidamente indexados, a cancelar el cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 3 de marzo y el 30 de junio de 2011 y a reliquidar los aportes con el verdadero salario, para los ciclos abril de y noviembre de 2017.

Declaró parcialmente probadas las excepciones de compensación y prescripción respecto de los derechos causados y exigibles con anterioridad al 22 de marzo de 2016, absolviendo a los demandados de las pretensiones relativas a la dotación, pago de comisiones, indemnización por despido sin justa causa y sanciones moratorias.

Lo anterior, tras considerar, en lo que toca a la existencia del contrato que la demandante suscribió contrato a término fijo inferior a un año con ROYER LANCHEROS el cual se prorrogó hasta el 1 de marzo de 2014 fecha a partir de la cual fue sustituido a SAATEX GROUP S.A.S, con quien la relación se extendió hasta el 27 de noviembre de 2018, precisando, no tuvo validez la terminación suscrita con ROYER LANCHEROS porque la demandante continuó prestando sus

servicio, con idénticas funciones y en el mismo establecimiento, de allí que haya operado la sustitución patronal entre los demandados.

Frente a las comisiones, no halló prueba de su pacto en fecha anterior a la suscripción del contrato escrito con SAATEX en el año 2016, último en el que se previó el pago del 0.7%, anotando, no era posible atender la interpretación que la parte actora hace de dicha cláusula, porque la intención de las partes era remunerar las ventas efectuadas por la trabajadora, no resultando lógico que recibiera una comisión que no estaba sujeta a su gestión o la prestación directa de sus servicios. En todo caso, dijo, de entenderse que eran sobre la totalidad de las ventas de la empresa, estas no se encontraban probadas porque no era posible establecer, de la certificación expedida por Bancolombia, que todas las sumas allí depositadas eran producto únicamente de transacciones por ventas del local donde trabajaba la demandante.

Tampoco encontró probado, de manera inequívoca, el trabajo suplementario, siendo ello carga de la parte actora.

Con relación a las acreencias laborales pretendidas en el libelo, encontró diferencias entre lo liquidado por el Despacho y lo efectivamente pagado a la actora respecto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones. Además, discurrió, pese a que la trabajadora devengaba más de 2 SMLMV, el pago del auxilio de transporte había sido pactado en el contrato, mismo que le fue pagado durante la vigencia del contrato, con excepción del periodo comprendido entre marzo y diciembre de 2016, que ordenó cancelar.

Negó la dotación por no encontrar prueba del perjuicio causado, la sanción por despido indirecto al no acreditarse los motivos que sustentaron la renuncia de la demandante y las sanciones moratorias por acreditar la buena fe de la demandada en tanto pagó lo que creía deber y adelantó gestiones tendientes a cumplir.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por las partes, en los puntos 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*).

Pues bien, en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el

salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

Así las cosas, se tiene, no es objeto de controversia en esta instancia, que la demandante laboró para los demandados en el periodo comprendido entre el 3 de marzo de 2011 y el 27 de noviembre de 2018. Sin embargo, mientras la parte actora asegura que esta se ejecutó en virtud de un único contrato de trabajo en virtud de la sustitución patronal acaecida entre los demandados, esto por su parte aducen que fueron tres los vínculos existentes y no operó esta última figura.

Conforme a lo anterior y en aras de establecer si en efecto existió la mencionada sustitución patronal, es menester señalar dicha figura se encuentra definida en el artículo 67 del C.S.T., el cual prevé: *“Se entiende por sustitución de patronos todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto este no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios”*.

De la anterior definición se desprende que para que se configure la sustitución patronal se requiere: i) cambio de patrono cualquiera sea la causa; ii) continuidad de la empresa, es decir que exista continuidad en el desarrollo de sus labores y continuidad del trabajador, esto es, prestación ininterrumpida de sus servicios personales **dentro del mismo contrato**. Igualmente se ha dicho que *“en la sustitución de empleadores, no solo hay una transmisión de actividad; también se transfieren las estructuras y elementos organizativos suficientes para dar continuidad a la explotación de bienes y servicios ofrecidos al mercado. Por tanto, no hay sucesión de empresas si no opera este trasvase de los medios organizativos y productivos de una compañía a la otra, que le permitan seguir explotando el negocio cedido”* (SL 3001 del 2020).

Con relación a ello, el órgano de cierre de esta jurisdicción, de antaño ha enseñado que

“(…) de acuerdo con el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo, hay sustitución de patronos cuando se presenta un cambio de patronos, la continuidad de la empresa y la continuidad del trabajador en el servicio. El cambio de un patrón por otro puede ser por cualquier causa: venta, arrendamiento cambio de razón social, etc., y de una persona natural por otra natural o jurídica o de una persona jurídica por otra jurídica o natural. La continuidad de la empresa refiere a lo esencial de las actividades que venía desarrollando, y la continuidad del trabajador o su permanencia en la empresa cuando se produce el cambio con la subsiguiente prestación de los mismos servicios al nuevo patrono.” (Sentencia del 27 de agosto de 1973, M.P. José Eduardo Gnecco C.)

Aunado a lo anterior ha de tenerse en cuenta que si bien uno de los factores que configuran la sustitución de patronos es la continuidad en la prestación del servicio, no basta que se demuestre simplemente el hecho de que el trabajador siguió laborando en la empresa, sino que es necesario establecer que actuaba dentro del mismo contrato.

Al tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1943 de 2016, reiterada en la SL2831 de 2017, refiriéndose a otras anteriores, indicó

“(…)

Sobre el particular, corresponde decir a la Sala que ha sido criterio jurisprudencial reiterado de vieja data el siguiente:

*Vale la pena anotar que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte es esencial al fenómeno de la sustitución patronal que se reúnan determinadas condiciones. “Para que se opere la sustitución de patronos, dijo la Corte, es necesario que concurren tres requisitos: cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador en el servicio. **Y no ocurre este último requisito, dejándose de producir, por consiguiente, la sustitución de patronos, cuando el trabajador acuerda con el antiguo patrono la terminación de su contrato y seguir prestando sus servicios al nuevo patrono, en ejercicio de un nuevo contrato, lo cual no quebranta ningún régimen legal.***

Si bien es cierto que uno de los factores que configuran la sustitución de patronos es la continuidad en la prestación del servicio, no basta que se demuestre simplemente el hecho de que el trabajador siguió laborando en la empresa, sino que es necesario establecer que actuaba dentro del mismo contrato, esto es, que la relación jurídica se hallaba vigente respecto al patrono sustituido para que el sustituto lo recibiera con las consecuencias que la ley previene”. (Sent. abr. 16/56, Rev. D del T., vol. XXIII, núms. 136-138, pág. 152).

Y es que la institución de la sustitución patronal tiene por fin amparar al trabajador contra una imprevista e intempestiva extinción del contrato producida por el cambio de un patrono por otro, cualquiera que sea la causa, ya se trate de mutación de dominio (permuta, venta, cesión, traspaso, sucesión por causa de muerte), enajenación del goce (arrendamiento, alquiler, etc.), alteración de la administración, modificación en la sociedad, transformación o fusión de ésta, liquidación o cualquier otra causa. Por consiguiente, cuando existe o media la sustitución patronal, los contratos de trabajo no se extinguen, son los mismos y deben continuar con el nuevo patrono. Por eso, no puede haber solución de continuidad entre el contrato de trabajo que rigió entre el trabajador y el sustituido, respecto del contrato de trabajo que pueda haber entre aquél y el sustituto. De allí que una continuidad de servicios del trabajador, pero mediante distinto contrato con el nuevo patrono, no configura el fenómeno de la sustitución patronal””. (CSJ, Cas. Laboral, Sent., feb.11/81).”

Conforme lo anterior, descendiendo al estudio del elenco probatorio, se encuentran como documentos relevantes, los siguientes:

- Contrato de trabajo a término fijo por un año, suscrito entre la demandante y ROYER ANTONIO LANCHEROS RODRÍGUEZ el 1 de marzo de 2011, para que la actora desempeñara el cargo de vendedora (folio 73).

- “*Mutuo Acuerdo*” celebrado entre SONIA MILENA RODRÍGUEZ ROMERO y SAATEX GROUP S.A.S, en el cual las partes “*dan por terminado el contrato de trabajo sostenido entre EL EMPLEADOR y EL TRABAJADOR que inició el día 14 de marzo de 2014 y se da por terminado el día 30 de marzo de 2016*” (folios 153 a 154), declarándose a paz y salvo por todo concepto, previa la cancelación de las prestaciones sociales respectivas.
- Copia del Contrato Individual de Trabajo a Término indefinido suscrito entre SAATEX GROUP S.A.S y la actora el 11 de abril de 2016, para desempeñar el cargo de “*administrador de punto de venta*”, devengando como salario la suma de \$804.000 mensuales más subsidio de transporte y el 0.07% “*sobre el valor de las ventas brutas antes de IVA*”. (folios 28 a 30 y 149 a 151).
- Certificación laboral expedida por SAATEX GROUP S.A.S el 12 de junio de 2019, en la que hace constar (folio 12):

“Certificamos que el (la) Señor(a) SONIA MILENA RODRÍGUEZ ROMERO Identificado(a) con C.C. No. 1.022.947.471 fue trabajadora de nuestra compañía, a saberse:

<i>FECHA DE INGRESO:</i>	<i>11 DE ABRIL DE 2016</i>
<i>FECHA DE RETIRO:</i>	<i>27 DE NOVIEMRBE DE 2018</i>
<i>SALARIO BÁSICO:</i>	<i>\$804.000 MAS SUBSIDIO DE</i>
<i>TRANSPORTE</i>	
<i>COMISIONES:</i>	<i>0.7% DEL VALOR DE LAS VENTAS</i>
	<i>BRUTAS ANTES DE IVA</i>
<i>CARGO:</i>	<i>ASESORA DE VENTAS</i>
<i>TIPO DE CONTRATO:</i>	<i>INDEFINIDO</i>
<i>CON DESTINO A ENTIDAD:</i>	<i>A QUIEN INTERESE</i>

(...)”

- Copia de la Historia Laboral expedida por PORVENIR S.A., en la que se avizoran cotizaciones en pensión a favor de la demandante por el periodo comprendido entre julio de 2011 y febrero de 2011 por el empleador ROYER ANTONIO LANCHEROS RODRÍGUEZ y de marzo de 2014 a octubre de 2018 por SAATEX GROUP S.A.S. (folios 7 a 10).
- Liquidación de prestaciones sociales realizada el 5 de diciembre de 2018, en el que consta como fecha de ingreso el 1 de abril de 2016 y retiro el 27 de noviembre de 2018 (folio 35).
- Carta de “*renuncia motivada*” presentada por la trabajadora a SAATEX GROUP S.A.S el 27 de noviembre de 2018, por la cual pone fine al

contrato de trabajo “escrito” por justa causa imputable a la empresa (folios 82 y 83, 155 a 156)

- Copia de la liquidación de prestaciones sociales efectuada, el 31 de diciembre de 2014 por SAATEX GROUP S.A.S, por el periodo comprendido entre el 31 de enero de 2014 y el 31 de diciembre de ese año (folio 174).
- Copia de la liquidación de prestaciones sociales para las anualidades 2011 a 2013, efectuadas por el empleador ROYER ANTONIO LANCHEROS (folio 175, 176, 177 y 178).

De igual forma, los testigos MARY LUZ PAEZ RODRÍGUEZ³, ANGIE TATIANA SÁNCHEZ⁴, JUANITA ISABEL ROZO⁵, BRIAN STIVEN ORTEGA⁶, XIMENA CARDOZO⁷, JOSE ALBEIRO ROMERO⁸, FLOR MARINA MUÑOZ⁹ y TITO BRIAN GONZÁLEZ VARGAS¹⁰, los primeros como compañeros de trabajo y los dos últimos como personas cercanas al establecimiento donde prestaba los servicios la actora, aunque desconocen situaciones concretas sobre la vinculación de la demandante con los demandados, si dan cuenta que, aunque en diferentes épocas, al menos entre el 2012 y el 2018, la demandante laboró con la marca X-NOW, en un local comercial ubicado en EL GRAN SAN, en San Victorino, esto es, para el tiempo en que fue contratada tanto por ROYER LANCHEROS como por la sociedad SAATEX GROUP S.A.S., información que resulta consistente con lo advertido por la actora en su interrogatorio de parte e incluso y lo aceptado por la demandada en su contestación, en la que indicó ser cierto que la demandante prestó sus servicio en el establecimiento de comercio denominado “X-NOW” (respuesta al hecho 6, folio 184).

De conformidad con los medios de prueba señalados, para la Sala es clara la relación laboral que existió entre la actora y el señor ROYER ANTONIO LANCHEROS, suscrita el 1 de marzo de 2011, conforme da cuenta el contrato que milita a folio 73; sin embargo, aunque en la contestación de la demanda se asevera por el extremo pasivo que este finalizó de manera verbal el 13 de marzo de 2014, ningún elemento de los acopiados al expediente da cuenta de ello y, por el contrario lo que se advierte del *dossier* es que la trabajadora continuó con la prestación de sus servicios, en las mismas condiciones y bajo el mismo contrato,

³ CD folio 281, récord 1:14:28, parte 1

⁴ CD folio 281, récord 1:32:39, parte 1

⁵ CD folio 281, récord 2:17:11, parte 1

⁶ CD folio 281, récord 2:52:10, parte 1

⁷ CD folio 281, récord 3:03:29, parte 1

⁸ CD folio 281, récord 0:09:50, parte 2

⁹ CD folio 281, récord 1:55:53, parte 1

¹⁰ CD folio 281, récord 2:35:24, parte 1

teniendo como empleador a SAATEX GROUP S.A.S., a partir del 14 de marzo de 2014 como la llamada a juicio lo confiesa.

Así, pese a que, como se anotó en apartados anteriores, en criterio de la Corte no concurre el presupuesto de “continuidad del trabajador en el servicio”, cuando se acuerda con el antiguo empleador la terminación de su contrato de trabajo y seguir prestando sus servicios al nuevo patrono, en ejercicio de un nuevo contrato, lo cierto es que aunque así se alegó, la ruptura del nexo inicial no quedó acreditada con ninguno de los elementos de convicción aportados al plenario. Adicionalmente, aun cuando SAATEX GROUP S.A.S, sostiene que variaron las condiciones laborales de la trabajadora, lo cierto es que tales aseveraciones no encuentran soporte alguno en los medios de prueba a los que se hizo referencia y, por el contrario, estos apuntan a establecer que ocurrió un cambio de empleador en el que esta persona jurídica continuó fungiendo en esta condición, en virtud de una verdadera sustitución patronal.

Ahora bien, no obstante establecerse que existió sustitución patronal, a juicio de esta Corporación no puede concluirse, como lo hizo la juez *a quo*, que existió una sola relación laboral, como quiera que de los medios de prueba se desprende que ese vínculo que inició con ROGER LANCHEROS en 2011 y fue sustituida a SAATEX GROUP S.A.S en marzo de 2014, finalizó por mutuo acuerdo entre las partes el 30 de marzo de 2016 (folio 153 a 154), acuerdo al que no es dable restarle validez, ante la ausencia de acreditación de vicio alguno que conlleve a la declaratoria de su ineficacia, por el contrario, lo que denota ese legajo, es la voluntad inequívoca de las partes de dar fin al vínculo que los ataba, tan es así que procedieron a la correspondiente liquidación de prestaciones sociales (folio 252).

Adicional a lo anterior, luce evidente que entre la finalización de este contrato y el inicio del siguiente con SAATEX GROUP S.A.S -11 de abril de 2016-, transcurrieron 11 días, tiempo suficiente para interrumpir la continuidad del contrato, sin que tampoco se acreditara la prestación personal del servicio de la accionante a favor de la demandada por dicho lapso para que pueda beneficiarse de la presunción a que se refiere el artículo 24 del C.S.T.

De esta manera emana evidente que fueron las partes quienes decidieron dar fin al contrato que los ataba, sin que de dicho acuerdo de voluntades se adviertan visos de nulidad o ilegalidad, o el ánimo de defraudar o eludir obligaciones laborales a favor de la trabajadora, o por lo menos ello no luce acreditado en el expediente.

En ese entendido, aunque ante supuestos de suscripción de varios contratos de trabajo, se debe ser muy cauteloso en el examen de las pruebas y especialmente esmerados a la hora de verificar una posible unidad contractual, pues estas prácticas se han adoptado con el ánimo de restar antigüedad en el servicio del trabajador, o beneficiarse en la liquidación de la cesantía o la potestad de dar por terminado el contrato de trabajo¹¹, ello no significa necesariamente que siempre que estemos ante contratos sucesivos existe unidad contractual¹², pues puede suceder, como de hecho aquí acontece, que existan varias relaciones laborales independientes entre sí, cada una las cuales tuvo su propio modo de terminación y fueron debidamente liquidadas, porque ello puede verificarse real y verídicamente dentro del normal desarrollo de la actividad laboral y aparece con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento de otro.

En el caso de autos, ninguna circunstancia contraria a los derechos de la trabajadora, como las que acaban de exponerse, se configura, pues se insiste, los contratantes de manera libre y voluntaria pusieron fin al contrato de trabajo que los vinculaba para dar paso a condiciones laborales que, aunque guardan similitud frente al objeto, obedecieron igualmente al consenso de los contratantes. Nótese además que la nueva contratación reguló lo relativo a la remuneración de la trabajadora, específicamente en lo que toca a la liquidación y pago de su comisión (folios 149 a 151).

Del mismo modo, ha de decirse, tampoco es prueba de la unidad contractual la certificación de folio 11, en donde se indica que la relación inició el 3 de marzo de 2011, pues tal afirmación fue desvirtuada con la suscripción de los contratos atrás referidos aunado al hecho que, JOSE ALBEIRO ROMERO RODRÍGUEZ, quien la suscribe, negó en su declaración encontrarse vinculado a SAATEX GROUP S.A.S para la fecha en que dicho documento fue expedido -4 de julio de 2018- y haberla firmado por hacerle un favor a la demandante para acceder a un crédito de vivienda, precisándose según el principio de la primacía de la realidad, en caso de

¹¹ Sentencia SL15986 de 2014, reiterada en SL 1211 de 2019.

¹² Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado de antaño que *“No se puede hablar de dos contratos mientras no haya diferencias esenciales en el objeto mismo del contrato, o mientras no se haya terminado una relación laboral y se haya iniciado otra. Aunque la jurisprudencia ha admitido que pueden existir dos contratos de trabajo distintos que se suceden, es necesario que aparezca con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento de otro, y la causa para el cambio de objeto que haga distinta la vinculación jurídica”* (CSJ, Cas. Laboral, Sent. Sep. 2/77).

Así mismo, esa Corporación puntualizó que cuando se trata de Contratos de Trabajo sucesivos, no siempre se reconoce la existencia de un solo contrato al indicar: *“La sola circunstancia de que haya mediado un pequeño margen de tiempo entre la terminación de un contrato y el comienzo de otro no es razón suficiente para sostener la unicidad del vínculo o la existencia de simulación en la extinción del primero, puesto que nada impide y bien puede suceder, como de hecho aquí ha acontecido, que tal situación ocurra real y verídicamente dentro del normal desarrollo de la actividad laboral de las empresas”* (CSJ – SCL radicado 20946 de 17 de septiembre de 2003)

discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

Por lo anterior se lleva al convencimiento de la Sala, si bien es cierto existió prestación del servicio durante el lapso señalado en el libelo, ésta no fue continua, sino interrumpida, existiendo 2 contratos de trabajo entre las partes (Del 1 de marzo de 2011 al 30 de marzo de 2016 (con sustitución patronal) y del 11 de abril de 2016 al 27 de noviembre de 2018), no logrando la parte interesada, acorde al artículo 167 del C.G.P., acreditar una sola relación laboral, tal como se solicita en la demanda, toda vez que no existe prueba que sustente su dicho.

En tal sentido, como el demandante fundamentó todos sus pedimentos en la existencia de un solo contrato de trabajo, se tendrá en cuenta únicamente la última relación que unió a las partes (11 de abril de 2016 –fecha de suscripción del contrato a término indefinido, folio 149 a 151- al 27 de noviembre de 2018 – renuncia de la trabajadora, folio 155, calenda esta sobre la que no existió discusión alguna).

Al respecto, se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia del 19 de octubre de 2006 radicación 27371, reiterada en SL 2708 de 2019, en la que determinó que al aparecer acreditadas varias vinculaciones laborales, cuando en la demanda se partió del hecho de la ocurrencia de un solo contrato de trabajo, se debe analizar entonces la última de ellas. Así razonó la alta Corporación:

“En cuanto a la existencia de solución de continuidad entre los diversos contratos, se observa que, de acuerdo con la certificación aportada a folios 131 y 225, de los contratos suscritos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, apenas si se presentaron algunas interrupciones entre uno y otro contrato, siendo la mayor apenas de una semana, entre el 28 de febrero y el 8 de marzo de 1999, por lo que no aparece que se hubiere dado una solución de continuidad de la relación laboral, toda vez que, a pesar de ser numerosos los contratos celebrados por unos términos establecidos, la verdad que aflora es que la demandante siempre cumplió las mismas funciones para el demandado, por lo que la suscripción de un nuevo contrato, cada vez que se vencía el anterior, apenas era una mera formalidad y no obedecía a la intención de desvincular a la trabajadora.

Cosa diferente ocurre con el contrato celebrado a partir del 1 de agosto de 1993, que venció el 30 de enero de 1994, pues el siguiente se celebró un mes después, el 1 de marzo de 1994, de donde, por lo prolongado de la interrupción del servicio, no es posible inferir que la intención de las partes era continuar con una misma relación de trabajo y que apenas se trataba de una mera formalidad.

Como quiera que las pretensiones de la demanda inicial están cimentadas sobre la base de una sola relación de trabajo, se tendrán en cuenta para reexaminar las condenas de primera instancia, los extremos comprendidos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, que corresponden a la última relación laboral continua sostenida por las partes.

En este orden de ideas y una vez dilucidada la existencia de las diversas vinculaciones laborales, habrán de modificarse los numerales primero y segundo de la sentencia de primer grado, lo que de contera, descarta la responsabilidad solidaria entre los demandados que fuera declarada en la sentencia objeto de reproche, y se adentrará la Sala al estudio de los demás aspectos discurridos en la alzada, pero como ya se dijo únicamente frente al contrato desarrollado del 11 de abril de 2016 al 27 de noviembre de 2018.

En tal sentido y en lo que toca a las comisiones a las que se refiere la parte actora en su recurso, es del caso indicar, en el contrato celebrado el 11 de abril de 2016 (folios 28 a 30) las partes acordaron un tipo de salario variable, constituido por una suma fija de \$804.000 más auxilio de transporte y el 0.7% de comisiones “sobre el valor de las ventas brutas antes de IVA”.

En criterio de la activa, la interpretación que se dé a este apartado contractual impacta el valor que debió percibir por comisiones ya que, para ese extremo procesal atendiendo el concepto de “*ventas brutas*”, estas tenían que haberse calculado sobre las ventas totales de la empresa.

Al respecto, debe tenerse en cuenta, aunque en materia contable o económica las “*ventas brutas*” corresponden “*al monto que mide las ventas totales de una empresa en un determinado periodo de tiempo, sin incluir los impuestos*”¹³, lo cierto es que dicha norma contractual no puede mirarse de manera aislada sino atendiendo el tipo de negocio jurídico que se está celebrando y la voluntad de las partes, por lo que la expresión “*ventas brutas antes de IVA*”, debe ser interpretada en el sentido que las comisiones serían calculadas sobre aquellos dineros provenientes de las ventas efectuadas por la trabajadora, que resulten de descontar el impuesto al valor agregado IVA, de allí que se refieran a “*ventas brutas*” pues así se les conoce en el argot popular.

Para la Sala, tal como lo sostuvo la juez de primer grado, no resulta lógico que reciba una comisión sobre el total de las ventas efectuadas por la empresa, cuando únicamente laboraba en un establecimiento de comercio y el resultado no estaba sujeto a su gestión o la prestación directa de sus servicios.

De hecho, la misma demandante era consciente que la liquidación de sus comisiones dependía de sus ventas y sobre estas, efectuaba las reclamaciones respectivas ante su empleador.

¹³ <https://glosario.mott.pe/marketing/palabras/ventas-brutas>

En todo caso, aunque se aceptara la interpretación que efectúa la demandante sobre la estipulación contractual, lo cierto es que no habría lugar a disponer el pago de comisión alguna a su favor, por cuanto no existe elemento de prueba dentro del plenario del que pudiera efectuarse la liquidación de las mismas, como quiera que la actora no cumplió con la carga de acreditar a cuánto ascendían las “*ventas brutas*” de la compañía SAATEX GROUP S.A.S, lo cual no puede verificarse de la certificación expedida por BANCOLOMBIA (folios 273 y CD folio 273 A), debido a que lo único que enseña ese documento son los valores que han ingresado a la cuenta de la empresa, empero se desconoce el concepto al que responden los mismos. No pueden equipararse dichas sumas con dineros provenientes de las ventas de la compañía, pues no se tiene certeza si la sociedad demandada desarrolla otras actividades comerciales que pudieran generarle ingresos.

Bajo tal derrotero, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en este aspecto.

En lo que toca a la liquidación de acreencias laborales (cesantías, primas de servicios, intereses a las cesantías y vacaciones), la pasiva refiere que los salarios tenidos en cuenta por la *a quo* no responden a lo acreditado dentro del plenario y que pagó en debida forma las mismas a la demandante, según las liquidaciones aportadas en su oportunidad.

Al punto, se tiene que al plenario se aportaron los desprendibles de nómina de enero a noviembre de 2018 (folios 89 a 99) y de abril a diciembre de 2017 (folios 100 a 109), en los que se evidencian los pagos efectuados a la demandante en dichos interregnos.

Conforme tales documentos, la demandante recibió para el año **2018**, un salario

promedio de \$1.237.189,92 y para el 2017 \$1.283.747,25¹⁴ más el auxilio de transporte, cifras inferiores a las determinadas por la juzgadora de primer grado para esas anualidades (2017: \$1.577.793; 2018: \$1.372.669).

En lo que corresponde al año 2016, al expediente se incorporaron copias de un cuaderno diligenciado a mano alzada, del que se desconoce su autor o procedencia, en las que se relacionan valores de “gastos y ventas” y las cuales no dan certeza que lo allí escrito responde a lo recibido o pagado a la demandante en esa anualidad. Además, pese a que reposa “notificación de transacción” en la que se observa una transferencia por valor de \$4.740.475 con el comentario “pago de prima, excedente de más bonificación de mes de diciembre de 2016” (folio 120), no existe certeza a quién pertenece la cuenta de destino y si ese concepto le correspondía a la ahora convocante del juicio. Igual situación ocurre con la que milita a folio 125, por \$3.820.070.

Ahora, también reposa copia de la liquidación de la prima de servicios del segundo semestre de 2016 (folio 249), en la que se advierte como salario básico la suma de \$730.300 y auxilio de transporte por \$77.700, así como un promedio de comisiones de \$1.994.041, valor este que, se entiende, corresponde a los últimos 6 meses que son la base para el cálculo de este tipo de prestaciones. Con base en tal documento, el salario promedio del año 2016, ascendió a \$ 896.470,00 y no a \$1.8991.239, como lo determinó la jue a quo.

14

Periodo	Días laborados	Básico	Devengado	Aux. Transporte	Comisión			
nov-18	12	\$ 928.620,00	\$ 371.448,00	\$ 29.404,00	\$ 697.221,00	2018		PROMEDIOSALARIAL
nov-18	15	\$ 928.620,00	\$ 464.310,00	\$ 44.106,00	\$ -	BASICO	\$ 928.620,00	\$ 1.237.189,92
oct-18	15	\$ 928.620,00	\$ 464.310,00	\$ 44.106,00	\$ -	PROMEDIOCOMISIONES	\$ 308.569,92	
oct-18	15	\$ 928.620,00	\$ 464.310,00	\$ 44.106,00	\$ 469.979,00	AUX. TRANSPORTE	\$ 88.212,00	
sep-18	15	\$ 928.620,00	\$ 464.310,00	\$ 44.106,00	\$ 330.694,00			
sep-18	15	\$ 928.620,00	\$ 433.356,00	\$ 38.225,00	\$ -			
ago-18	15	\$ 928.620,00	\$ 464.310,00	\$ 44.106,00	\$ -			
ago-18	13	\$ 928.620,00	\$ 402.402,00	\$ 38.225,00	\$ 269.973,00			
jul-18	15	\$ 928.620,00	\$ 464.310,00	\$ 44.106,00	\$ -			
jul-18	15	\$ 928.620,00	\$ 464.310,00	\$ 44.106,00	\$ 367.668,00			
jun-18	15	\$ 928.620,00	\$ 464.310,00	\$ 44.106,00	\$ 749.775,00			
jun-18	15	\$ 928.620,00	\$ 464.310,00	\$ 44.106,00	\$ -			
may-18	15	\$ 928.620,00	\$ 464.310,00	\$ 44.106,00	\$ 305.235,00			
may-18	15	\$ 928.620,00	\$ 464.310,00	\$ 44.106,00	\$ -			
abr-18	15	\$ 928.620,00	\$ 464.310,00	\$ 44.106,00	\$ -			
mar-18	15	\$ 928.620,00	\$ 464.310,00	\$ 44.106,00	\$ 258.054,00			
mar-18	15	\$ 928.620,00	\$ 464.310,00	\$ 44.106,00	\$ -			
feb-18	7	\$ 928.620,00	\$ 216.678,00	\$ 20.583,00	\$ 29.249,00			
feb-18	6	\$ 928.620,00	\$ 185.724,00	\$ 17.642,00	\$ -			
ene-18	15	\$ 928.620,00	\$ 464.310,00	\$ 44.106,00	\$ -			
ene-18	13	\$ 928.620,00	\$ 402.402,00	\$ 38.225,00	\$ 224.931,00			
				SUMATORIA COMISION 2018	\$ 3.702.839,00			
abr-17	29	\$ 884.400,00	\$ 854.920,00	\$ 80.368,00	\$ 224.059,00	2017		PROMEDIOSALARIAL
may-17	30	\$ 884.400,00	\$ 884.400,00	\$ 83.140,00	\$ 511.543,00	BASICO	\$ 884.400,00	\$ 1.283.747,25
jun-17	15	\$ 884.400,00	\$ 442.200,00	\$ 41.570,00	\$ -	PROMEDIOCOMISIONES	\$ 399.347,25	
jul-17	15	\$ 884.400,00	\$ 442.200,00	\$ 41.570,00	\$ 471.094,00	AUX. TRANSPORTE	\$ 83.140,00	
jul-17	15	\$ 884.400,00	\$ 490.000,00	\$ 41.570,00	\$ -			
ago-17	15	\$ 884.400,00	\$ 442.200,00	\$ 41.570,00	\$ -			
ago-17	15	\$ 884.400,00	\$ 884.400,00	\$ 83.140,00	\$ 628.886,00			
sep-17	15	\$ 884.400,00	\$ 442.000,00	\$ 41.570,00	\$ -			
sep-17	15	\$ 884.400,00	\$ 442.200,00	\$ 41.570,00	\$ 464.645,00			
oct-17	15	\$ 884.400,00	\$ 442.200,00	\$ 41.570,00	\$ 963.520,00			
oct-17	15	\$ 884.400,00	\$ 442.000,00	\$ 41.570,00	\$ -			
nov-16	15	\$ 884.400,00	\$ 442.200,00	\$ 41.570,00	\$ 1.528.420,00			
nov-17	15	\$ 884.400,00	\$ 442.000,00	\$ 41.570,00	\$ -			
dic-17	15	\$ 884.400,00	\$ 442.000,00	\$ 41.570,00	\$ -			
				SUMATORIA COMISION 2018	\$ 4.792.167,00			

Con ello, efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, se obtienen los siguientes valores y conceptos:

Año	Días Laborados	Salario Promedio	Salario Base Prestaciones (Con auxilio)	Cesantías	Intereses a las Cesantías	Prima de Servicios	Vacaciones
2016	260	\$ 896.470,00	\$ 974.170,00	\$ 703.567,22	\$ 60.975,83	\$ 703.567,22	\$ 323.725,28
2017	360	\$ 1.283.747,25	\$ 1.366.887,25	\$ 1.366.887,25	\$ 164.026,47	\$ 1.366.887,25	\$ 641.873,63
2018	326	\$ 1.237.189,92	\$ 1.325.401,92	\$ 1.200.225,07	\$ 130.424,46	\$ 1.200.225,07	\$ 560.172,10
TOTALES				\$ 3.270.679,54	\$ 355.426,75	\$ 3.270.679,54	\$ 1.525.771,00

TOTAL ACREENCIAS: \$ 8.422.556,84

Ahora de acuerdo con la información que milita en el plenario, la demandada efectuó pagos a la trabajadora así:

- \$ 2.270.830,00 Liquidación 2018 (cesantías, vacaciones –del 1 de abril al 27 de noviembre de 2018- y prima segundo semestre, folio 232).
- \$1.341.620,00 Prima de junio 2018 (folio 233)
- \$526.218 Vacaciones (del 1 de abril de 2017 al 30 de marzo de 2018, folio 243)
- \$206.477 (intereses a las cesantías 2017, folio 244)
- \$ 678.911,00 (Prima de junio de 2017, folio 245)
- \$ 2.899.200,00 (Prima de diciembre de 2017, folio 246)
- \$ 1.739.975,00 (Cesantías 2017)
- \$ 442.620,00 (vacaciones del 1 de abril de 2016 al 30 de marzo de 2017)
- \$ 1.401.021,00 (Prima segundo semestre de 2016)
- \$ 1.727.311,00 (Cesantías 2016).

Las anteriores cifras suman **\$13.234.183,00**, que superan con suficiencia las sumas liquidadas por esta Corporación (\$8.422.556,84), y que imponen revocar las diferencias ordenadas a favor de la actora por cesantías, intereses sobre las cesantías y compensación por vacaciones.

En lo que toca a los aportes a seguridad social, se dispondrá la revocatoria del cálculo actuarial por disponerse el pago del mismo sobre un periodo que no está comprendido en el contrato que aquí se estudia.

Adicionalmente, frente a la reliquidación ordenada de los periodos a pensión de abril y noviembre de 2017, y noviembre de 2018, debe precisarse:

Con relación al primero, se advierte que en ese mes la demandada tuvo como salario base de liquidación la suma de \$1.108.459 (folio 100) -suma indicada por la

juzgadora de primer grado y que corresponde efectivamente a lo retribuido a la demandante en ese periodo-, lo cierto es que efectuó el aporte inicialmente en cuantía de \$ 961.776 (según se observa de la historia laboral), y aunque intentó corregir dicha deficiencia, lo hizo sobre la base de \$1.028.059 (folio 231), existiendo todavía una diferencia a cancelar a favor de la trabajadora.

Frente al periodo de noviembre de 2017, se observa que de acuerdo al desprendible de nómina la actora recibió como salario la suma de \$2.412.820, mientras que la cotización se hizo sobre la base de \$1.970.620, esto es, por un valor menor.

Y con en lo que toca al ciclo noviembre de 2018, no se advierte siquiera prueba de su pago.

Por lo dicho, procede la confirmación de la sentencia de primer grado en este punto.

Finalmente, en lo que corresponde a las sanciones a que se refieren los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del C.S.T., se advierte la improcedencia de las mismas. La primera, en razón a que las cesantías de las anualidades 2016 y 2017 fueron consignadas a un fondo según se advierte de las planillas visibles a folios 248 y 251, y las proporcionales del 2018 fueron pagadas directamente a la trabajadora al momento de finiquitar el vínculo laboral (folio 232). Y la segunda, no prospera ante la ausencia de emolumentos de carácter salarial o prestacional que se adeuden a la trabajadora.

De esta manera, agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentemente expuestas, lo que se sigue es la revocatoria parcial de la sentencia apelada.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primer grado en el sentido de declarar que entre SANDRA MILENA RODRÍGUEZ ROMERO y

SAATEX GROUP S.A.S existieron dos contratos de trabajo, así i) del 1 de marzo de 2011 al 30 de marzo de 2016; ii) del 11 de abril de 2016 al 27 de noviembre de 2018, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO de conformidad con lo expuesto en la parte motiva y, en su lugar, ABSOLVER a ROYER ANTONIO LANCHEROS RODRÍGUEZ de la responsabilidad solidaria.

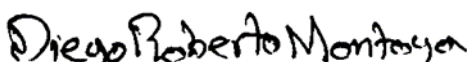
TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral TERCERO de la sentencia de primer grado, en cuanto ordenó el pago cesantías, intereses a las cesantías y compensación de vacaciones, confirmando en lo demás.

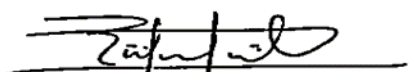
CUARTO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral CUARTO de la sentencia de primer grado, en cuanto condenó a los demandados a pagar el cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 3 de marzo y el 30 de junio de 2011, confirmando en lo demás.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MANUEL ANIBAL VEGA RIVERA CONTRA MANTENIMIENTO Y MONTAJES INDUSTRIALES S.A. SUCURSAL COLOMBIA, ACCIONA INFRAESTRUCTURA S.A. SUCURSAL COLOMBIA Y ECOPETROL S.A. (RAD. 11 2017 00094 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de la parte demandante (Folios 948 a 951) y demandada (folios 942 a 947), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de julio de 2021 (Audiencia Virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas MANTENIMIENTO Y MONTAJES INDUSTRIALES S.A, SUCURSAL COLOMBIA, ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A SUCURSAL COLOMBIA, y ECOPETROL S.A, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor MANUEL ANIBAL VEGA RIVERA, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR probados los hechos sustento de la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas al demandante, liquídense por secretaria, fíjense en ellas la suma de \$300.000 valor en que se estima las agencias en derecho, y de conformidad con la normatividad esbozada señalada en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: CONSULTAR esta decisión con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en favor del demandante en caso de no ser apelada de manera oportuna por este sujeto procesal, y de

*conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta
sentencia”*

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación solicitando se condene y en su lugar sean concedidas todas las pretensiones solicitadas en la demanda. Como fundamento de su inconformidad, expresa en primer lugar, referente a la prescripción, que la parte demandante interrumpió la prescripción; solicita no se tenga en cuenta la anterior reclamación, toda vez que no expresa de forma clara y contundente las solicitudes expuestas por el actual apoderado de la parte demandante.

Añadió, si bien hubo un cese de actividades y del contrato de trabajo, dicho cese fue atribuibles a las demandadas, toda vez que se dieron por obligación de éstas con las comunidades, al no cumplir con las obligaciones a que se había comprometido. Respecto a la indemnización moratoria y la sanción de por no pago de cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, estima la procedencia, porque no se demostraron las razones por las cuales la demandada cesó las actividades

Referente a los viáticos y prestaciones convencionales, solicita que se paguen en su totalidad de conformidad con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, pues aunque las partes pactaron que no tenían incidencia salarial, lo cierto es que las mismas tenían como fin enriquecer el patrimonio del trabajador, como lo refirió el testigo José Galeano, quien relató que el demandante tenía que moverse por distintas regiones del país, por lo que solicita se tenga en cuenta esa incidencia salarial para la liquidación de todas las prestaciones del trabajador.¹.

¹ **Apoderado demandante (1:34:49):** Gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad legal me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de exponer por el despacho, el cual resulta pues ser muy sorpresiva porque inicialmente se dice que las prestaciones prosperan parcialmente y al final se absuelve de todo de todas las pretensiones incoadas en la demanda, dejando así pues a la parte demandante, digamos en disposición para apelar.

En primer lugar, pues me permito apelar de la siguiente manera, en cuanto a la prescripción, efectivamente la parte demandante interpuso interrumpió la prescripción, con la el escrito presentado el 05 de septiembre del 2016, situación por la cual no debe tenerse en cuenta la documental ya que se menciona, en primer lugar, por el juzgado, toda vez que en la primera no se mencionan de carácter claro, fehaciente y preciso, SE ENTRECORTO, que intentan reclamar, que son las mismas en este caso, cuando se hizo la reclamación por parte del suscrito apoderado son las mismas que se incoan en las pretensiones de la demanda.

En segundo lugar, si bien es cierto hubo una cesación de actividades por parte de la empresa demandada, y del contrato de trabajo, hay que tener en cuenta que estas actividades no fueron por culpa, esta cesación de actividades fueron por culpa de la empresa ECOPETROL como de la empresa o del CONSORCIO MAXACCIONA, toda vez que los paros fueron, fueron por omisión de las obligaciones de ECOPETROL como de MAXACCIONA, con las comunidades a no cumplir con las obligaciones que se le han comprometido, como es era la construcción de carreteras, la construcción de escuelas y hospitales, y por el no pago oportuno de las servidumbres por donde iban a pasar el oleoducto, entonces la justificación de que los salarios insolutos que se están haciendo referencia, se tiene que pagar teniendo en cuenta el artículo 140 al demandante, ya que no hubo culpa de esta para que hubieran cesaciones.

En cuanto a la indemnización moratoria, pues lógicamente aquí se aplicaría digamos porque no se probó como lo manifestó el juzgado inicialmente, los motivos por los cuales la demandada hubiera cesado las actividades dentro del proceso, y lo mismo pasa con las prestaciones de la ley 50 de 1990, por el no pago oportuno de las mismas o consignadas a los fondos de cesantías.

Respecto de las viáticos y demás prestaciones convencionales, solicito al juzgado o al superior que se haga condena de las mismas, toda vez que en principio no se condenó a los viáticos que están relacionados al artículo 127 del Código Sustantivo del trabajo, y que fueron así las partes hayan pactado que no eran sujeto de salario, estas prestaciones no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que esas prestaciones convencionales enriquecerían el patrimonio de, trabajador, y no hacina parte o no se pagaban para desempeñar a cabalidad las funciones del trabajador, y así como lo dijo el demandante en el testigo JOSE GALEANO, estas comisiones se pagaban y se demostraban y con ese testimonio demostraba que no era culpa del trabajador, se realizaran digamos las labores.

Juez (1:40:09): Doctor Carlos Arturo se le fue el sonido.

Apoderado demandante (1:40:16): El testigo JOSE.

Juez (1:40:36): Otra vez se quedó sin sonido, no apague el micrófono por favor. Retome

Apoderado demandante (1:40:40): El testigo JOSE GALEANO manifestó al juzgado que el demandante era creedor de unos viáticos por comisión, porque fue contratado en el municipio de Villavicencio, y le tocaba desplazarse a distintos lugares del departamento tanto de Cundinamarca como del meta y por mandato del artículo 127 de la Convención Colectiva de trabajo, de que regula ECOPETROOL, le correspondía dichas comisiones, situación por la cual esta prestación generaría como factor salarial, en la liquidación de las demás prestaciones sociales a que tiene derecho el trabajador. Me reservo el derecho pues de ampliar este recurso de apelación, toda vez que fue sorpresa para nosotros, creíamos que iba a favor del demandante, de la segunda instancia en la audiencia correspondiente señor juez.

Juez (1:42:00): Listo, apoderada ECOPETROL. Doctora Lopez García.

Apoderada ECOPETROL (1:42:10): Doctor sin recursos, conforme con la decisión.

Juez (1:42:14): CONSORCIO MAXACTIVA que representa a las dos sociedades. Doctor Ronald,

Apoderado CONSORCIO (1:42:18): Gracias, señor juez. Sin recurso, las alegaciones las haré en su momento en la segunda instancia. 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 MANUEL ANIBAL VEGA RIVERA en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda, expediente físico folios 237 al 251 del cuaderno 1, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 241, 242 y 243 del mismo expediente, aspirando se declare entre las partes existió un contrato de trabajo que se extendió entre el 01 de junio de 2012 y el 7 de octubre de 2013, se declare que la sociedad demandada terminó el contrato del demandante estando él en San Ignacio – Meta, faltando 32 kilómetros para terminar el oleoducto, se declare que su actividad laboral corresponde a lo establecido a la tabla E-10 equivalente a un salario de 2'112.600, se declare se le deben pagos salariales comprendidos entre el 5 de junio y el 3 de agosto de 2012 y el del 16 de julio al 20 de agosto de 2013, y del 21 de septiembre al 7 de octubre de 2013, se declare que la demandada adeuda valores correspondientes a viáticos y prestaciones convencionales, se declare la incidencia salarial de los viáticos y prestaciones convencionales en la liquidación de las prestaciones sociales, cesantías y demás derechos de ley.

Como consecuencia de estas declaraciones, solicita que se condene a las demandadas a, el pago de los salarios insolutos, la reliquidación del auxilio de cesantías, de los intereses de las cesantías, a la reliquidación de la prima de servicios, de la prima de servicios convencional, de las vacaciones, de las vacaciones convencionales, de la prima de vacaciones convencional, a la reliquidación de la prima convencional de habitación, del sobretiempo convencional ordinario diurno, a los viáticos convencionales, a la indemnización por despido sin justa causa, a la indemnización moratoria, a la indexación, a la sanción moratoria por no consignación año a año de las cesantías a un fondo, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Obtuvo en primera instancia una decisión desfavorable, en la que luego de encontrar procedente el pago de los salarios adeudados por el periodo comprendido entre el 5 de junio y el 3 de agosto de 2012 y frente a la

indemnización moratoria el pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 65 C.S.T. y desestimar las restantes pretensiones, declaró probada la excepción de prescripción formulada por las demandadas, debido a que el contrato de trabajo terminó el 7 de octubre de 2013; la primera reclamación administrativa fue radicada el 29 de octubre de 2013 y la demanda se presentó el 6 de febrero de 2017, es decir, cuando ya había expirado el término legal extintivo.

Establecidos los antecedentes procesales se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la demandante, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

La Sala empieza por definir que no es objeto de discusión la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el Consorcio Masa Acciona conformado por las sociedades Mantenimiento y Montajes Industriales S.A. y Acciona Infraestructuras S.A. Sucursal Colombia, mediante contrato por obra o labor, que se extendió entre el 1° de junio de 2012 y el 7 de octubre de 2013, por virtud del cual, el demandante desempeñó el cargo de mecánico I, hechos que además se constatan en el contrato de trabajo aportado (fls. 35 a 39) y la liquidación final de prestaciones (fl. 336).

Acreditada la existencia del contrato de trabajo que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales reclamados, resulta factible pasar al estudio de la excepción de **prescripción**², declarada por el a quo y punto inicial de la apelación, conviene memorar, en materia laboral el término trienal para la operancia del fenómeno de la prescripción se encuentra consagrado en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L. y S.S., el cual se debe contabilizar desde el momento en que los derechos reclamados son exigibles y puede ser interrumpido por una sola vez por un lapso igual mediante la reclamación presentada por el trabajador.

² Propuesta en oportunidad por las sociedades Mantenimientos y Montajes Industriales S.A. Sucursal Colombia y Acciona Construcción S.A. Sucursal Colombia desde la contestación de la demanda (fol. 319) y por Ecopetrol S.A. (fol. 843) contestaciones que se admitieron por el juzgado mediante auto de 21 de marzo de 2019 (fol. 887 y 888).

Bajo los parámetros referidos, en el caso de marras, se itera, no es objeto de controversia en esta instancia la fecha finalización del vínculo laboral -7 de octubre de 2013, del cual surgen los derechos reclamados en la demanda, siendo entonces dicha data la tomada por el *a quo* para la exigibilidad de tales acreencias, por lo que desde ahí deberá contabilizarse el término trienal de prescripción antes señalada.

Para estudiar el fenómeno extintivo, el juez de conocimiento tuvo en cuenta como el de reclamación, el presentado por la parte demandante el 29 de octubre de 2013 (fl. 340); sin embargo, el recurrente considera que para tal efecto debió tenerse en cuenta la reclamación de fecha 5 de septiembre de 2016 (fls. 206 a 2014), considerando, en la primera solicitud no se hace una explicación clara respecto a los derechos reclamados.

Frente al documento que debe ser tenido en cuenta, conviene precisar, de la lectura del primero de ellos radicado el 29 de octubre de 2013, se colige, cumple con las exigencias señaladas en el artículo 151 del C.P.T. y SS., por tratarse del simple reclamo dirigido al empleador, efectivamente recibido por la parte demandada y además, los derechos reclamados se encuentran claramente determinados y corresponden a los mismos que se reclaman en la presente acción.

En ese orden, fue con el referido documento, con el que se interrumpió el plazo extintivo y no con el presentado el 5 de septiembre de 2016, como erradamente señala el apoderado recurrente. Recuérdese, el artículo 489 C.S.T. prevé la interrupción de la prescripción por una sola vez.

Conforme a lo anterior, al haberse presentado la reclamación al ex empleador el 29 de octubre de 2013 (fl. 340), se interrumpió el fenómeno extintivo; sin embargo, la demanda fue presentada el 6 de febrero de 2017, como consta en el acta de reparto (fl. 237), es decir, habiendo transcurrido un tiempo superior a tres años, situación que como lo señaló el juez a quo, lleva a concluir que todos los derechos reclamados en la presente demanda se encuentran cobijados por el fenómeno extintivo de la prescripción.

Así las cosas, aunque el recurrente formuló otros puntos de inconformidad frente a la sentencia de primer grado, como que el demandante no fue culpable del cese de actividades, la procedencia de la indemnización moratoria y de la sanción por no consignación de cesantías y la procedencia del pago de viáticos

extralegales, esta Sala de decisión estima innecesario acometer dicho análisis, pues aún de llegar a concluir la procedencia de los citados derechos reclamados, lo cierto es que éstos también estarían afectados por la prescripción.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia, por el estudio de los motivos de apelación, habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por el Juez de primera instancia, se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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

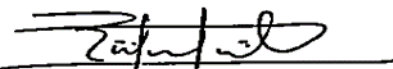
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 11 laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

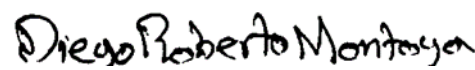

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$500.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ORLANDO GUTIERREZ RODRÍGUEZ CONTRA TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A., MULTIEMPLEOS S.A., FASTRACK OPERADOR LOGÍSTICO Y TRANSPORTE S.A.S Y ECOPETROL S.A., trámite al que se vinculó como llamada en garantía a ALLIANZ SEGUROS S.A.

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada MULTIEMPLEOS (folios 1012 a 1016), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por el demandante y las demandadas FASTRACK OPERADOR LOGÍSTICO Y TRANSPORTE S.A.S y TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A., contra la sentencia proferida por la Juez Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 15 de julio de 2021 (*Audiencia Virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., CD folio 1006, récord: 1:33:34, acta a folios 1007 y vto.*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que las demandadas MULTIEMPLEOS S.A. y FASTRACK OPERADOR LOGÍSTICO S.A.S fungieron como simples intermediarios respecto de la relación contractual laboral que sostuvo el demandante ORLANDO RODRIGUEZ GUTIERREZ, con esas accionadas del 26 de marzo de 2011 al 09 de agosto de 2012 y del 01 enero de 2015 al 10 de febrero de 2016, siendo su verdadero empleador en esos periodos TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A., de acuerdo a las consideraciones efectuadas en la sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que entre el señor ORLANDO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ y la sociedad TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A. existieron dos contratos de trabajo a término indefinido del 26 de marzo del 2011 al 31 de diciembre de 2014, el cual finalizó de mutuo acuerdo, y el segundo del 01 de enero de 2015 al 10 de febrero de 2016, el cual terminó con justa causa por parte del empleador, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la sentencia.

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A., MULTIEMPLEOS S.A., FASTRACK OPERADOR LOGÍSTICO S.A.S, ECOPETROL S.A. y la llamada en garantía llamada ALLIANZ SEGUROS S.A., de las demás pretensiones incoadas en su contra de conformidad con las razones expuestas en la presente providencia.

CUARTO: DECLARAR probadas las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, propuesta por ECOPETROL y cobro de lo no debido propuesta por MULTIEMPLEOS S.A y FASTRACK OPERADOR LOGÍSTICO S.A.S.

QUINTA: SIN COSTAS en esta instancia por cuanto no se causaron.

SEXTA: En caso de apelarse la sentencia, remítase al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá - Sala Laboral para surta el respectivo recurso.”

Inconformes con la decisión, los apoderados judiciales del demandante, y las demandadas TRANSPORTES ICEBERG y FASTRACK OPERADOR LOGÍSTICO Y TRANSPORTE S.A.S, respectivamente, la apelaron.

En primer lugar el demandante aduce no encontrarse de acuerdo con la negativa de la juez de ordenar la reliquidación salarial con base en el contrato de prestación de servicios suscrito entre ECOPETROL y “TRANSMETA” (sic) a efectos de tener en cuenta los salarios señalados en el “*hecho número uno del contrato MA1561 del 29 de septiembre de 2011*” en el que se estipuló que los conductores tendrían el mismo beneficio que aquellos trabajadores de ECOPETROL como quiera que, en su sentir, para mantener esa oferta la entidad debió tener un antecedente de conducción de hidrocarburo por el sistema de transporte terrestre.

Por otro lado, con relación al trabajo suplementario, esto es, horas extras diurnas y nocturnas, arguye no ser legal que para efectos de cubrir dichos factores salariales se establezca una suma única cuando, atendiendo al principio de la realidad, era posible para la empresa transportadora establecer las mismas con base en las guías de transporte, ayudado con la tecnología GPS, en las que se detallaban el lugar de cargue y destino, así como el desarrollo de la operación, entre ellos, el tiempo empleado por el conductor con

todo los imprevistos, y no trasladar dicha carga probatoria al actor, como lo hizo la juzgadora de primer grado.

Con relación a los viáticos, específicamente los pagos efectuados bajo el concepto “*pago no proveedor*” o “*pago proveedor transporte*” y “*pago de provisión transporte ICEBERG*” respecto de los cuales el demandante aceptó ser pagos de alimentación y hospedaje, y confiesa que sí se pagaron viáticos, de allí que, a su juicio, se encuentre certeza de dicho hecho y la causación de ese concepto que fue consignado en cuantía de \$400.000, suma que debe tomarse en cuenta a efectos de reliquidar sus salarios y prestaciones sociales.

En lo que toca a la solidaridad, aduce ser ECOPETROL responsable como dueña de “*esa aprobación y explotación de hidrocarburos*”, así como MULTIEMPLEOS y FASTRACK, respecto del pago y reliquidación de sus prestaciones¹ (*Audiencia Virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., CD folio 1006, récord: 1:35:42, acta a folios 1007 y vto.*).

¹ “Señora juez muchas gracias muy amable apelo parcialmente, interpongo el recurso de apelación parcialmente, contra la decisión de su señoría referente a los puntos de que se niega la reliquidación salarial primeramente que se aduce contra ECOPETROL, habida cuenta que con base en ese contrato de servicio que se suscribió entre ECOPETROL y TRANSMETA para efecto de tener en cuenta los salarios que se habían aducido en el hecho número uno de tal contrato es decir el MA 1561 del 29 de septiembre de 2011, se había estipulado que aquellos conductores de la empresa contratista en este caso TRANSPORTADORA META tendrían el mismo beneficio que tendrían aquellos que habían o prestaron los servicios para ECOPETROL, sin embargo, yo quiero aclarar en este sentido y para efectos de la apelación, de que en la propuesta se hace esa indicación, esas condiciones, habida cuenta que ECOPETROL para mantener esa oferta tuvo o debió tener un antecedente de conducción de hidrocarburo a través, específicamente a través de ese sistema de transporte terrestre de hidrocarburos, por ello en ese sentido creo que si hay derecho a ese beneficio para los conductores que prestaban a TRANSMETA ese servicio especialmente y concretamente al señor demandante en este proceso ORLANDO GUTIERREZ.

La segunda inconformidad que me impulsa a apelar o presentar el recurso de apelación, son los respectivos a los trabajos suplementarios. En esto cabe lo que son las horas extras, bien sea diurnas o nocturnas o extra nocturnas, inclusive no estoy de acuerdo y no es legal que para efectos de cubrir estos factores salariales se establezca una suma única para ellos cuando en la realidad o sea dentro del principio, o con base en el principio de la realidad sobre las formalidades, habría que establecer realmente de acuerdo con las guías de transporte ayudado por esa famosa tecnología de la GPS, podía establecer, no el trabajador como carga probatoria como se dice por la señora juez, sino a través de que, a través de esos medios tecnológicos más las guías ahí se anotaba no solamente el lugar de carga sino de destino y lo importante el desarrollo de la operación de transporte y el tiempo que se gastaba el conductor con todos los imprevistos que decía el señor representante de ICEBERG que se podían presentar en ese transporte, luego entonces el llamado realmente y de acuerdo con el artículo 165 del Código Sustantivo del Trabajo inciso segundo, el llamado realmente a esa carga probatoria porque no solamente lo establece así la ley, sino que se le facilita al transportador debido a la documentación que está obligada a llevar como lo era la guía de transporte, que si bien la llevaba el conductor para especificar si estas anotaciones en el desarrollo del transporte este lo entregaba bien sea al lugar del destino a quien se le dirigía con el elemento o elementos transportados no de hidrocarburos sino que también TRANSMETA en su labor de liquidar sus salarios y los factores que lo componían, lo podía hacer con base en esos documentos y no el conductor.

En el tercer lugar, luego entonces, está obligado era el empleador a llevar ese registro.

En tercer lugar señora juez (sic) respecto de los viáticos bien la conclusión que usted hace sabia en el sentido que esos valores que aparecían como algo de transporte u otros valores que no alcanzó a discernir ahora mismo pero que estos conceptos que se llaman “*pago no proveedor*” o “*pago proveedor*

Por su parte la sociedad FASTRACK OPERADOR LOGÍSTICO dijo no estar de acuerdo con la intermediación laboral decretada respecto de la sociedad TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA pues si bien es cierto se analizaron los objetos sociales de ambas sociedades, al verificarse el contrato de cuentas sin participación, la juez refirió no haberse aportado documento que certificara su prórroga o vigencia para la fecha en que el demandante fue contratado, razón que, a su juicio, llevó a concluir la presencia de la intermediación laboral, aun cuando sobre dicha situación no se indagó en los interrogatorios y respecto de la cual no se negó su existencia en las contestaciones de la demanda, de las que es posible inferir que dicha relación contractual, en la actualidad, está vigente² (Audiencia Virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., CD folio 1006, récord: 1:42:34, acta a folios 1007 y vto.).

transporte” y “pago de provisión transporte ICEBERG” el mismo, es decir, si esto era el demandante en algún de sus intervenciones aceptó que estos eran para los pagos también de alimentación y hospedaje y también el demandante en su confesión admite que sí se pagaron viáticos existe la certeza de hecho ya existe el derecho ya existe que se ocasionaron viáticos que fueron por las consignaciones entonces mínimo por las consignaciones que aparecen registradas en las nóminas de 400.000 pesos luego entonces existe no solamente indicio sino la certeza de que si había una cantidad determinada y que si habían unos conceptos que consignaron a favor del demandante y que por ello debían tomarse como tal por lo menos esos valores para efecto de reliquidar ese tipo de prestación como era el de los viáticos para tenerse en cuenta entonces para reliquidar no solamente los salarios sino la prestaciones sociales del demandante.

Por ultimo en cuanto a la solidaridad también tengo mi inconformidad en ese sentido pues si la labor prestada era para beneficio de ECOPETROL más que todo pues como dueño de esa aprobación y explotación de transporte de hidrocarburos pues debe incidir también en el aspecto de ser solidario en también responsable de los pagos igual que MULTIEMPLEOS y FASTRACK para efectos del reconocimiento y pagos de sus prestaciones y su reliquidación dejo así señora juez los temas tratados en la sentencia, dejo así planteado entonces los motivos de inconformidad y de apelación contra la decisión que usted ha emitido el día de hoy muchas gracias”

² “Gracias señora juez por el uso de la palabra me permito interponer de manera parcial el recurso de apelación por parte de la SOCIEDAD FASTRACK OPERADOR LOGISTICO en el siguiente sentido señora juez.

Como lo manifesté inicialmente la apelación es de manera parcial en cuanto no estoy de acuerdo a la supuesta intermediación laboral que se ha decretado entre la SOCIEDAD TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA y mi representada en este caso FASTRACK OPERADOR LOGISTICO no estoy de acuerdo señora juez en el sentido en que pues si bien es cierto dentro de la parte del fallo se hizo muy juiciosamente un análisis del objeto social de ambas empresas tanto de ICEBERG como de FASTRACK al momento de hacerse este análisis se hizo referencia al contrato de cuentas sin participación, donde en el mismo, donde la el juez la juez en este caso manifiesta que nunca se aportó documento que certificara o nos permitiera establecer dentro del proceso que el mismo se había prorrogado de forma que permitiera establecer al despacho que para la época de ser contratado el actor ese contrato estaba vigente, situación que claramente pues es adversa a los intereses de FASTRACK OPERADOR LOGISTICO y que me incita a manifestar que no estoy de acuerdo en el sentido de que pues evidentemente ese contrato de cuentas sin participación en la actualidad se encuentra vigente, que en ningún momento se puede establecer que existe una intermediación porque ese contrato de cuentas sin participación tuvo o no tuvo una ruptura o se o no se renovó de forma automática esa situación nunca en los interrogatorios de parte que se efectuaron a los representantes legales de ambas empresas nunca se hizo ese tipo de preguntas adicionalmente a ello la contestación de la demanda es fácil inferir que en la actualidad y para la época de los hechos pues el vínculo comercial entre FASTRACK y TRANSPORTES ICEBERG estaba vigente creo que es ahí donde radica la inconformidad en cuanto a esa intermediación laboral que ha sido decretada acá y es que con las contestaciones de la demanda queda claro con las respuestas que se dieron de los hechos queda claro que para esa época evidentemente el contrato además de la participación si tenía, estaba vigente para ambas pues no me queda más pues manifestar ello yo creo que para el Tribunal va a ser claro tanto los fundamentos de la defensa del momento de contestar la demanda por parte de FASTRACK así también como los alegatos de conclusión que se

A su turno TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A., refiere, si bien contrató los servicios de la empresa de servicios temporales MULTIEMPLEOS lo cierto es que la vinculación del demandante se dio en una época donde existía un incremento de la producción de transporte, lo cual se ajusta a la Ley 50 de 1990 y al Decreto Reglamentario 4669 de 2006.

Además, indica, la intermediación entre esa sociedad y FASTRACK OPERADOR LOGÍSTICO tampoco existió, pues estas empresas suscribieron un contrato de cuentas sin participación que estuvo vigente para la data de vinculación del aquí actor, lo cual, asegura, puede corroborarse con las pruebas acopiadas, así como con las contestaciones de la demanda en las que en ningún momento se refirió a la terminación de esa contratación como si se hizo con MULTIEMPLEOS³ (Audiencia Virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 del C.P.T y la S.S., CD folio 1006, récord: 1:46:53, acta a folios 1007 y vto.).

hicieron en su debido momento fui muy claro exponer sobre la supuesta intermediación laboral que se generó entonces no me quiero extender más porque básicamente mi inconformidad está relacionada con un punto que ya había sido ampliamente esbozado por mi parte en los fundamentos de defensa muchas gracias señor juez.”

³ “Muchas gracias por la oportunidad que me brinda para interponer el recurso de apelación en este caso por mi representada la SOCIEDAD TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A

Bueno mi inconformidad radica básicamente en lo que tiene que ver con la contratación de las empresas de servicios temporales. Si bien es cierto la señora juez hizo una análisis muy profundo sobre la forma como se deben contratar los servicios de las empresas de servicios temporales en este caso debo manifestar o indicar que mi inconformidad radica en que la SOCIEDAD TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA sí contrato los servicios de la empresa de servicios temporales MULTIEMPLEOS para las fechas ya reconocidas dentro del plenario pero quiero hacer claridad en lo siguiente y es que efectivamente para la época de los hechos como se le pregunto en el momento de efectuar el interrogatorio como representante legal para efectos de TRANSPORTES ICEBERG en aquella época efectivamente existía un incremento de la producción de transporte esto fue lo que llevo a que realmente a que acudiera a la utilización de este tipo de servicios que ofrecía MULTIEMPLEOS S.A como empresa de servicios temporales, todo lógicamente ajustado a la Ley 50 del 90 y al Decreto Reglamentario 4669 del 2006 entonces me parece en este caso haber decretado por parte del juzgado pues que existieron ese contrato por parte de TRANSPORTE ICEBERG y el actor para esas fechas, desconoce realmente el tipo de vínculo que se efectuó la empresa de servicios temporales MULTIEMPLEOS creo que no se tuvo en cuenta la finalidad real por la cual se contrató ese trabajador en misión que vuelvo y lo indico fue por esa subida en el pico de la producción de transporte.

Adicionalmente es importante tener en cuenta señora juez que esa intermediación entre FASTRACK OPERADOR LOGISTICO y ICEBERG tampoco existió, realmente lo que unió a FASTRACK y a ICEBERG fue un contrato de cuentas sin participación, es claro y es evidente que dentro de las pruebas que se aportaron se logró determinar que ambas sociedades, es decir, ICEBERG y FASTRACK tienen objetos sociales diferentes y pues si bien es cierto no existió o no se solicitó en ningún momento ninguna prueba oficiosa o no se practicó ninguna prueba oficiosa decretada por el juzgado que llevara a determinar si el contrato sin participación para la época en el que el actor ORLANDO GUTIERREZ RODRIGUEZ prestaba servicios para FASTRACK OPERADOR LOGISTICO no es claro o existe ahí una duda si el contrato sin participación estaba o no estaba vigente. Si usted observa o se puede observar en el acápite de pruebas con las pruebas que se aportaron dentro del expediente pues evidente que todo apunta a que FASTRACK para esa época de ese contrato si estaba vigente. Para eso que tenemos en cuenta, para eso tenemos en cuenta pues por un lado los documentos que se aportaron entre esos el contrato de cuentas sin participación la certificaciones las liquidaciones de los contratos en ningún momento con las contestaciones de la demanda ni por parte de TRANSPORTES ICEBERG ni FASTRACK en ningún momento se manifestó que ese contrato se había terminado como si se hizo con MULTIEMPLEOS si se manifestó, se indicó que efectivamente ese contrato con la EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES si había terminado entonces mi inconformidad de manera parcial también

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 visibles a folios 7 a 11, las cuales se fundan en los hechos relatados a folios 11 a 17 aspirando de manera principal, se declare que laboró para TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A. con dependencia y subordinación, como conductor de tractomula de hidrocarburos, desde el 26 de marzo de 2011 hasta el 10 de febrero de 2016 de la siguiente forma:

- i) Del 26 de marzo de 2011 al 9 de agosto de 2012, por intermedio de la empresa de servicios temporales MULTIEMPLEOS LTDA EST (HOY MULTIEMPLEOS S.A.), mediante contrato de obra.
- ii) Del 10 de agosto de 2012 al 31 de diciembre de 2014, mediante contrato a término indefinido suscrito con TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A.
- iii) Del 1 de enero de 2015 al 10 de febrero de 2016, por intermedio de FASTRACK OPERADOR LOGÍSTICO Y TRANSPORTE S.A.S

Adicionalmente, pidió se establezca que perteneció a la flota dedicada al ECOPETROL, transportando hidrocarburos para la misma, en virtud del contrato suscrito entre TRANSPORTES ICEBERG S.A. y esa entidad; que TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A durante la vigencia de la relación laboral no pago el salario real, que comprendía horas extras, días de descanso obligatorio, dominicales y festivos laborados, viáticos permanentes en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento.

En consecuencia, se condene a TRANSPORTES ICEBERG S.A., en calidad de empleador, y solidariamente a ECOPETROL (como beneficiaria de la labor), MULTIEMPLEOS S.A. y FASTRACK OPERADOR LOGÍSTICO Y TRANSPORTE S.A.S (como simples intermediarias) a pagar a su favor las diferencias salariales, aplicando lo previsto en el contrato suscrito entre

con la demanda de manera muy respetuosa señora juez está encaminada en cuanto a esos dos puntos le agradezco a usted que me brindo por haberme escuchado muchas gracias.”

ECOPETROL y TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A. que establece el salario real para los conductores de tracto camión, por haberse comprometido y obligado a ello contractualmente la empresa demandada; así como las diferencias existentes entre el valor cancelado y el que por ley tenida derecho por concepto de liquidación de horas extras diurnas y nocturnas reales laboradas en días ordinarios, dominicales y festivos, y no compensados. Además, se reliquiden sus cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, aportes a seguridad social y vacaciones, causados en vigencia de la relación laboral, teniendo en cuenta la remuneración real que debía percibir, el porcentaje de “salario variable” recibido por cada viaje, horas extras y viáticos permanentes.

También pidió se condene al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. y aquella prevista en el artículo 50 de la Ley 50 de 1990.

Como pretensiones declarativas subsidiaria, pidió “se declare (...) que ingresó a laborar desde el 26 de marzo de 2011 para TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A. por intermedio de la empresa de servicios temporales MULTIEMPLEOS LTDA EST (HOY MULTIEMPLEOS S.A.); 2. Se declare que (...) se encontraba vinculado laboralmente por medio de la MULTIEMPLEOS LTDA EST (HOY MULTTEMPLEOS S.A.) mediante contrato de obra o labor, prestando sus servicios para TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A.; 3. Se declare que MULTIEMPLEOS LTDA EST (HOY MULTIEMPLEOS S.A.), trasgredió el límite temporal máximo establecido por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, en el que un trabajador en misión puede desempeñar o desarrollar una actividad para una empresa usuaria. 4. Como consecuencia de lo anterior, se declare que TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A. es el verdadero empleador (...) a partir del 27 de marzo de 2012”.

Obteniendo sentencia de primer grado parcialmente favorable a sus aspiraciones por cuanto se declaró que MULTIEMPLEOS S.A. y FASTRACK OPERADOR LOGISTICO Y TRANSPORTE S.A.S, fungieron como simples intermediarias respecto de la relación contractual que sostuvo el actor con TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A. -verdadero empleador-, para los periodos comprendidos entre el 26 de marzo de 2011 y el 9 de agosto de 2012 y del 1 de enero de 2015 al 10 de febrero de 2016, por lo que, estableció, en realidad entre el demandante y esta última sociedad existieron dos contratos de trabajo a término indefinido, así: i) del 26 de marzo de 2011 al 31 de diciembre de 2014, el cual terminó por mutuo acuerdo y ii) del 1 de enero de

2015 al 10 de febrero de 2016, el que terminó por justa causa por parte del empleador, absolviendo a las demandadas y llamada en garantía de las demás pretensiones de la demanda.

Para arribar a tal conclusión, la juez consideró, con relación al contrato de trabajo, que no existía duda de la vinculación que había tenido el actor con las demandadas MULTIEMPLEOS EST, TRANSPORTES ICEBERG y FASTRACK O.P en los periodos descritos en la demanda; sin embargo, respecto de la primera, quien remitió en misión al ahora demandante a TRANSPORTES ICEBERG, encontró que se había incumplido el término previsto en la Ley 50 de 1990 y el artículo 6 del Decreto 4639 de 2006, en tanto no existió solución de continuidad en la labor desarrollada por el trabajador entre el 26 de marzo de 2011 y el 9 de agosto de 2012, por lo que MULTIEMPLEOS era una simple intermediaria.

Adicionalmente, y en lo que toca a FASTRACK, aunque este se presentó como un contratista independiente de ICEBERG, no pudo establecer la vigencia del “*contrato de participación de cuentas*”, aunado a que el actor siguió desempeñando el cargo de conductor después del 31 de diciembre de 2014 - fecha en la que culminó su relación directa con TRANSPORTES ICEBERG- y recibiendo órdenes de empleados de esta última compañía y usando los elementos suministrados por esa sociedad, razón por la cual también debía considerarse como un simple intermediario.

En lo que corresponde a la solicitud del pago del salario igual al de los trabajadores de ECOPETROL, con apoyo en lo previsto en el artículo 1 del Decreto 284 de 1957 y teniendo en cuenta tanto el objeto del contrato suscrito entre esa entidad y TRANSPORTES ICEBERG, como el cargo desempeñado por el trabajador aquí convocante, concluyó que el conductor de carro tanque de hidrocarburos no hace parte de las actividades esenciales y propios de la industria del petróleo y por ende, no era un empleado de ese ramo, de allí que no fuera beneficiario de la nivelación salarial perseguida, precisando que, aun en gracia de discusión, lo cierto es que no se había demostrado que en las zonas donde el demandante desarrolló su función como conductor hubiese personal de ECOPETROL desempeñando esa misma labor y tampoco se pudo establecer que estuviese única y exclusivamente dedicado al transporte de hidrocarburos para esta última.

Con relación al trabajo suplementario, advirtió la ausencia en el plenario de información sobre la causación certera del mismo, adicional al que le fue pagado durante la relación laboral.

Por último, frente a lo atinente al pago de viáticos y su carácter salarial, discurrió que las consignaciones realizadas a la cuenta bancaria del promotor de la litis bajo los conceptos “PAGO DE PROVEEDOR DE TRANSPORTE” y “PAGO DE PROV. TRANSP ICEBERG”, de modo alguno tuvieron la finalidad de beneficiar o enriquecer su patrimonio y por el contrario, este fue consignado para la operación del vehículo que tenía a su cargo.

Reseñado lo anterior se abordará el estudio de los recursos de apelación interpuestos, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum).

Bajo tal entendido, para esta Corporación, la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad TRANSPORTES ICEBERGDE COLOMBIA S.A., es un aspecto para analizar en esta instancia y en esa medida, por razones de método, se iniciará con este punto de la apelación propuesta por las encartadas.

Conforme lo anterior, debe recordarse, lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal entorno al tema.

En ese sentido, y de manera preliminar, es importante anotar que en el asunto se encuentra acreditado que el actor suscribió:

- i) Dos contratos por duración de la obra con MULTIEMPLEOS EST, a través de los cuales laboró como trabajador en misión para la compañía TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A., en el cargo de CONDUCTOR, así: del 26 de marzo de 2011 al 15 de febrero de 2012 y del 16 de febrero de 2012 al 9 de agosto de 2012 (folio 216, 334 a 335, 336, 337, 338, 627 a 628 y 629).

- ii) Un contrato de trabajo a termino fijo, el cual fue modificado a indefinido por acuerdo de las partes, con TRANSPORTES ICEBER DE COLOMBIA S.A., el 10 de agosto de 2012, el cual terminó por mutuo acuerdo el 31 de diciembre de 2014, para desempeñar el cargo de CONDUCTOR DE TRACTOMULA DE HIDROCARBUROS (folios 214, 207, 520 a 523, 524, 525 y 527)
- iii) Un contrato de trabajo a término indefinido con FASTRACK OPERADOR LOGÍSTICO S.A.S., desempeñando el cargo de conductor, del 1 de enero de 2015 al 10 de febrero de 2016 por justa causa imputable al trabajador. (223, 225, 249, 250, 251 a 252, 253, 582 a 583, 584, 585 y 589), en el cual desarrolló actividades para TRANSPORTES ICEBER DE COLOMBIA S.A.

No obstante encontrarse probado ello en el sub lite, argumenta la parte actora en la demanda, que en virtud de los mismos, prestó sus servicios personales para la TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A, desempeñando actividades bajo la continuada subordinación y dependencia de esa sociedad, por lo que, considera, se desvirtúa la independencia de quienes se dicen ser sus empleadoras, respectivamente, advirtiendo, estas carecen de la capacidad para asumir la gestión encomendada. Adicionalmente, supone que las labores por él desempeñadas, son acciones que tienen una causa o razón directa con las actividades previstas en el objeto social principal de la usuaria.

Por todo ello, arguye, sus contratantes no pueden ser consideradas como verdaderas empleadoras, siendo la TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A su verdadera empleadora, en el interregno comprendido entre el 26 marzo de 2011 y el 10 de febrero de 2016.

Lo anterior, fuerza en este punto establecer la existencia de una intermediación o tercerización laboral, bajo la óptica del simple intermediario, las empresas de servicios temporales y el contratista independiente, dada la naturaleza de las personas jurídicas con las que el demandante tuvo su vinculación, así como de los contratos que, a su vez, tuvo con esas sociedades TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A.⁴.

⁴ Según la precisión hecha al inicio existió contratación con una empresa de servicios temporales (MULTIEMPLEOS S.A.) y con FASTRACK OPERADOR LOGISTICO (como contratista independiente).

Al respecto, el artículo 35 del C.S.T., entratándose de a quién se le denomina simple intermediario preceptuó:

“1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo. (...)”

En lo atinente a este aspecto, de antaño sostuvo la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia de 27 de octubre de 1999, radicación 12187, lo siguiente:

“Como se ve de estos dos primeros incisos del artículo transcrito, en el derecho colombiano se prevén dos clases de intermediarios:

“a) Quienes se limitan a reclutar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador. En este caso la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador.

“b) Quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presten servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se traba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del verdadero empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario. Esta segunda modalidad explica en mejor forma que la Ley colombiana (artículo 1º del decreto 2351 de 1965) considere al intermediario “representante” del empleador.”

En contraposición a lo anterior, el artículo 34 define a los contratistas independientes de la siguiente forma:

*“1. Son contratistas independientes y, por tanto, **verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios**, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. (...)”*

En tales términos, su obligación no consiste en el suministro de personal, sino en lograr, por su cuenta y riesgo y a cambio de un precio, el objeto contractualmente definido con el dueño de la obra. De forma que, en este

orden de ideas, su actividad no es la intermediación laboral, sino la realización de actividades especializadas que le permiten construir una determinada obra o prestar un determinado servicio.

Ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema que, por su esencia, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo contempla dos relaciones jurídicas, a saber: una entre el beneficiario de la obra y el contratista que la ejecuta; y otra entre este contratista independiente y los trabajadores que utiliza para tal fin. Las dos relaciones, a no dudarlo, son disímiles en su origen, objeto, causa, finalidad, naturaleza y partes que la integran. La primera es de naturaleza civil o comercial, en tanto que la segunda es laboral.

En lo que hace al beneficiario del servicio o dueño de la obra, es claro que no es empleador en términos formales o reales con respecto de los trabajadores vinculados por el contratista y adscritos al objeto contractual, ya que no ejerce la subordinación laboral frente a ellos, de suerte que sólo es acreedor de un resultado o de un concreto servicio (Sentencia del 24 de abril de 1997, rad. 9435, reiterada en sentencia de 12 de septiembre de 2012, radicado 55498), por lo que, de presentarse, conforme al artículo 34 del CST, responderá únicamente de manera solidaria, pero en manera alguna tomará la calidad de empleador.

Así, y pese a encontrarse diferenciadas ambas figuras jurídicas en la norma sustancial, puede presentarse confusión frente a cuál de ellas es la que regula una relación de trabajo, más si se tiene en cuenta que ambas poseen consecuencias legales disímiles para el beneficiario del servicio, por lo que, ha de ser el juzgador quien determine, con base en los elementos probatorios y las circunstancias específicas de cada caso, la figura aplicable. Así lo ha establecido el Tribunal de Casación al instituir,

“Naturalmente, en cada caso debe examinarse en forma detenida las circunstancias fácticas que permitan determinar si se está en presencia de una de las figuras señaladas, sin que se pueda afirmar categóricamente que por el simple hecho de realizarse los trabajos en los locales del beneficiario, deba descartarse necesariamente la existencia del contratista independiente, pues si bien en principio no es lo corriente frente a tal fenómeno, pueden concurrir con esa particularidad los factores esenciales configurantes de él. Entonces, será el conjunto de circunstancias analizadas, y especialmente la forma como se ejecute la subordinación, las que identifiquen cualquiera de las instituciones laborales mencionadas.” (Sentencia de 27 de octubre de 1999, radicación 12187, reiterada en sentencia SL868-2013 Radicación n° 56580 de 13 de noviembre de 2013)

De lo anterior, es factible establecer que para que esa tercerización laboral⁵ sea válida, se requiere que esta no sea *“utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborizarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa, o bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades”*⁶ y que el contratista independiente ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos, pues si no actúa como un genuino empresario, bien sea porque carece de una estructura productiva propia o porque sus trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal, es decir,

“(…) se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente. Estos casos de fraude a la ley, conocidos en la doctrina como “hombre de paja” o falso contratista, se gobiernan por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual la empresa principal debe ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario que, al no manifestar su calidad, debe responder de manera solidaria.

Por tanto, si bien la tercerización laboral es legítima, lo que no es legal es que a través de dicha figura las empresas se desprendan de sus plantillas para entregarlas a terceros que carecen de suficiente autonomía empresarial, bien sea que adopten la forma de cooperativas d trabajo asociado, sociedades comerciales, sindicatos (contrato sindical), empresas unipersonales, asociaciones y otro tipo de estructuras jurídicas.” (SL4479 de 2020).

Por otra parte, con relación a las empresas de servicios temporales –EST–, memórese, conforme lo previsto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, el objeto de este tipo de sociedades es la de contratar la prestación de servicios con terceros beneficiarios, para colaborar *“temporalmente”* en el desarrollo de sus actividades, a través de personas que son vinculadas directamente por la EST, de allí que uno de los elementos esenciales de este tipo de acuerdos sea la temporalidad del servicio de colaboración contratado, siendo claro que el contrato comercial que suscribe la usuaria con la empresa de servicios temporales lo es para prestar un servicio restringido en el tiempo de apoyo o colaboración bajo las hipótesis consagradas en el artículo 77 de la Ley 50 de

⁵ La cual ha sido definida como *“un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse en el entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas” siempre que se funde “en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero”* (Sentencia SL467de 2019, reiterada SL4479 de 2020).

⁶ Sentencia SL467de 2019, reiterada SL4479 de 2020.

1990⁷. El uso de esta figura para vincular personal en misión que no encuadre en estas causales o que desborde los límites temporales en ella previstos, le resta legalidad y legitimidad, y hace desaparecer el sustento contractual y normativo que justifica la necesidad de los trabajadores en misión. En esa medida, ante la falta de un instrumento contractual válido, la EST pasa a ser un simple intermediario en la contratación laboral y la empresa usuaria obtiene la calidad de verdadero empleador⁸.

En claro lo anterior y atendiendo las posibles instituciones que se configuran en la ejecución de las relaciones de trabajo, en el *sub examine*, y como quiera que la doctrina y la jurisprudencia permiten examinar cómo se ejecutó la labor por el actor, atendiendo la ventaja probatoria consagrada en el art. 24 del CST, es menester verificar la prestación del servicio por cuanto acreditado dicho aspecto se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo, correspondiendo por tanto a la demandada TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A. desvirtuar el elemento subordinación. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701⁹.

⁷ “1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.

2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.”

⁸ Sobre el particular el Tribunal de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria en sentencia CSJ SL, 24 abr. 1997, rad. 9435, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2006, rad. 25717, indicó:

“Pero ésta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.

Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación”.

⁹ “El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el *ad quem*, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el

Así pues, del caudal demostrativo recopilado en autos y atendiendo lo sostenido por TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A. en la contestación de la demanda (folios 468 a 494), para la Sala emana con claridad que entre el 26 de marzo de 2011 y el 10 de febrero de 2016, esta sociedad se benefició de manera directa, continua e ininterrumpida de los servicios prestados por el demandante, lapso este en el cual, la labor se ejecutó, no solo por vinculación directa con esa compañía (del 10 de agosto de 2012 al 31 de diciembre de 2014), sino también por intermedio de las empresas MULTIEMPLEOS y FASTRACK (del 26 de marzo de 2011 al 9 de agosto de 2012 con la primera y del 1 de enero de 2015 al 10 de febrero de 2016, con la segunda) –aspectos no discutidos en esta instancia-. Adicionalmente, la vinculación con esas entidades y la calidad de beneficiaria del servicio de la demandada fueron hechos admitidos por las mentadas empresas.

Cabe anotar, en este interregno -26 de marzo de 2011 al 10 de febrero de 2016-, entre una y otra vinculación no existió ni uno solo día de interrupción, pues en la data inmediatamente siguiente a la finalización de un contrato, se iniciaba el otro con distinta empresa.

En ese orden, y acreditada como se encuentra la prestación personal del servicio de ORLANDO GUTIERREZ RODRÍGUEZ a favor TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A., lo correspondiente es dar aplicación a la ventaja probatoria establecida en el artículo 24 del C.S.T., entendiendo por tanto que el vínculo que ató a las partes estuvo regido por una relación laboral.

Sin embargo, no puede perderse de vista, tal como se advirtió al inicio y atendiendo los argumentos de la alzada propuesta por el representante judicial de esa sociedad, que para tal compañía las vinculaciones se sujetaron a las disposiciones que regulan a las Empresas de Servicios Temporales y a los Contratistas independientes, y en general, lo relativo a los contratos comerciales entre personas jurídicas, no incurriendo en alguna contravención de las normas que prohíben la intermediación laboral, posición que desde ya advierte la Sala no comparte, por las razones que pasan a explicarse.

trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral.”

De una parte, llama la atención de esta Corporación el hecho de que, como se vio, a pesar de que formalmente el demandante celebró diferentes tipos de contratación, a través de los cuales prestó sus servicios personales a TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A. (contrato de trabajo como trabajador en misión y una laboral con una empresa operadora logística) en cada uno de ellos el cargo a desempeñar, la empresa usuaria y el lugar de ejecución de actividades guardaban identidad, anotando, el cargo de “conductor” que fue el ejecutado por el actor, hace parte del giro ordinario de ICEBERG, si se tiene en cuenta que su objeto social principal es el de “*el transporte de carga por carretera nacional e internacional en todas sus modalidades*” (folio 496) situación que *prima facie*, y con independencia de la modalidad en que se ejecutó cada uno, permiten inferir un uso indebido de las diferentes alternativas legales para la intermediación en la contratación del personal, pues, en la realidad, se disfrazó una verdadera relación laboral, que bien podía haber sido celebrada directamente con esa sociedad, como ocurrió por un interregno, empero, contrario a ello, esta se valió de otros instrumentos para que el demandante ejecutara una misma actividad en beneficio suyo por un periodo prolongado de tiempo.

Al punto, si bien por el interregno en que “*formalmente*” duró la vinculación con MULTIEMPLEOS (del 26 de marzo de 2011 al 9 de agosto de 2012) este se desempeñó como trabajador en misión, lo cierto es que, en honor a la verdad, su vinculación no se enmarcó dentro de una contratación “*temporal*” como lo alega TRANSPORTES ICEBERG en la alzada, pues, además de que superó el término de duración previsto en la Ley –fue 1 año, cuatro meses y 13 días–, tampoco se demostró en ese lapso, por ejemplo, la ejecución de labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo; el reemplazo de personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad o los incrementos en la actividad alegada por ese extremo pasivo, que dieran lugar a ese tipo de contratación, y por el contrario, lo que sobreviene probado es que las funciones realizadas por el convocante eran permanentes, de lo que se colige que estas no fueron ocasionales o derivadas de un incremento de producción, pues se trataba del ejercicio de un cargo propio y permanente en el que se ejecutaban actividades del giro normal de TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A, convirtiéndose por tanto la EST en una simple intermediaria.

Recuérdese que en estos eventos la norma parte de la premisa que la EST funge como verdadera empleadora y la contratante como usuaria, por lo que la existencia del vínculo laboral deviene de la violación de las prohibiciones para este tipo de contratación y no de la existencia de los elementos propios del contrato, como la subordinación, entre el trabajador en misión y la usuaria. Sobre el tema la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, tuvo la oportunidad de pronunciarse mediante sentencia de fecha 22 de febrero del año 2006, radicación No 25717¹⁰.

Por otra parte, tampoco hay material probatorio dentro del cartapacio procesal que permita establecer que FASTRACK OPERADOR LOGÍSTICO S.A.S desarrolló el contrato con la TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA, de manera autónoma e independiente y menos, que el contrato de trabajo

¹⁰ “En los cargos que se examinan conjuntamente se plantea, en síntesis, que **la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora** y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales, apoyado en razonamientos coincidentes expuestos en sentencia de 24 de abril de 1997, radicación 9435.

Bajo el contexto enunciado, en opinión de la acusación le corresponde en este caso al INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL IFI –CONCESIÓN SALINAS- cancelar a la accionante las prestaciones sociales propias de los trabajadores oficiales. Planteamiento que resulta acorde con el criterio doctrinal sentado en la sentencia citada relativo a que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador.

Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C.S. del T; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los preceptos citados, todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales.

Es éste entonces el sentido del criterio doctrinal expuesto en la sentencia rememorada, de 24 de abril de 1997, radicada con el número 9435, donde específicamente se dijo, lo siguiente:

“ Pero ésta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.” (Lo resaltado es de la Sala).

Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones”.

celebrado con el actor se desarrolló bajo la continuada subordinación y dependencia de la primera respecto del trabajador, ningún elemento de prueba se allegó a las diligencias tendiente a desvirtuar la subordinación que por virtud del artículo 24 del C.S.T se presume a favor del trabajador y en contra de la beneficiaria del servicio, esto es, TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A., debiendo precisarse en este punto aunque al expediente se allegó copia del *“contrato de cuentas en participación entre Transportes Iceberg de Colombia S.A. y Fastrack Operador Logístico S.A.S”* (folios 509 a 514), en el que estas empresas se comprometen a *“desarrollar y explotar conjuntamente (...) las operaciones mercantiles relacionadas con el transporte de todo tipo de productos agrícolas, agropecuarios, industriales, mineros y en general cualquier otro bien susceptible de ser transportado en vehículos de carga”* (folio 510) siendo obligación de la última *“administrar la flota de vehículos con la que dispone ICEBERG ya sean estos propios o bajo la modalidad de Leasing en calidad de Locatario (...)”*, lo cierto es que ningún elemento de los acopiados en el plenario da cuenta de que la forma en que se ejecutó dicha actividad por parte de FASTRACK y menos aún que esta se ejecutó por esa sociedad de manera autónoma e independiente.

Así pues, la revisión conjunta de los elementos de convicción y los escritos aportados por las partes en las oportunidades procesales respectivas, permiten establecer que la forma en que se ejecutó la contratación del actor a través de FASTRACK OPERADOR LOGÍSTICO y en virtud de la cual prestó sus servicios personales a TRANSPORTES ICEBERG, se ajustan a la situación prevista en el literal b) del artículo 35 del C.S.T., citado anteriormente, porque en la realidad, esta empresa contrató a un trabajador para que prestara sus servicios a favor de otra persona para desarrollar actividades propias o conexas al giro ordinario de TRANSPORTES ICEBERG, bajo la subordinación de esta última.

Se itera, en autos no se acreditó que el contrato de cuentas en participación que firmaron esas sociedades, FASTRACK ejecutó la actividad asumiendo los riesgos, con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica, a partir de lo cual se pudiera concluir fue un contratista independiente como se sugiere en la alzada.

Lo señalado permite establecer, sin asomo de duda, que existió contrato de trabajo entre el demandante y TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA y que las demás personas jurídicas llamadas a integrar el contradictorio

(MULTIEMPLEOS y FASTRACK OPERADOR LOGÍSTICO) fungieron como simples intermediarias, advirtiendo, no existe ningún medio de prueba dentro del informativo con la cual se desvanezca la subordinación, por lo que para todos los efectos se tendrá como verdadero empleador del convocante del juicio a la demandada TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A., confirmando en este punto la sentencia de primer grado.

Con relación a los extremos, advierte la Sala que ningún reparo se formuló respecto a la determinación de la juez de establecer la existencia de dos contratos de trabajo así: i) del 26 de marzo de 2011 al 31 de diciembre de 2014, que finalizó por mutuo acuerdo, y ii) 1 de enero de 2015 a 10 de febrero de 2016, el cual terminó con justa causa por parte del empleador, por lo que no se efectuará ninguna disquisición al respecto; sin embargo, como el demandante fundamentó todos sus pedimentos en la existencia de un solo contrato de trabajo, se tendrá en cuenta únicamente la última relación que unió a las partes (11 de abril de 2016 –fecha de suscripción del contrato a término indefinido, folio 149 a 151- al 27 de noviembre de 2018 –renuncia de la trabajadora, folio 155, calenda esta sobre la que no existió discusión alguna).

Al respecto, se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia del 19 de octubre de 2006 radicación 27371, reiterada en SL 2708 de 2019, en la que determinó que al aparecer acreditadas varias vinculaciones laborales, cuando en la demanda se partió del hecho de la ocurrencia de un solo contrato de trabajo, se debe analizar entonces la última de ellas. Así razonó la alta Corporación:

“En cuanto a la existencia de solución de continuidad entre los diversos contratos, se observa que, de acuerdo con la certificación aportada a folios 131 y 225, de los contratos suscritos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, apenas si se presentaron algunas interrupciones entre uno y otro contrato, siendo la mayor apenas de una semana, entre el 28 de febrero y el 8 de marzo de 1999, por lo que no aparece que se hubiere dado una solución de continuidad de la relación laboral, toda vez que, a pesar de ser numerosos los contratos celebrados por unos términos establecidos, la verdad que aflora es que la demandante siempre cumplió las mismas funciones para el demandado, por lo que la suscripción de un nuevo contrato, cada vez que se vencía el anterior, apenas era una mera formalidad y no obedecía a la intención de desvincular a la trabajadora.

Cosa diferente ocurre con el contrato celebrado a partir del 1 de agosto de 1993, que venció el 30 de enero de 1994, pues el siguiente se celebró un mes después, el 1 de marzo de 1994, de donde, por lo prolongado de la interrupción del servicio, no es posible inferir que la intención de las partes era continuar con una misma relación de trabajo y que apenas se trataba de una mera formalidad.

Como quiera que las pretensiones de la demanda inicial están cimentadas sobre la base de una sola relación de trabajo, se tendrán en cuenta para reexaminar las condenas de primera instancia, los extremos comprendidos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, que corresponden a la última relación laboral continua sostenida por las partes.

Precisado lo anterior, procede la Sala al análisis de la alzada formulada por la parte actora.

- NIVELACIÓN SALARIAL CON TRABAJADORES DE ECOPETROL

Pretende el demandante se condene a su empleador “a pagar las diferencias salariales a favor del trabajador, aplicando lo previsto en el contrato suscrito entre ECOPETROL y TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A., que establece el salario real para los conductores de tracto camión, por haberse comprometido y obligado a ello, contractualmente la empresa demandada”.

Preliminarmente, vale la pena precisar, aunque en el recurso el apoderado del extremo actor se refiere a la empresa TRANSMETA, esta Corporación entiende que ello obedeció a *lapsus linguae* y que la apelación se refiere exactamente a la contratación de ECOPETROL con TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A.

Hecha esa aclaración, sea del caso indicar, en el asunto no es objeto de controversia que entre ECOPETROL S.A. y TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A. se suscribió contrato MA-0001562 el 29 de septiembre de 2011 (folios 80 a 115) el cual tenía por objeto: “servicio de transporte de hidrocarburos líquidos en carro tanques a nivel nacional para ECOPETROL S.A. bajo el esquema de disponibilidad permanente, total y exclusiva de carro tanques al servicio de la operación de ECOPETROL S.A., sus asociadas y su grupo empresarial Contrato No. 6” (folio 81).

Así las cosas, en virtud del principio de consonancia corresponde establecer si el demandante tiene derecho a la nivelación salarial equiparando su remuneración a aquella prevista en el anexo No. 1 LISTA DE PRECIOS UNITARIA del contrato celebrado entre ECOPETROL y TRANSPORTES ICEBERG DE COLOMBIA S.A.

En esa dirección, frente al primer planteamiento, es primordial para la Sala establecer si existe o no una desigualdad respecto del salario de un trabajador, frente al percibido por otro, que ocupando el mismo puesto, cumpliendo la

misma jornada y desempeñando su labor en igualdad de condiciones de eficiencia, sea de tal entidad que pueda por sí sola constituirse en discriminatoria de los derechos salariales de éste frente a los de aquel, contraviniendo así el principio de derecho laboral “*a trabajo igual, salario igual*”, consagrado en el artículo 143 del C.S.T. modificado por el art. 7 de la Ley 1496 del 2011.¹¹

Se tiene entonces como requisito indiscutible para la aplicación del principio de derecho a la igualdad, la demostración plena en juicio de los elementos constitutivos de la igualdad laboral, así como la existencia de un patrón de conducta comparable, frente a la cual se pueda determinar que evidentemente existe una diferencia de trato salarial, cuando se dan iguales circunstancias de hecho en el desempeño profesional.

La comparación del demandante, según lo expuesto en la demanda y en el recurso de apelación, resulta del salario que fue establecido para los conductores en el “*ANEXO No. 1 LISTA DE PRECIOS UNITARIA*” (folio 114) que hace parte del contrato No. MA-0001562 celebrado entre ECOPETROL y TRANSPORTES ICEBERG en el cual figura como salario básico la suma de \$4.907.056.

Al tema, baste con señalar, en el examine el demandante no acreditó las razones que aduce para la nivelación salarial reclamada, por cuanto, analizadas de manera conjunta la demanda y su contestación y, particularmente las motivaciones del actor para ejercer la acción, es posible establecer que lo que persigue no es en estricto sentido una nivelación salarial en aplicación del principio “*a trabajo igual salario igual*” justificado en la irrazonable diferencia de la retribución de un cargo y otro, o entre una u otra persona que desarrolla su misma actividad, pues lo que pretendió demostrar a lo largo del juicio es que tenía derecho a que su retribución se efectuara en las condiciones y cuantías pactadas en el contrato comercial celebrado por las empresas antes reseñadas, en razón a que prestó sus servicios a

¹¹ “*ARTICULO 143. A TRABAJO DE IGUAL VALOR, SALARIO IGUAL. -Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011 -. El nuevo texto es el siguiente:*

- 1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127.*
- 2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.*
- 3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.”*

ECOPETROL, como trabajador de TRANSPORTES ICEBERG, en virtud de ese negocio jurídico, lo cual no es posible por las razones que a continuación se exponen.

Los valores estatuidos en la “LISTA DE PRECIOS UNITARIA” (folio 114), de acuerdo con lo establecido en la cláusula tercera -valor- del contrato MA-0001562 (folio 82)¹² comprenden todos los costos directos e indirectos derivados de la ejecución de la actividad, ello quiere decir, que la contratista – TRANSPORTES ICEBERG- no se obligó a retribuir a los trabajadores empleados para la ejecución de ese contrato con los valores consignados en esa lista, sino que, ese sería el valor pagadero por ECOPEOTROL con el ánimo de retribuir, de manera general y sin distinguir por cantidad de trabajadores considerados para el cumplimiento del objeto contractual, los gastos en que incurriría la contratista para cumplir con lo pactado, esto es, prestar el servicio de “*transporte de hidrocarburos líquidos*” con “*dedicación exclusiva y permanente*”, de hecho, en las obligaciones del contratista se dejó establecido que este “*es libre de establecer el número de personas a utilizar en la ejecución del Contrato, de acuerdo con el enfoque de organización que dé al mismo*” (folio 87).

Es de anotar además, con relación al salario de sus trabajadores, TRANSPORTES ICEBERG se obligó con ECOPEOTROL a “*pagarles el salario establecido por **ECOPETROL** e informado en los DPS* (Documentos del Proceso de Selección), *o en defecto de dicha información, el salario que corresponda de acuerdo con la norma interna de ECOPEOTROL en materia de salarios a cargo de sus contratistas, la cual podrá ser consultada en la página web www.ecopetrol.cov.co en la ruta compras y contratación/normativa Extensiva a Contratistas (...)*” (folio 87) (subrayas de la Sala), empero, ni uno ni

¹² Puntualmente señala el referido clausulado:

“CLÁUSULA TERCERA- VALOR DEL CONTRATO

*El presente Contrato se pacta por el sistema de precios unitarios (valor por unidad de recurso, obra, trabajo, servicio o bien), los cuales remuneran la totalidad de las actividades (trabajos, servicios) y/o suministros constitutivos de su objeto, de conformidad con lo pactado y muy particularmente, con lo establecido en los **TR**.*

*Cada precio unitario comprende todos los costos directos e indirectos derivados de la ejecución de la respectiva actividad y/o suministro que hacen parte del objeto del **Contrato**. Incluye, entre otros, los gastos de administración, salarios y prestaciones sociales del personal, incrementos salariales y prestacionales, desplazamiento, transporte, alojamiento y alimentación del equipo de trabajo de **CONTRATISTA**; honorarios, asesorías en actividades objeto del **Contrato**; computadores, licencias de utilización de software, impuestos a cargo del **CONTRATISTA**, las deducciones a que haya lugar y en general todo costo en que incurra el **CONTRATISTA** para la ejecución de cada una de las actividades o suministros objeto de este **Contrato**, por lo cual incluye el **AIU** (administración, imprevistos ordinarios y utilidades)”*

otro valor está acreditado en el expediente para determinar si guardaba correspondencia al cancelado al demandante.

Con todo, para la Sala, las obligaciones adquiridas por TRANSPORTES ICEBERG con ECOPETROL y consignadas en el referido negocio jurídico no tienen la virtualidad de imponer el reajuste del salario de aquellos empleados que desarrollaron actividades para la ejecución de ese u otros contratos celebrados por su empleador con terceros, debido a que esta clase de estipulaciones, al igual que las contenidas en el contrato de trabajo respectivo, tienen efectos *inter partes*, y en esa medida, el empresario se sujeta y se obliga con su trabajador en los términos del contrato laboral celebrado – verbal o escrito- incluido lo atinente al salario o remuneración de los servicios prestados, entendiéndose satisfecha su obligación cuando retribuye al trabajador en los términos pactados y con sujeción a las normas laborales.

Del mismo modo, tal como lo refirió el demandante en su interrogatorio¹³, TRANSPORTES ICEBERG tenía más clientes y era factible que este no estuviera asignado exclusivamente a la ejecución del contrato MA-0001562 y de hecho, adujo haber transportado cargas para otros clientes de su empleador.

Ahora, en el libelo introductor, el demandante asegura que la nivelación debe darse en aplicación a lo previsto en el artículo 1 del Decreto 284 de 1957 “*por el cual se dictan normas sobre salarios y prestaciones de los trabajadores contratistas a preciso fijo, en empresas de petróleos*” disposición que señala:

“Artículo Primero. Cuando una persona natural o jurídica dedicada a los ramos de exploración, explotación, transporte o refinación de petróleos realice las labores esenciales y propias de su negocio o de su objeto social mediante el empleo de contratista independiente, los trabajadores de éstos gozarán de los mismos salarios y prestaciones a que tengan derecho los de la empresa beneficiaria en la respectiva zona de trabajo, de acuerdo con lo establecido en las leyes, pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.

Son labores propias de la exploración, explotación, transporte y refinación del petróleo, los trabajos geológicos, geofísicos, de perforación con taladro de extracción y almacenamiento de crudo y los de construcción, operación y mantenimiento de oleoductos y refinería y todas aquellas otras que se consideren esenciales a la industria del petróleo”

¹³ CD folio 1004, récord 18:16, audio 1.

Dicha disposición fue regulada en el Decreto 2719 de 1993, modificado por el Decreto 3164 de 2003, en el que se detallaron las labores propias y esenciales de la industria del petróleo, entre las cuales no se estableció el transporte de hidrocarburos vía terrestre.

Sobre la interpretación de dicha norma, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL17526-2016, reiterada en la SL436 de 2020, explicó:

“2. Despejado lo anterior, considera la Sala que el debate suscitado por el recurrente se reduce a que se determine si con arreglo al artículo 1 del Decreto Legislativo 284 de 1957, el demandante tiene derecho o no a iguales salarios y prestaciones de los empleados de Ecopetrol S.A., en razón a que la compañía para la cual trabajó pertenece a la industria del petróleo.

Para la adecuada solución del problema planteado, la Corte (I) analizará la figura de la equiparación de salarios y prestaciones en la industria del petróleo plasmada en el artículo 1 del Decreto Legislativo 284 de 1957, y (II) determinará si las actividades de la empresa Naviera Fluvial Colombiana S.A. son esenciales o no a la industria petrolera.

(I) De la equiparación salarial y prestacional prevista en el artículo 1 del Decreto Legislativo 284 de 1957

El artículo 1 del Decreto Legislativo 284 de 1957, convertido en legislación permanente a través de la Ley 141 de 1961, prescribe:

Cuando una persona natural o jurídica dedicada a los ramos de exploración, explotación, transporte o refinación de petróleos realice las labores esenciales y propias de su negocio o de su objeto social mediante el empleo de contratista independiente, los trabajadores de éstos gozarán de los mismos salarios y prestaciones a que tengan derecho los de la empresa beneficiaria en la respectiva zona de trabajo, de acuerdo con lo establecido en las leyes, pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.

Son labores propias de la exploración, explotación, transporte y refinación del petróleo, los trabajos geológicos, geofísicos, de perforación con taladro de extracción y almacenamiento del crudo y los de construcción, operación y mantenimiento de oleoductos y refinería y todas aquellas otras que se consideren esenciales a la industria del petróleo.

Si los contratistas independientes no tuvieren los elementos adecuados para atender a las referidas prestaciones, podrán convenir con la empresa beneficiaria que ésta las atienda por cuenta de aquéllos. Si no fuere ello posible, los contratistas deberán compensar en dinero a sus trabajadores el valor de las prestaciones que no pudieren atender, previa autorización del Gobierno.

En aras de garantizar la igualdad de retribución de los trabajadores de la industria petrolera, la disposición transcrita prevé la figura de la equiparación de los salarios y prestaciones de los empleados de los contratistas independientes con los de la empresa dedicada a la exploración, explotación, transporte y refinación de petróleo, a la cual le presta servicios, cuando quiera que la primera sea contratada por la segunda para realizar labores inherentes o esenciales a su objeto social. Cuando esto ocurre, las prerrogativas salariales y prestacionales de los empleados de la empresa beneficiaria se extienden a los trabajadores del contratista independiente que se encuentren en la misma zona de trabajo.

Desde este punto de vista, la aplicación de la norma requiere de la concurrencia de los siguientes elementos:

(i) La existencia de un contrato celebrado entre la empresa beneficiaria y el contratista independiente, en virtud del cual este último le presta servicios relacionados con la exploración, explotación, transporte y refinación del petróleo y, en general, esenciales y propios de la industria petrolera.

(ii) Que el contratista independiente tenga empleados vinculados al desarrollo de esas actividades propias del sector petrolero.

(iii) Que, a su vez, los trabajadores de ese contratista independiente se encuentren ubicados en la misma zona de trabajo de los empleados de la empresa beneficiaria.”

En consonancia con dicho pronunciamiento, si bien se cumple con el presupuesto de la existencia del contrato suscrito entre la empresa beneficiaria (ECOPETROL) y la contratista independiente (TRANSPORTES ICEBERG), ello no ocurre con los demás presupuestos, pues el conductor de tracto camión no se enmarca dentro de las actividades esenciales la industria del petróleo, como ya se dijo, y, además, no se acreditó cuál era la zona de trabajo del demandante y que dentro de ella existían trabajadores de ECOPETROL ejecutando idéntica actividad, de allí que no pueda accederse a lo pretendido, debiendo confirmarse la sentencia de primer grado en este punto.

- HORAS EXTRAS

Ahora bien, insiste el recurrente en la procedencia de la inclusión de las horas extras, así como trabajo dominical y festivo, para efectos de liquidar las prestaciones causadas en vigencia de su contrato de trabajo.

En tal sentido, debe anotarse, el trabajo extra o suplementario corresponde a aquellas horas laboradas por el trabajador, adicionales a la jornada ordinaria pactada entre las partes, o en su defecto la establecida en el artículo 161 del C.S.T. , el cual se remunera en los términos del capítulo III del C.S.T (artículo 168 y s.s.).

Es importante apuntar, la ley no le permite al juzgador hacer cálculos ni conjeturas para establecer un número probable de horas que puedan considerarse laboradas por el trabajador, siendo deber de este último basar su solicitud en evidencias precisas y unívocas que den cuenta el tiempo efectivamente prestado al servicio del empleador. En otros términos, el trabajo suplementario debe acreditarse en forma clara, concreta e incuestionable, por cuanto se trata de demostrar la existencia de hechos que comprometen minuciosidad en la información, por lo tanto, su reconocimiento se halla condicionado a la probanza de los supuestos de hecho aducidos, pues el sentenciador no puede hacer suposiciones sobre ese aspecto ya que esa decisión implicaría la posibilidad de imponer una injustificada carga salarial y prestacional que supere el trabajo real y efectivo realizado por el empleado. Así lo ha dicho reiterativamente el órgano de cierre de esta jurisdicción, por ejemplo, en la sentencia SL 3407 de 2018.

Puntualmente, sobre este tópico en sentencia SL1269 de 2019, dijo la Corte:

“Efectivamente, tiene adoctrinado esta Corporación que las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada diurna ordinaria, demandan de quien lo reclama, el despliegue de una actividad tendiente a demostrar con claridad y precisión que estas se realizaron, razón por la que no puede el juzgador hacer cálculos o suposiciones, para determinar el número probable de las que se estimen trabajadas.

En este sentido se razonó en la sentencia CSJ SL3009-2017:

No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, conceptos de los cuales se absolverá a la demandada.”

Atendiendo tales supuestos, aunque el demandante afirma haber laborado horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas, lo cierto es que ello no luce demostrado pues no existe si quiera un medio probatorio que permita

soportar la versión vertida por el demandante, pues pese a que al plenario se allegó una relación de viajes realizada por el demandante ello fue para los años 2012, 2013 y 2014, periodos no comprendidos en el último contrato de trabajo que es el que aquí se estudia y, que en todo caso, no dan cuenta de las horas efectivamente laboradas por el conductor.

A más de lo anterior, advierte la Sala, de acuerdo con los desprendibles de nómina (folios 260 a 285) al actor se le cancelaba una suma fija de \$71.500 quincenales como pago de horas extras fijas, que según lo indicado por el representante legal de la demandada TRANSPORTES ICEBERG, eran cancelados con independencia de que en efecto se laboraran o no horas extras, pago que se efectuaba en virtud de lo acordado en la cláusula segunda del contrato de trabajo formalmente suscrito con FASTRACK (folio 251), precisando que no se advierte que con dicha cláusula se vulneren los derechos mínimos del trabajador, pues recuérdese que el contrato es la manifestación de la voluntad de las partes, y en ese orden es válido que acuerden las sumas que remuneran la labor del trabajador, destacando, que la suma pactada corresponde a un monto adicional al salario básico, que en todo caso resulta superior al salario mínimo legal vigente para la época de la suscripción del contrato, por lo que se itera, a juicio de esta Sala, es válido el acuerdo frente a la remuneración del trabajo suplementario y de horas extras.

En lo que toca específicamente a la carga de la prueba en cabeza del trabajador demandante, suficiente es indicar que no es reprochable de manera alguna el fundamento jurídico de la juez a quo, por cuanto se trata del criterio expuesto por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, sin que acoger dicho criterio de Casación Laboral sobre el tema, implique tornar el proveído en carente de razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en criterio reiterado apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta temática, constituyendo doctrina probable, siendo ello plausible.

Conforme lo analizado, claro resulta que el actor no cumplió con su carga probatoria, pues se itera, en autos ni siquiera pudo acreditarse la efectiva causación de horas extras y trabajo suplementario, así como tampoco de viáticos pagados a su favor, falencia probatoria con entidad suficiente para truncar el éxito de las aspiraciones de la parte actora, precisando que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es quien promueve la acción, el cual

quedó expuesto a lo que Cernelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA".

- VIÁTICOS

Con relación a los viáticos, pertinente es reiterar lo que de tiempo atrás tiene adocinado la Sala de Casación Laboral frente al artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990, en cuanto a que los viáticos constituyen factor salarial, en aquella proporción destinada a brindar al trabajador manutención y alojamiento; por oposición, no constituye salario la parte destinada a proporcionar medios de transporte o gastos de representación, así como los viáticos ocasionales, extraordinarios, no habituales o poco frecuentes.

En el sub judice, el demandante asegura que a su cuenta bancaria fueron consignados por su empleador, rubros bajo el concepto *"PAGO DE PROVEEDOR DE TRANSPORTE"* y *"PAGO DE PROV TRASNP ICEBERG"* (folios 179 a 204), los cuales asegura correspondían a viáticos permanentes que no fueron tenidos en cuenta a efectos de liquidar sus acreencias laborales.

Sin embargo, además del dicho del demandante y los mentados extractos bancarios, no existen elementos en el cartapacio procesal que permitan concluir fehacientemente que los pagos efectuados bajo esos conceptos correspondían a viáticos permanentes pues se desconoce en realidad a que obedecen dichos rubros, precisando, aunque el representante legal de TRANSPORTES ICEBERG y FASTRACK (que resulta ser el mismo) informó que al actor se le cancelaron gastos de viaje que se pagaban a su cuenta de ahorros, también precisó que se pagaban con el fin de cubrir los gastos en que incurría el vehículo como peajes, gasolina, etc.

Tal deficiencia probatoria, impide acceder a lo pretendido e impone la confirmación de la decisión de primer grado en lo que a esto atañe.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es confirmación del fallo de primer grado, atendiendo las disquisiciones hechas por esta Corporación.

SIN COSTAS en esta instancia.

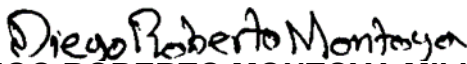
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

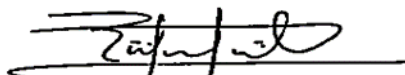
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas por esta Sala de Decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MOISÉS CAMPO MARQUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A. (RAD. 15 2019 00767 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 11).

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante (Folios 16 a 19), y por las demandadas COLPENSIONES (Folios 8 a 11) y PORVENIR S.A. (Folios 4 a 7), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 1° Transitorio del Circuito de

Bogotá D.C., el pasado 27 de octubre de 2021 (*Audiencia virtual concentrada arts 77 y 80 CPTSS, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:14:20, archivo “07. AUD.ORD. 15-2019-00767-20211027_092550 Grabación de la reunión.mp4”, expediente digital*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el señor MOISES CAMPO MARQUEZ, identificado con cédula de ciudadanía N° 77.013.816 del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES al de Ahorro Individual con solidaridad por intermedio de la AFP PROTECCIÓN efectuado el día 5 de septiembre de 1994, y por ende aquellos traslados horizontales efectuados a la AFP COLFONDOS y posteriormente a PORVENIR, conforme lo expuso.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante MOISES CAMPO MARQUEZ, identificado con cédula de ciudadanía N° 77.013.816, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por COLPENSIONES como si nunca se hubiese trasladado de régimen pensional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor MOISES CAMPO MARQUEZ, identificado con cédula de ciudadanía N° 77.013.816, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, conforme a lo enunciado.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las entidades accionadas, esto es COLPENSIONES, PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS, y a favor del demandante. Se fija la suma de \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada uno de las mencionadas.

SÉPTIMO: En caso de no ser objeto del recurso de apelación la presente decisión, remítase el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES”.

“

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandada PORVENIR S.A. la apeló solicitando su revocatoria. En sustento de ello aduce, la vinculación del demandante a PROTECCIÓN AFP fue válida como se deduce de la firma de correspondiente formulario de afiliación, siendo este el único documento que se requería para el año 1994 cuando se verificó el traslado, época para la que no existía la obligación de hacer ninguna proyección pensional y por ello no se debe exigir a esta administradora, ningún medio de prueba adicional.

Refirió, el deber de información ha tenido un progresivo desarrollo legal y jurisprudencial, que ha sido de manera progresiva y deben analizarse dependiendo del momento histórico en que el demandante ejerció su derecho de

libre elección del régimen pensional. Estima del interrogatorio de parte absuelto por el demandante se establece que la administradora le informó las características del RAIS y su funcionamiento, por lo que el actor se trasladó de régimen de manera libre y voluntaria e igual sucedió con las otras administradoras a que se trasladó.

Recabó en la imposibilidad de los fondos privados, de entrar a probar el cumplimiento de su deber de información con medios de prueba diferentes al formulario de afiliación, adicionalmente estimó, la ineficacia que alega la parte demandante no tiene que ver con la falta de información, sino con su inconformidad frente al monto de su mesada pensional, como lo afirmó en el interrogatorio que rindió. Pidió, en caso que se confirme la decisión de primer grado, se absuelva a su representada de la devolución de los gastos de administración¹ (*Audiencia virtual concentrada arts 77 y 80 CPTSS, realizada a*

¹ **Apoderada PORVENIR (1:41:21):** Si su señoría estando en este momento procesal me permito interponer el correspondiente recurso de apelación en contra del presente fallo ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá, apartándome de manera integral, pues con lo dispuesto en el mismo, por eso expongo lo siguiente. En primera medida respecto a la declaratoria de la ineficacia este traslado, pues, se debe indicar que esta vinculación se insiste que fue valido, eficaz, el demandante puede se vinculó para el año 1994 con la AFP PROTECCIÓN firmado para ello, pues este correspondiente documento el formulario de vinculación, siendo este, pues, el documento que se requería para hacer para la fecha, para hacer válidamente, pues la afiliación del sistema general de pensiones o en este caso, pues el cambio de régimen pensional del traslado del régimen pensional.

Ahora bien, si bien el deber de información pues ha existido desde los inicios, es algo que no, pues no se discute. Lo cierto es que si ese deber tenido un desarrollo legal como jurisprudencial que ha sido de manera progresiva, se ha incrementado, pues a lo largo de los años todas las exigencias impuestas a las administradoras. Sin embargo, mi representada considera que no se realizó la interpretación de la nubla de, no perdón (sic), aplicable a dicha data, pues respecto al momento histórico en que el demandante pues ejerció su derecho de libre elección de régimen pensional conforme a la Ley 100 de 1993 y el decreto 663, pues determina que deben señalarse características del régimen situación, pues qué ocurrió, como quedó demostrado en el interrogatorio de parte y la administradora, sí pues, le informó al actor, pues referente a las características del régimen de ahorro individual, las circunstancias de cómo funcionaba este régimen de ahorro individual, pero lo cierto es que es que conforme esta normatividad lo importante era que se impidiera la coacción de libros escogencia del régimen pensional, y es claro que aquí el actor se trasladó de manera libre y voluntaria con la administradora PROTECCIÓN y pues con posterior los traslados que realizó con las otras administradoras. Por lo que se indica que el realizar o traer deberes que no eran no estaban vigentes para dicho momento, como realizar alguna comparación pensional lo que se analizará el caso en particular o alguna comparación o proyección pensional, pues que estas normas nacen de manera posterior y por lo mismo, pues no deben ser requeridas o que se requiera otro documento, otra prueba adicional a este formulario de filiación, por lo que en aras en principio respecto a la norma, pues no puede ser exigido a las administradoras deberes que nacieron con posterioridad, y lo cierto es que aquí quedó probado que el actor se recibió la información necesaria para la época, para esa primera fase del deber de información, así que tuvo la oportunidad de decidir de manera objetiva si realizar o no el traslado y lo cierto es que él decidió realizar este traslado libre y voluntaria, permaneciendo en este régimen pensional durante muchos años.

Por lo anterior entonces, por haber existido estos actos jurídicos que versaron de la voluntad del demandante, pues solicitó que si se respete la voluntad de las partes, que si existen el valor por otro que merece este formulario, prueba que demuestre el cumplimiento de los requisitos para dicho momento y la voluntad expresa del afiliado que entendía, pues, que este acto era vital para su futuro pensional y que se sometía pues, a las condiciones de este régimen para dicho momento, las condiciones de financiación para dicho momento o para el momento en que se hiciera efectivo su reconocimiento pensional, si estuviera vinculado en este régimen situación, pues que lo está.

Por lo tanto, no resulta justo que en este tipo de procesos se obliga a los fondos privados que entren a probar pues este deber de información, en esta primera fase del deber de información, y que se allegue otro tipo de documento diferente al formulario que por otro o que exista un medio probatorio para probar este, la información dada cuando esta situación resulta en un imposible jurídico, cuando pues han transcurrido más

través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:41:21, archivo “07. AUD.ORD. 15-2019-00767-20211027_092550 Grabación de la reunión.mp4”, expediente digital).

A su turno, la apoderada de COLPENSIONES, apeló la decisión señalando, la declaratoria de ineficacia del traslado vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema; el demandante hizo uso de su derecho a la libre escogencia y la entidad no puede asumir las consecuencias de su arrepentimiento; no hay pruebas respecto a que hubiera sido coaccionado para adoptar la decisión de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual. Añadió, todas las conductas desplegadas por la entidad han sido dentro del marco de la buena fe y con la convicción de estar actuando conforme a derecho, por lo que solicitó se revoque la declaratoria de ineficacia decretada por la juez a quo² (Audiencia

de 25 años en que la decisión adoptada por el demandante y que ésta se ratificó con los años de cotización y la permanencia, y también se puede hablar de una ratificación con los traslados horizontales que realizó entre los fondos privados ratificando, pues así su voluntad.

Ahora bien, también es claro que aquí la ineficacia que se alega, pues no resulta por la falta del deber de información, sino por esa inconformidad que tiene el actor a hoy con lo concerniente a su mesada pensional, como el lo señaló interrogatorio, situación, pues que no es suficiente para que se pueda determinar una ineficacia del traslado o siquiera se demanden este tipo de procesos por esta situación, cuando para el momento del traslado, pues no se sabe el valor de la mesada pensional que puede recibir cuando le faltaban muchos años de cotización, cuando se desconocía la densidad de cotizaciones que iba a tener en el tiempo, se desconocía la tasa de reemplazo que se iba a utilizar para cometer que se hiciera efectivo el reconocimiento, por lo que no es justo entonces que por existir estas diferencias entre las condiciones de financiación del sistema, de esta inconformidad que tienen las personas por estas condiciones de financiación, entonces los fondos incumplen con su deber de información, cuando pues es claro que eso no depende de las administradoras, sino de la normativa vigente y el hecho de que se alegue pretendidos tiene eficacia por esa inconformidad referente a la mesada pensional, pues indirectamente se está desconociendo las condiciones de financiación que describe la ley 100 de 1993, que trajo pues la creación de esos fondos privados y pues estas condiciones. Por lo anterior entonces, pues solicitó pues que se revoque esta decisión. Ahora bien, en caso de que se confirme es solicitó que se nos absuelva de la condena devolver gastos de administración y esto porque en virtud de restituciones mutuas, pues no resulta, resulta mejor contradictoria esta condena, por cuanto se declara la ineficacia del traslado régimen pensional y por lo tanto, pues se pierden los efectos del traslado y por esta situación se condena a los fondos a devolver estos conceptos de gastos, pero si fuera dejar sin efectos del acto jurídico, pues claramente el actor no tendría derecho a retornar con los rendimientos que se han generado por las acciones realizadas por mi representada y que han sido incumplimiento de un deber legal, por lo que resulta contradictorio e injusto este trato diferenciado que sea de los conceptos productos de la afiliación. Es decir, los rendimientos y los gastos de administración, en este caso estamos en la circunstancia que claramente desconoce el principio de igualdad y los efectos de esta declaratoria, aunado que si se hizo algún descuento de eso por esos conceptos, pues recuerdo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, se hizo amparado en la ley, aparte que mi representada ha cumplido con las gestiones y con lo dispuesto en esta normatividad, efectuando así realizando, así pues, los rendimientos generados del actor.

Por lo anterior entonces señores magistrados, solicito revocar el presente paso en caso de que se confirme, se nos absuelva de la condenada con gastos de administración. Y con esto sustentado mi recurso, muchas gracias.

² **Apoderada COLPENSIONES (1:48:44):** Gracias su señoría, me permito presentar recurso de apelación en los siguientes términos, reitero los argumentos de defensa, expuestos a los alegatos de conclusión y de manera respetuosa interpongo recurso de apelación por cuanto la declaratoria ineficacia del traslado, vulnera y quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, mi representada, no puede asumir el arrepentimiento del demandante, habiendo ejercido su derecho a la libre escogencia, pues no hay prueba de coacción que viciara la manifestación de su voluntad, sobre todo por su permanencia en el régimen de

virtual concentrada arts 77 y 80 CPTSS, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 1:48:44, archivo “07. AUD.ORD. 15-2019-00767-20211027_092550 Grabación de la reunión.mp4”, expediente digital).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (Páginas 186 y 188 archivo “01. Expediente 15-2019-767.pdf”, expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (Páginas 188 a 198, ibídem), aspirando se declare que PROTECCIÓN y PORVENIR S.A. Incumplieron su deber legal de información al no brindarle una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional. En consecuencia se declare nula la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad y se tenga por válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES. En ese orden, se declare que debe quedar afiliado en el régimen de prima media; s ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado del demandante y a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado del demandante al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A, y en consecuencia se declaró que el actor se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por COLPENSIONES, como si nunca se hubiera trasladado de régimen pensional. Además, se ordenó a PORVENIR

ahorro individual durante tantos años, la decisión vulnera el conjunto normativo previsto, especialmente la Ley 797 de 2003, la Ley 100 del 93 y el Decreto 3801 de 2001.

Adicionalmente, todas las conductas desplegadas por mi representada fueron de buena fe y con la plena convicción de estar obrando conforme a derecho, razón suficiente para que se revoque la condena en costas, en este orden de ideas, solicita revocar la decisión de decretar la ineficacia del traslado, gracias.

S.A., devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración. 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 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 1° de enero de 1962 (*Página 44, archivo “01. Expediente 15-2019-767.pdf”, expediente digital*), por lo que la edad de 62 años, la alcanzará el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 8 de noviembre de 2019 (*Página 102, archivo “01. Expediente 15-2019-767.pdf”, expediente digital*) y a PROTECCIÓN el 8 de octubre de 2019 (*página 96, ibíd.*), esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional - tenía 57- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 61,299 semanas cotizadas al sistema (*Carpeta cd. folio 186, expediente digital*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la

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

Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la 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 **5 de septiembre de 1994** con fecha de efectividad a partir del **01 de octubre de 1994** (Página 304, archivo “01. Expediente 15-2019-767.pdf”, expediente digital), específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP, el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y la certificación emitida 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello,

tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

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 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.

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores le dijeron que el ISS se iba a acabar, sin que se le advirtiera sobre los rendimientos, requisitos para pensionarse, entre otras especificidades del RAIS.

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 PROTECCIÓN S.A (*Página 46, archivo “01. Expediente 15-2019-767.pdf”, expediente digital*), este no constituyen 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 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.

Respecto al comunicado de prensa (*Páginas 315 a 317 archivo “01. Expediente 15-2019-767.pdf”, expediente digital*), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

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 –PROTECCIÓN, no logró demostrar, como era su deber, que suministró al convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario

⁶ Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams récord 28:37 archivo 07. AUD. Ord. 15-2019-767- Grabación de la reunión”, expediente digital

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 1994, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futuro afiliado sobre

las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (5 de septiembre de 1994, efectivo el 01 de octubre de 1994), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Página 435 archivo “01. Expediente 15-2019-767.pdf”, expediente digital*), en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*ibíd.*).

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 SL1004-2021 Rad. 72930 del 1º de marzo del 2021, última en la cual se indicó:

“iii.ii ¿El traslado horizontal dentro del régimen se entiende como una ratificación del deseo de permanecer en él?

En cuanto al cambio de administradora, esta Corte ha establecido que el cambio no tiene como fin ratificar o darle validez al traslado de régimen que el afiliado realizó sin contar con la información veraz y suficiente que debió proporcionar la administradora de pensiones en su debido momento.

Al efecto se recuerda, que la Sala en diferentes pronunciamientos ha señalado que la falta de información no se subsana con los traslados que con posterioridad

hagan los afiliados en ahorro individual, tal como se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 septiembre de 2008, radicación 31989; reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083, cuyo texto señala lo siguiente:

“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.

[...]

“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” (subraya la Sala).

Con base en lo anterior, se equivocó el Tribunal al afirmar que, con el traslado de Protección S.A. a Colfondos S.A., era claro el deseo del señor Beltrán Giraldo de seguir en el Régimen de Ahorro Individual, pues conforme a la jurisprudencia anteriormente citada, en manera alguna puede aceptarse que el cambio de entidad

subsane la nulidad del traslado, producto de la falta de información veraz y suficiente por parte de Protección S.A.

*Si bien esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que, con base en los **actos de relacionamiento** no se decreta la nulidad de traslado de régimen cuando se evidencian diversos cambios horizontales de administradora no sobra recordar que también se ha advertido que estas discusiones tienen un componente casuístico tanto de los elementos particulares de la situación en discusión como de los fundamentos de los jueces de instancia (CSJ SL4934-2020 y SL3752-2020)."*

Con relación a los actos de relacionamiento como indiciarios de la ratificación de la voluntad a la que se ha hecho referencia, entre otras, en las sentencias SL3752 de 2020 y SL2440-2021 emanadas de las Salas de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, vale la pena señalar que la Sala Penal de la Corte como juez constitucional, al resolver una acción de tutela presentada por esta última decisión, estableció que esa Corporación desconoció el precedente consolidado por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esa Corte frente al deber de información, el cual debe mirarse al momento del acto jurídico de traslado, sin que resulte relevante las actuaciones efectuadas con posterioridad al mismo.

Puntualmente, en sentencia del STP-15228 de 2021, sostuvo:

"7.1. Al confrontar los fundamentos de la decisión cuestionada con los anteriores desarrollos jurisprudenciales, se advierte que la Sala de Descongestión No.4 se distancia de manera abierta de los precedentes que en la materia ha fijado la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte.

*7.1.1. Como se dejó visto, la Sala de Descongestión, al dar por acreditado el cumplimiento del deber información por parte de la administradora, tomó en cuenta actos posteriores -aportes adicionales y traslado entre fondos privados-, desconociendo que "ello no contrarresta el incumplimiento del deber de información exigible a la administradora privada de pensiones, el cual como ya se advirtió, **debe ser oportuno e integral al momento del traslado.**" (CSJ, SL3611, 11 agosto de 2021, Rad. 88467).*

Es decir, que con la aplicación de estos criterios la autoridad judicial accionada dejó de lado, sin justificación razonable alguna, la línea jurisprudencial consolidada por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte, en cuanto que el cumplimiento de la asesoría o información debidas debe analizarse al momento del acto jurídico del traslado, sin que resulten relevantes las actividades o actuaciones que el afiliado realice con posterioridad.

En este punto, por tanto, se advierte estructurado un defecto por desconocimiento del precedente judicial.

7.2. Adicionalmente a esto, la Sala de Descongestión, en el análisis que le permitió concluir que en este caso el deber de información había sido satisfecho por la AFP demandada, introdujo la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», que fue abordada por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte en la SL413-2018, no para definir un caso de ineficacia del traslado de régimen pensional, sino en un asunto en el que se discutía el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, donde resultó necesario el análisis de la voluntad de permanencia del afiliado en un específico régimen pensional.

7.2.1. Esta interpretación implicó, a no dudarlo, una modificación o variación de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte, en punto a que el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar.

7.2.2. Esta modificación del precedente jurisprudencial estructura un defecto orgánico, en razón a que la Sala de Descongestión accionada no tenía competencia para realizar esa variación doctrinal, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un parágrafo al art. 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

(...)

7.2.4. Es claro, entonces, que las Salas creadas en el marco del programa de descongestión no tienen competencia para modificar la jurisprudencia de la Sala permanente, ni para crear nuevas líneas interpretativas, y que cuando por mayoría consideren que es necesario realizar esta clase de cambios, deben remitir el asunto a la Sala permanente.

7.2.5. Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016. De esta manera, se advierte también estructurado un defecto orgánico, que torna viable la concesión del amparo constitucional.”

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PROTECCIÓN y PORVENIR, esta última 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, 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 al demandante como su afiliado.

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 del demandante.

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de PORVENIR S.A., relacionados con los gastos de administración, 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 de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

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

[...]

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

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

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

Igualmente, en la sentencia 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 (...).”

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁷ (fl.348 archivo 01. Expediente 15-2019-00767 pdf) 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

⁷ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 27 de octubre de 2021 audiencia min. 16:00.

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

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

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

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

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

Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes

de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (...)” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Agotada la competencia de la Sala 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.

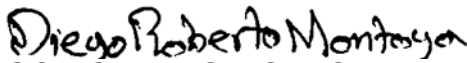
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 1° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NAYIVER RICO REYES
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 19 2018 00099 01)**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado HENRY DARÍO MACHADO GUALDRÓN como apoderado sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la firma CAL&NAF ABOGADOS SAS (fl. 15).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de PORVENIR S.A. (fls. 4 a 8) por COLPENSIONES (fls. 10 y 11) y la parte demandante (fls. 17 a 24) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez 1° (primero) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 2 de noviembre de 2021 (*Audiencia virtual concentrada*

Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 29:41, archivo “ 05 AUD. ORD. 11001311920180009900”, expediente digital), en la que se resolvió:

“DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora NAYIVER RICO REYES, identificada con cédula de ciudadanía N° 41. 725.989 del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A, y efectuado el 9 de marzo de 1999, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante señora NAYIVER RICO REYES, identificada con cédula de ciudadanía N° 41. 725.989, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, como si nunca se hubiese trasladado de este régimen pensional, conforme a lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la NAYIVER RICO REYES, identificada con cédula de ciudadanía N° 41. 725.989, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, conforme a lo expuesto precedentemente.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que una vez reciba los rubros descritos en el numeral anterior realice un análisis sobre la procedencia o no del derecho pensional a favor de la demandante, ateniendo lo dispuesto en el acuerdo 049 de 1990 o ley 71 de 1988, siempre que conserve las prerrogativas del régimen de transición dadas las reglas de vigencia contempladas en el artículo 46 de la ley 100 de 1993 y el acto legislativo 01 del 2005, en caso de no conservar dicho régimen COLPENSIONES deberá estudiar la procedencia o no del beneficio pensional de conformidad con lo enunciado en la ley 797 de 2003, según se indicó.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones no propuestas por la pasiva.

SEXTO: ABSOLVER a las entidades demandadas de las demás pretensiones incoadas.

SÉPTIMO: COSTAS en esta instancia a cargo la parte demandada COLPENSIONES y PORVENIR a favor de la demandante, se fija la suma de \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada una de las mencionadas entidades.

OCTAVO: En caso de no ser objeto del recurso de apelación la presente decisión, remítase el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su sala Laboral, a fin que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES la apelaron.

Así, en primer lugar PORVENIR, señaló, no se valoró el consentimiento informado que se materializó con la firma del formulario de afiliación por parte de la demandante, que da cuenta de su libre escogencia del RAIS, oportunidad en la que fue asesorada conforme lo exigía la ley 100 de 1993.

Agregó, Porvenir S.A. siempre garantizó a la demandante su derecho de retracto, lo que se informó con la publicación en el diario El Tiempo del 14 de enero de 2004, sin que la demandante ejerciera dicha facultad, lo que no se valoró como una negligencia de su parte. Con la declaratoria de ineficacia del traslado, se desconoce el principio de autonomía de la voluntad de las personas.

Estimó, tampoco procede la condena por gastos de administración, que no están destinados a financiar la prestación pensional y por ende pertenecen al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó¹ (*Audiencia virtual*

¹ **Apoderado PORVENIR (53:35):** Gracias su señoría, su señoría presento de manera muy respetuosa recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho. Teniendo en cuenta los siguientes aspectos a valorar.

En primer lugar, pues para declarar la ineficacia por parte de la falladora de primera instancia, pues acontecieron respecto al derecho de información como una obligación de ser probado por parte de mi representada, pues el brindar una información suficiente y clara sobre los efectos que acarrea, pues un cambio de régimen pensional. Por lo anterior, pues no se valoró que el consentimiento informado para su libre escogencia, pues se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación o formulario de afiliación, documento público, el cual expresaba que la actora pues hacía constar que realiza de forma libre y espontánea y sin presiones pues la escogencia del régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorada sobre los aspectos de este, entre otros conceptos. Conforme pues lo exigía el artículo 114 de la ley 100 del 93, es decir, que pues este formulario, pues no se trata de una simple declaración vacía, en cualquier en un formato de afiliación, sino de un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante, pues quien se presume, quien se presume como una persona, pues capaz para obligarse.

Adicionalmente, pues no se puede desconocer que PORVENIR siempre garantizó el derecho a su retracto, conducta que se provocó con la publicación que realizó en el diario El tiempo el día 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3 del decreto 1171 del año 2004 y perdón año 94, sin que la actora ejerciera dicha facultad, lo que no se valoró como una negligencia de su parte, debe valorarse como tal.

De otro lado, pues con la declaratoria de la ineficacia del traslado entre regímenes, pues se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada con que contaba la demandante definida en jurisprudencia constitucional en sentencia C 341 del año 2006 como el poder de las personas reconocidas por el ordenamiento positivo para disponer con efecto de los intereses y

concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 29:41, archivo “ 05 AUD. ORD. 11001311920180009900”, expediente digital).

A su turno, COLPENSIONES señaló, la decisión de la juez de primer grado se basó en la falta de información; sin embargo, al momento de la suscripción del formulario de afiliación la norma aplicable era la ley 100 de 1993, de la cual se podía interpretar que la aceptación libre, espontánea e informada del afiliado se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación.

En relación con la carga de la prueba, recuerda que los fondos contaban únicamente con el consentimiento expresado en el formulario suscrito para demostrar el consentimiento del afiliado en relación con el cambio de régimen pensional, por lo que a su juicio, imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de esa época constituye algo imposible de cumplir. Estimó, la inversión de la carga de la prueba por parte de la Corte Suprema de Justicia, resulta irracional pues no obliga a la parte demandante a aportar pruebas relativas a la presencia de vicios en su consentimiento, es decir, sin hacer ningún esfuerzo probatorio.

derechos de los que son titulares y por ende, crear derechos y obligaciones siempre, pues que se respete el orden público y las buenas costumbres.

Por de otro lado, pues sin perjuicio de lo anterior, perdón, tampoco procede la condena por la devolución de los gastos de administración, pues de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 del 93, también en el régimen de prima Media, pues se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, dichos gastos de administración, pues no forman parte integral de la pensión de vejez, y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción.

De igual manera, merece atención el hecho que al ordenar este traslado, estos gastos de administración pues a COLPENSIONES, se configuraba un enriquecimiento sin causa a favor de esta demanda, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución de forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes, el artículo 103 del literal B de la ley 100 del 93, menciona cuáles son los dineros que deben ser trasladados cuando existe un cambio de régimen pensional. Esto es, el saldo de la cuenta individual, incluidos sus rendimientos. Lo que evidencia que estos gastos administración, pues no están destinados a financiar la prestación de la afiliada, por ende no pertenecen a ella, sino al fondo privado como contraprestación a la gestión que adelantó para incrementar el valor existente en la cuenta individual del afiliado.

Por lo anterior, de manera muy respetuosa, solicito a los honorables magistrados de la sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá revocar en su integridad la sentencia emitida por el despacho, muchas gracias.

Recabó en que COLPENSIONES es un tercero que no participó en el trámite de traslado de la demandante y por ello no puede asumir las consecuencias de la libre decisión adoptada por la actora, que además afecta el equilibrio y sostenibilidad del sistema. Consideró, la demandante no puede alegar la ignorancia de la ley para su provecho, quien ha permanecido en el RAIS por más de 20 años.

Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas en contra de su representada, insistiendo en que la entidad no tuvo injerencia en el cambio de régimen por parte de la demandante² (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80*

² **Apoderado COLPENSIONES (57:39):** Señora juez estando dentro de la oportunidad legal, me permito interponer recurso de apelación ante el honorable Tribunal de Bogotá en su Sala Laboral en contra de la decisión que se acaba de adoptar por parte de su despacho en los siguientes términos.

En primer lugar, manifestándole a los Honorables magistrados mi reproche en cuanto al momento de esa decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la misma se fundamentó en falta de información, aunque pues según tenía la AFP PORVENIR al momento de la suscripción de la formulario de afiliación, pasando por alto, pues que para esa fecha mayo de 1999, pues la realidad de ese momento y la normatividad aplicable para la época, pues era la Ley 100 de 1993, en la cual pues se podía interpretar que esa aceptación espontánea, libre, expresa e informada de un afiliado para trasladarse régimen pues se manifestaba a través de esa firma el formulario afiliación, lo cual en este asunto se dio a plenitud según se deriva pues de ese formulario suscripción firmado por la demandante.

También vemos, pues, que en lo referente a la carga de la prueba antes y que recae única y exclusivamente que encabeza la AFP, y al transportar, pues sólo señalado por la Corte, pues en esas sentencias referidas, pues la sentencia, tenemos que pues a ese tipo de decisiones que hasta el año 2016, pues los fondos privados contaban exclusivamente con ese consentimiento vertido en el formulario de afiliación para aprobar pues ese consentimiento y asentimiento del afiliado respecto al traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre las 1994 a 2016 no existían nada diferente a ese documento, dónde costaba esa pendiente de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad y es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas de las leyes de la época, pues se constituye una situación de carácter imposible.

De igual forma, pues se evidencia esa interpretación errónea del artículo 1604 del Código General del Proceso, pues la Corte Suprema dentro de esa jurisprudencia objeto de análisis invierte de manera irracional y no pondera la carga de la prueba, pues suscitando que esa responsabilidad en cabeza de los fondos se convierte en objetiva, toda vez que no exige a la demandante pues aportar soporte alguno que muestre esa existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, y que toda la carga de la prueba pues recaiga exclusivamente en la AFP demandada, sin el pues el menor esfuerzo procesal en cabeza de la demandante, como se observó en este asunto.

También debe resaltarse Honorables magistrados que pues para esa fecha del traslado de régimen año 1999, sólo se exigía el formulario de afiliación para acreditar que se brindó la información a la demandante, no se exigía documento distinto como lo pretende determinar, pues la señora juez sin ningún sustento, al decir que no se aportó el documento que demuestre que la demandante recibió la información, y que el formulario de afiliación no es suficiente para demostrar que se suministró la misma, aquí entonces nos preguntamos Honorables Magistrados, cuál es ese documento, entonces para el año 1999, que era necesario para demostrar que se brinda la

información a la demandante y en que norma esta consignado, y es que pues para esa data no se exigía por la normatividad y jurisprudencia vigente para tal momento, documento diferente al formulario afiliación debidamente firmado para acreditar que la demandante recibió la información necesaria para el traslado de régimen, pues entonces podría decirse en este punto que la AFP PORVENIR, cumplió con la carga de la prueba al aportar dicho formulario debidamente suscrito por la demandante.

Entonces, pues no razonable y jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento de ese traslado de régimen, tal exigencia desvirtúa ese principio de confianza legítima, pues teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consiste solamente en esa posibilidad de defensa o en la oportunidad para interponer algún recurso sino que exige además como lo expresa el artículo 29 de la constitución política ese ajuste a las normas persistentes al acto que se juzga y esto pues recordemos que es un acto del año 1999.

Asimismo, Honorables Magistrados ese 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 ha participado en el trámite de traslado y es quien debe afrontar pues una incluso ahora, un estudio de la prestación a cargo de la hoy aquí demandante. Esto pues los digo en base (sic) a que no se tuvo en cuenta al momento de proferir la sentencia ese tan importante principio de la relatividad jurídica, entorno a que COLPENSIONES pues en este asunto es un tercero y es de recordar que los actos jurídicos en principio sólo tienen efectos Inter partes y esas consecuencias que se derivan de la celebración de tales actos jurídicos sólo debe repercutir sobre esas partes involucradas. Por lo cual, pues debe tenerse en cuenta que la entidad que represento, pues no puede ninguna forma puede ser favorecida, pero mucho menos perjudicada por ese contrato que se celebró entre la demandante y la AFP PORVENIR en su momento.

Por otra parte, pues debe precisarse que esas características, condiciones y modalidades pensionales propias de del régimen de ahorro individual, están consignadas en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos, esto quiere decir que la demandante al momento de suscribir ese formulario de afiliación debía conocer lo contemplado en la Ley 100 de 1993. Por tanto, pues no es dable alegar esa ignorancia de la ley como excusa de lo que prevé el artículo 9 del Código Civil para atribuir a la AFP la responsabilidad de haber omitido cierta información al pues, ya que ese señalamiento lo hace la misma ley. Dicho todo lo anterior, pues pongo en consideración de los honorables magistrados que en este asunto, pues la accionante ha permanecido en el RAIS por más de 20 años, por lo cual pues la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES resulta lesionada con esa decisión que se acaba de proferir en cuanto pues, a la afectación del equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema, los cuales están consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política, que además fue adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 2005, donde se reitera, pues que ese artículo 2 de la ley 797 2003, en el cual se hace esa prohibición expresa de que el afiliado no puede no puede trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para el cumplimiento de la edad mínima para tener derecho a la pensión de vejez. No es un artículo caprichoso y tiene una razón de ser, pues al respecto entenderse que pues ese propósito de establecer tal prohibición, pues como ya se dijo anteriormente, es proteger al fondo común por medio del cálculo de pensiones usa para pagar esas pensiones a las personas que cumplen los requisitos y de esta forma, pues no generar un desequilibrio patrimonial.

Entonces, pues sí, tenemos que el régimen de prima media se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados para que, una vez cumplidos esos requisitos de edad y semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de la suma que se ha cotizado, permitir que una persona por interés particular, que ya está pues próxima a pensionarse, que estuvo realizando sus aportes durante 20 años a otra entidad diferente, como se da en este asunto, se beneficie, resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás afiliados al

del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 29:41, archivo “05 AUD. ORD. 11001311920180009900”, expediente digital).

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 12,14, archivo “01. Expediente 19-2018-099.pdf”, expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (página 16, *ibídem*), aspirando se declare la nulidad de la afiliación o traslado efectuado a PORVENIR S.A, mediante el formulario de vinculación, por haber existido un vicio en su consentimiento. En consecuencia, se ordene a PORVENIR disponer el retiro de la demandante del RAIS y su regreso a COLPENSIONES; se ordene a PORVENIR S.A.poner a disposición de COLPENSIONES las sumas de dinero que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la actora por concepto de cotizaciones y se condene a COLPENSIONES a reconocer a la demandante pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, disponiéndose en consecuencia que se encuentra válidamente afiliada al

régimen de Prima Media, pues resulta contrario no solo a ese concepto constitucional de equidad que trata el artículo 95, sino también al principio de eficacia pensional.

Finalmente, también le solicitó los Honorables Magistrados, se revoque la condena en costas en contra de mi representada, pues ya te digo, mi representada no tuvo ningún tipo de gerencia al momento de ese traslado de régimen, no tuvo ninguna responsabilidad por ese, por ese hecho que se dio en el año 1999. Y pues además, teniendo en cuenta que pues en este asunto no prosperó la totalidad de las pretensiones, pues les ruego a los Honorables Magistrados que teniendo en cuenta lo contemplado en el artículo 365, numeral 5 del Código General del proceso, pues se revoque esa imposición de costas a cargo de mi representada. Con lo anterior dejo sentado mi recurso, reiterando a los Honorables Magistrados, se revoque la decisión que se acaba de proferir en este momento, muchas gracias.

régimen de prima media, ordenando a PORVENIR, como actual administradora a la que se encuentra afiliada la actora, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la convocante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financiero, sin descontar gastos de administración. Ordenó a COLPENSIONES que una vez reciba los rubros ordenados por parte de Porvenir S.A. proceda al estudio de la prestación de vejez. 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 la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 13 de mayo de 1957 (*página 1, archivo “01. Carpeta cd. folio 75 archivo 4 .pdf”, expediente digital*) por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2014, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 3 de noviembre de 2016 (*páginas 24, archivo “01. Expediente 19-2018-099.pdf”, expediente digital*) esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -,

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”.

pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, no contaba con ninguna semana cotizada a Colpensiones y llevaba trece años de servicios a la Aeronáutica Civil, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, fue efectivo el **01 de mayo de 1999** (página 266, archivo “01. Expediente 19-2018-099.pdf”, expediente digital), por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme se desprende de la información consignada en la certificación expedida por PORVENIR S.A., **precisándose**, en todo caso 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 a la AFP demandada, 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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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:

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 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

⁶ Audiencia del 9 de septiembre de 2020, récord 14:49

implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que los asesores le dijeron que el seguro social se iba a acabar, en consecuencia, no podría obtener una pensión de vejez, que en el RAIS iba a obtener una pensión mayor que en el RPM.

Respecto al comunicado de prensa (**páginas 290 a 292, archivo “01. Expediente 19-2018-099.pdf”, expediente digital**), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

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

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

Así por ejemplo, en sentencia 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 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, efectivo el **01 de mayo de 1999** el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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 PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y 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, 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 al demandante como su afiliado.

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

Asimismo, advierte la Sala, frente a los argumentos de apelación de PORVENIR, relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, 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 (...).”

En lo que atañe a la excepción de prescripción interpuesta por COLPENSIONES⁷, a favor de quien se surte la consulta (páginas 154, archivo “01. Expediente 19-2018-099.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.

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

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

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

Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social,

⁷ 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 en auto del 27 de febrero de 2019 (página 184, archivo “01. Expediente 19-2018-099.pdf”, expediente digital).

*normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que **las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo**, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

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

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

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

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 de primer grado únicamente para disponer el pago indexado de los gastos de administración, confirmándola en lo demás, de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 1° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALVARO HERNÁN
DUARTE GÓMEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. (RAD. 20 2019 00917
01)**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada SANDRA PATRICIA VARGAS BOADA como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S (folio 8).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado únicamente los alegatos de instancia por COLPENSIONES (folios 8 y 9), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, 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 dicha entidad, contra la sentencia proferida por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 4 de agosto de 2021 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S.,*

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, exp. Virtual archivo 12. Audiencia art. 77 y 80 mp4), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor ALVARO HERNAN DUARTE GOMEZ, el 8 de enero de 1999, al FONDO PENSIONAL COLFONDOS S.A., conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, desde el 8 de enero de 1999 hasta la actualidad, aclarando antes de esta fecha ya se encontraba afiliada (sic) afiliado al Seguro Social.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., devolver los valores que hubiera recibido y que estén pendientes, retornar a COLPENSIONES por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado ALVARO HERNAN DUARTE GOMEZ, junto con los rendimientos financieros causados a que haya lugar. Repito con destino a COLPENSIONES y si hubiesen bonos pensionales también deben ser retornados a su emisor por parte de COLFONDOS.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLFONDOS y COLPENSIONES. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente 3 SMLV, pagaderos a cuota parte.

QUINTO: consúltese la presente decisión con el Superior Sala Laboral, del Tribunal Superior de Bogotá, teniendo en cuenta que fue condenada COLPENSIONES entidad y régimen general de pensiones del cual es garante la nación”.

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES la apeló y solicitó se revoque la decisión de primer grado y se absuelva a su representada de todas las pretensiones señalando, el demandante no es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debido a su traslado al RAIS; no se demostró que la Administradora de Fondos de Pensiones hubiera faltado a su deber de información, tampoco se evidencia la presencia de algún vicio del consentimiento. El demandante no presentó ninguna nota de inconformidad ante la administradora; contrariamente las documentales aportadas al expediente dan cuenta de una elección libre y voluntaria por parte del afiliado¹. (exp. Virtual archivo 12. Audiencia mp4, acta exp. Virtual archivo 8).

¹ **COLPENSIONES (1:15:50):** Su señoría de manera muy respetuosa, interpongo recurso de apelación contra el fallo proferido por su despacho. En primer lugar, Su Señoría téngase en cuenta que el demandante perdió el, ya no es beneficiario del régimen de transición, según el artículo 36 de la ley 100 de 1993, toda vez que al cambiarse de fondo al fondo a COLFONDOS, perdió el régimen de transición, tal como está dispuesto en el artículo antes en mención.

Por otro lado, su Señoría, dentro del expediente, no hay prueba alguna que hubiese hecho que se pruebe que la que se le haya hecho incurrir en un error, una falta del deber de información por parte de las AFP o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, que es un error, fuerza o dolo, y así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes una nota de protesta o anotación alguna que permite inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por

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. Virtual archivo 01 2019-00917 folio 3 pdf*) **las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo** (*exp. Virtual archivo 01 2019-00917 folios 4 a 6 pdf*), aspirando se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad hacia la AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se ordene a esa AFP devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el actor a COLFONDOS disponiendo a esa AFP, devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante a esa administradora, por concepto de cotizaciones a pensión, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, que estén pendientes por devolver.

Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el demandante al momento del traslado, lo que a la postre le implicó al demandante perder el régimen de transición. Estimó, los fundamentos fácticos de Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL-373 de 2021 son diferentes a los que sustentan el caso en concreto, debido a que el demandante retornó a

parte del demandante, al contrario, se observa que con las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observación sobre el constreñimiento o presiones indebidas, por lo que solicitó ante Honorable Tribunal se revoca el fallo de primera instancia y en consecuencia se absuelva a mi representada de las pretensiones de la demanda. Muchas gracias, señor juez.

Colpensiones y fue esta administradora la que le reconoció la prestación pensional, por lo que resulta procedente la declaratoria de ineficacia.

Así las cosas, en primer lugar, sea del caso indicar, en autos no es objeto de discusión que el demandante mediante afiliación realizada a COLFONDOS el 8 de enero de 1999, se trasladó de régimen pensional (del RPM al RAIS), con fecha de efectividad 1° de marzo de 1999 tal como se verifica del reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito en la mentada calenda (pág. 92 y 93, archivo “02 2019-917 contestación Colfondos pdf”, expediente virtual) y (pág. 34, archivo “01 2019-917 (fl 1-186) pagenumber.pdf”, expediente virtual). Asimismo, se encuentra acreditado que el demandante retornó al régimen de prima media, administrado por COLPENSIONES el 1° de junio de 2004.

Ahora bien, en el caso de autos, de la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el plenario (página 15, archivo “01 2019-917_pagenumber.pdf”, expediente virtual) se constata que el demandante nació el 25 de junio de 1955, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, -30 de junio de 1995², contaba con 40 años de edad, quedando claro que, en principio, es beneficiario del régimen de transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectivo con fecha 1° de marzo de 1999 mediante la afiliación a COLFONDOS (páginas 26 y 82, archivo “01 2019-917_pagenumber.pdf”, expediente virtual) y que para la entrada en vigor del nuevo sistema general de pensiones contaba apenas con 715 semanas -equivalentes a 13,72 años de servicio- (según se desprende del acto administrativo de reconocimiento pensional –págs. 36 a 47 ibíd.), no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes del 30 de junio de 1995, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002³, por lo que resulta

² Al ser empleado de la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL SAN JUAN DE DIOS DE ZIPAQUIRÁ según se indica en la historia laboral válida para Bono Pensional y en la expedida por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR, como también en el formulario de afiliación.

³ “Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4°, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4°, ni el inciso 5° se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1° de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso

procedente el estudio del traslado de régimen pensional y la conservación del beneficio transicional con base en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, desde luego si hay lugar a declararla.

Así las cosas, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende el demandante a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media y recuperar el régimen de transición, 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, se hizo efectivo el **1° de marzo de 1999** (pág. 92 y 93, archivo “02 2019-917 contestación Colfondos pdf”, expediente virtual) y (pág. 34, archivo “01 2019-917

4°, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5°.

El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.[19] Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1°), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1° de 1994),[20] terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado.

Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y*
 - b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.*
- En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.”*

(fl 1-186) *pagenumber.pdf*”, específicamente, conforme el formulario de afiliación a COLFONDOS y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Para solventar ello, es preciso 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 elemento, se incurriría en un vicio que invalidaría el negocio 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.

Ahora bien, 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,

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

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

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

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

aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado COLFONDOS S.A.

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

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

“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, en consonancia con el criterio del órgano de cierre de esta jurisdicción precedentemente analizado, y atendiendo los medios probatorios incorporados al plenario, sería factible, en principio, predicar un incumplimiento de la carga de la prueba en cabeza de la AFP accionada ante la ausencia de medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al accionante en los términos aquí referidos al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, lo que daría lugar a la declaratoria de ineficacia del tránsito de régimen pensional realizado por el actor el **01 de marzo de 1999.**

No obstante, revisado el expediente es posible establecer que COLPENSIONES reconoció al demandante pensión de vejez mediante Resolución SUB 236676 del 7 de septiembre de 2018, a partir del 1 de octubre de 2017, en cuantía inicial de \$2'151.281, por encontrar satisfechos los requisitos previstos en la Ley 797 de 2003 (páginas 36 a 47, archivo “01 2019-917 (fl 1-186) pagenummer.pdf”, expediente virtual), prestación que hasta la fecha ha venido percibiendo, como fue aceptado desde el escrito de demanda.

Lo anterior, conduce a concluir que el demandante al momento de solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado -3de octubre de 2019- (páginas 48 a 53, archivo “01 2019-917 (fl 1-186) pagenumber.pdf”, expediente virtual) había perdido la calidad de afiliado y por el contrario detentaba la de pensionado, en tanto ha venido beneficiándose de la prestación económica, hasta hoy, desde hace más de tres años, garantizándose de esta forma su derecho pensional.

Atendiendo lo anterior, precisa la Sala, la ineficacia del traslado solo resulta predicable para aquellas personas que suscribieron el formulario de afiliación sin que dicha selección haya estado precedida de un consentimiento informado, esto es, con la inobservancia del deber de información que como se explicó en demasía está a cargo de las AFP como administradoras del RAIS, y siempre que ostente la calidad de afiliado, siendo la afiliación el acto de ingreso al sistema general de pensiones⁶, condición que perdió el demandante al aceptar la pensión que le fuera reconocida por COLPENSIONES, adquiriendo la categoría de pensionado por vejez, en los términos y modalidades previstas en el régimen de ahorro individual al que se encuentra vinculado.

Y es que en materia pensional, particularmente en materia de movilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, las calidades de *afiliado* y *pensionado* tienen efectos diferentes; así por ejemplo, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, permite la transferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, siempre que se tenga la condición de afiliado, esto es, “*no haya adquirido la calidad de pensionado*”, disposición que fuera declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-841 2003, en la que esa Corporación consideró que “Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado”.

⁶ La Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que “La precisión del concepto “afiliación” también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina “alta”, y aquéllas en que no lo está (se denomina “baja”).

Sobre el particular resulta imperioso hacer referencia a la sentencia SL-373 de 2021 donde la Corte Suprema de Justicia, analizó un caso de similares contornos fácticos, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado, para en su lugar determinar la imposibilidad de que, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, un pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado del régimen de prima media con prestación definida, en razón a que la calidad de pensionado “*es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir*” pues no se trata solo de retrotraer la afiliación sino todos los actos surgidos como consecuencia del reconocimiento de la prestación.

Puntualmente sostuvo esa Corporación:

“(…)

Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)⁷, ***lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.*** Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios

⁷ SL1688-2019, SL3464-2019

financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de revertir el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

*La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. **No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.***

(...)” (Negrilla y subrayas de la Sala).

Ahora bien, el juez a quo estimó la procedencia de la declaratoria de INEFICACIA DEL TRASLADO de régimen pensional, considerando que para el caso en concreto no resulta aplicable lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 373 de 2021, toda vez que el actor fue pensionado por Colpensiones y no por el RAIS, sentido en el que en similares términos se había pronunciado esta Sala, por considerar que la citada sentencia refiere únicamente a la imposibilidad de retornar al régimen de prima media a quien adquirió la calidad de pensionado en el RAIS, más no cuando del derecho pensional se alcanzó en el régimen de prima media.

Sin embargo, más recientemente, en sentencia SL 5169 de 2021, radicación No. 82269 de 25 de agosto de 2021, la Corte concluyó, el precedente esbozado en la sentencia SL 373 de 2021, resulta aplicable no solo cuando una persona está pensionada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y pretende volver al RPM, en el mismo estado en que se encontraba antes de haber efectuado su traslado al RAIS, determinando que igual entendimiento debe aplicarse, cuando la pensión fue reconocida en el Régimen de Prima Media, señalando:

(...)

“Al respecto, debe recordarse que la jurisprudencia de la Corte ha indicado que bajo el amparo de la citada figura no es posible que un pensionado vuelva al mismo estado en el que estaba antes de su traslado, pues si bien las consecuencias de dicha declaratoria supone dejar sin piso todos los actos derivados del mismo, para el caso de una persona que ostenta dicha calidad ya existe una situación consolidada, cuyas consecuencias no se pueden retrotraer (CSJ SL373- 2021 y CSJ SL, 4 ago. 2021, rad. 88234). Precisamente, en la primera providencia referida, la Corporación explicó:

Si bien por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)², lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones: Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que revertir esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública. Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata. Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad

puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado. Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida. Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono. Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos. La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones

Ahora, advierte la Sala que el citado precedente se ha aplicado para aquellas personas que están pensionadas en el RAIS y pretenden retrotraer su situación al mismo estado en que se encontraban a la data previa en que se materializó su traslado desde el régimen de prima media; sin embargo, no existe razón alguna que imposibilite extender dicha regla a la situación del actor, que en el caso

concreto percibe pensión de vejez por parte de Colpensiones en el régimen de prima media”.

Así las cosas, esta Sala de decisión recoge su postura anterior y acoge el criterio esbozado por la Alta Corporación en sentencia SL 5169 de 2021, por lo que, bajo tales postulados argumentativos, habiéndose encaminado la acción por un pensionado (para este caso del RPM), no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, por lo que se revocará la decisión proferida en primer grado con la consecuente absolución de la demandada COLPENSIONES.

Lo anterior atendiendo el criterio jurisprudencial expuesto y adoptado por esta Sala Decisión, que se acoge como posición auxiliar en casos como el de autos; persuasiva por provenir del máximo ente rector de la jurisdicción ordinaria, postura que ha asumido esta colegiatura en ejercicio de la autonomía judicial, sin que adoptar el criterio expuesto en Casación Laboral sobre el tema, implique tornar este proveído en carente de razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en criterio reiterado apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta temática, siendo ello plausible.

Dadas las results de la alzada, la Sala se releva del estudio de los medios exceptivos formulados y, conforme las motivaciones que preceden, se revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar absolver a la demandada de todas las pretensiones de la demanda.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la parte demandante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá el 4 de agosto de 2021 y en su lugar **ABSOLVER** a la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** de todas las

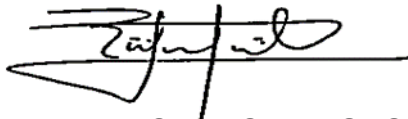
pretensiones de la demanda, conforme lo analizado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARÍA ELCY RAMÍREZ
GASCA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN
S.A. Y NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. (RAD. 23
2020 00106 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES (folios 79 y 80) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por el demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de septiembre de 2021 (Cd folio 74, récord: 1:14:04, audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, acta a folios 72-73), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a la NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de todas las pretensiones incoadas por la demandante MARIA ELCY RAMIREZ GASCA.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En caso de no se apelada la presente sentencia se ordena se surta Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la demandante”.

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante solicita su revocatoria. Como fundamentos de su apelación señaló, la decisión absolutoria impartida en primera instancia se basa en el actual criterio jurisprudencial de la Sala

Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como la sentencia 373 de 2021, donde el demandante no era beneficiario del régimen de transición, en tanto la aquí demandante si cumple con los requisitos de la transición. En un caso similar al presente, en sentencia 1309 de 2021, la Corte Suprema concedió el traslado a un pensionado a quien no se le había ilustrado sobre las condiciones para pensionarse. Insiste en que su traslado al RAIS fue ineficaz porque con éste se hizo mas gravosa su situación.

Relata, la demandante solicitó el reconocimiento de su pensión y la AFP le manifestó que le iban a hacer una proyección y debía firmar unos documentos. Resalta, en su momento la demandante objetó el reconocimiento pensional que se le hizo, señalando, no aceptaba las condiciones pensionales.¹

¹ **Apoderado demandante (50:57):** Muchas gracias su señoría siendo este el término legal correspondiente me permito interponer recurso de apelación ante la presente sentencia, solicitando al Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral se sirva revocar la presente sentencia en su integridad. Con base en los siguientes argumentos:

Vale enrostrar señores Magistrados que la presente negación de la ineficacia del traslado es con base al criterio jurisprudencial que se ha venido manejando y que ha utilizado el a quo como es sentencia 673 del año 2021, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas, valga demostrar que respecto a la situación fáctica en ese asunto de la sentencia 673 del 2021, la persona que solicita esta ineficacia y es pensionada no cumple con los requisitos del régimen de transición pensional, caso que si es diferente para el presente asunto de la señora MARIA ELCY RAMIREZ, que en efecto al momento temporal de suscribir el traslado de régimen pensional cumplía con dichos parámetros para ser beneficiaria del régimen transición pensional y optar por un mejor grado pensional, que en efecto al momento de suscribirse el traslado y en efecto se logró enrostrar que fue ineficaz ese traslado, la perjudicaron para el discute de su mesada pensional, porque hicieron más gravosa la situación de su vejez, esto enrostrado a la protección del afiliado, con base al artículo 48 de nuestra Constitución Política, de cuales son ese alcance del servicio público de la seguridad social, esto enrostrado en los fondos de pensiones, ya que se debe actuar con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad.

Cabe enrostrar igualmente Honorables Magistrados en sentencia 1309 del 2021, donde se está, donde efectivamente se concedió el traslado de una persona pensionada, bajo los parámetros que no se le logró ilustrar efectivamente al afiliado, al pensionado cual eran las condiciones para , o la modalidad para pensionarse, si bien acá en el acervo probatorio se logra decantar, en efecto la suscripción de los efectos de la aceptación de esa modalidad de pensión, se puede, se puede observar que dichos documentos obedecen a lo que ha cuestionado la Corte en múltiples sentencias, que es la suscripción del formato. Acá no obedece y bien como quedó plasmado en el interrogatorio de parte, obedeció a solicitar el reconocimiento de su mesada pensional, fue a solicitar el reconocimiento de su mesada pensional y lo que le manifestaron es que en primera fase que le iban a hacer una proyección y debía suscribir los documentos, no se debe desconocer dicha situación, si bien en efecto nadie puede construir una prueba a su favor, no se puede desconocer dicha manifestación de la realidad, ya que en efecto la suscripción de estos documentos como se pueden plasmar, obedecen un formato donde se evidencia que hay una línea demarcada, donde ella suscribió el nombre, donde suscribieron en su momento el nombre de la señora MARIA ELCY y que dio lugar a ese reconocimiento pensional. Reconocimiento pensional que en su momento ella objeto tal y como se encuentra plasmado a puño y letra, en prueba documental, donde no aceptaba dichas condiciones.

En efecto cabe reiterar igualmente, que desde la sentencia hito del año 2008, pues en esta ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas tiene es en cuenta esas condiciones por las cuales fueron desfavorables para ese pensionado, el reconocimiento de la mesada pensional, puesto que esa carga que le impone el legislador a los fondos de pensiones, no es precisamente para desproteger y hacer tomar esas decisiones que claramente le perjudican al afiliado para el momento de pensionarse, efectivamente tenemos enrostre la sentencia SL 1452

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 MARIA ELCY RAMÍREZ GASCA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 3 y 4 del expediente físico, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 4 y 5 del informativo, aspirando principalmente se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) con el fondo PROTECCIÓN S.A. toda vez que no se le proporcionó una información veraz, completa y comprensible sobre las ventajas y desventajas que le conllevaría el cambio de régimen pensional y en virtud de dicha declaratoria se ordene a PROTECCIÓN S.A. a devolver al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES todos los dineros que se hagan parte de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la actora en el RAIS; se ordene a COLPENSIONES recibir al demandante como afiliado sin solución de continuidad; se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor de la demandante, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, debidamente indexada y las costas del proceso. **Obteniendo, sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones,** por cuanto se absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas.

Consideró el Juez de primer grado, se acreditó que la AFP PROTECCIÓN S.A. incumplió con el deber de información y buen consejo que le asistía al momento de la afiliación de la demandante al RAIS, sin embargo, señaló que no es procedente acceder a las pretensiones por cuanto desde el 8 de julio de 2015 la demandante decidió pensionarse con el RAIS, situación jurídica consolidada y hecho consumado en términos de lo dispuesto en la sentencia SL-373 de 2021; advirtió que declarar

del año 2019 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas, donde efectivamente nos ilustra que para el año 2010, para el año 2009 mediante la ley 1328 del 2009, y el decreto 2241 del 2010 ya hablamos de asesoría y un buen consejo, un buen consejo para el momento del suscripción de la mesada pensional por parte de la señora MARIA ELCY RAMIREZ GASCA, no era solicitar el reconocimiento o garantía de pensión mínima, que inclusive hacia uso del patrimonio público para dicho reconocimiento, ya que contaba con un cúmulo de dinero considerable, y que ante un buen consejo de un asesor, hubiese sido que hubiese continuado cotizando al sistema y que hubiese mejorado esas condiciones pensionales, y no simplemente bajo un enrostre de unas condiciones de mas de 40 años cotizados, simplemente manifestar que tenia que pensionar con la garantía de pensión mínima, cuando en efecto la perjudicaría para el disfrute de su vejez, esto afectando su existencia.

la ineficacia de la afiliación en este caso afectaría ostensiblemente el sistema general de pensiones e indicó que dicho criterio es de aplicación obligatoria.

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, a folio 12 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 27 de octubre de 1956, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2013, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 8 de febrero de 2020 (folios 17 a 19), es decir, cuando ya había alcanzado la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 63 años- y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 387,96 semanas de cotización (CD. fl 75 expediente digitalizado), equivalentes a 7,44 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según lo informado en el libelo demandatorio, acaeció el 02 de noviembre de 1999 (c.d. folio 75 contestación PROTECCIÓN S.A. fl.24) y hecho que se ratifica con el reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fl. 13 expediente físico) y con el reporte

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”.

de semanas de PROTECCION S.A. (fls. 24-30) donde se visualiza que la demandante cotizó para el régimen de prima media con prestación definida para los ciclos 21 de mayo de 1986 al 30 de septiembre de 1999 e inició cotizaciones en el RAIS desde el 01 de enero de 2000 (fl.43 a 45 cd. folio 75 contestación demanda PROTECCIÓN).

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “libre y voluntaria” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc³, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos 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.

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP,

³ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020; SL4875 de 2020; SL-4062 de 2021; SL-4063 de 2021 y SL-3710 de 2021.

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

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

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

debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(...).

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

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

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48

como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

“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

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

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

(…)

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

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

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.

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, en consonancia con el criterio del órgano de cierre de esta jurisdicción precedentemente analizado, y atendiendo los medios probatorios incorporados al plenario, sería factible, en principio, predicar un incumplimiento de la carga de la prueba en cabeza de la AFP accionada ante la ausencia de medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante en los términos aquí referidos al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, lo que daría lugar a la declaratoria de ineficacia del tránsito de régimen pensional realizado por la actora el **01 de enero de 2000.**

No obstante, revisado el expediente es posible establecer que PROTECCIÓN reconoció a la demandante, a partir del 8 de julio de 2015, (cd. folio 75 contestación PROTECCIÓN S.A. fl. 66), en virtud de la solicitud que para el efecto realizó la actora, prestación que hasta la fecha ha venido percibiendo, supuestos fácticos que aceptó en el interrogatorio de parte recepcionado por el Juez de primer grado en audiencia del 21 de septiembre de 2021⁵

Lo anterior, conduce a concluir que la demandante al momento de solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado había perdido la calidad de afiliada y por el contrario detentaba la de pensionada, en tanto ha venido beneficiándose de la prestación económica, hasta hoy, desde hace más de cinco años, garantizándose de esta forma su derecho pensional.

Atendiendo lo anterior, precisa la Sala, la ineficacia del traslado solo resulta predicable para aquellas personas que suscribieron el formulario de afiliación sin que dicha selección haya estado precedida de un consentimiento informado, esto es, con la inobservancia del deber de información que como se explicó en demasía

⁵ CD folio 75 minuto 7:35

está a cargo de las AFP como administradoras del RAIS, y siempre que ostente la calidad de afiliado, siendo la afiliación el acto de ingreso al sistema general de pensiones⁶, condición que perdió la demandante al aceptar la pensión que le fuera reconocida por PROTECCION, adquiriendo la categoría de pensionado por vejez, en los términos y modalidades previstas en el régimen de ahorro individual al que se encuentra vinculado.

Y es que en materia pensional, particularmente en materia de movilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, las calidades de *afiliado* y *pensionado* tienen efectos diferentes; así por ejemplo, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, permite la transferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, siempre que se tenga la condición de afiliado, esto es, *“no haya adquirido la calidad de pensionado”*, disposición que fuera declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-841 2003, en la que esa Corporación consideró que *“Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado”*.

Si bien como lo anotó el apoderado de la demandante, la Corte Suprema de Justicia en algunas de sus providencias declaró la ineficacia de traslado en tratándose de personas que han adquirido el derecho pensional, lo cierto es que dicho precedente no resultaría aplicable en el asunto bajo examen por tratarse de supuestos fácticos disímiles; en ese orden, por ejemplo, en la sentencia con Radicación No. 31314, del 9 de septiembre de 2008, analizó el caso de un pensionado trasladado del RPM al RAIS cuando tenía 62 años de edad, esto es, encontrándose en la prohibición legal de trasladarse, situación que no acaece en el sub lite en tanto el traslado se realizó cuando le faltaban más de 10 de años para adquirir la edad mínima de pensión en prima media –tenía 43 años (fl.2) no existiendo en su caso prohibición legal alguna para que se efectuara ese tránsito de régimen.

⁶ La Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que *“La precisión del concepto “afiliación” también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina “alta”, y aquéllas en que no lo está (se denomina “baja”).*

Del mismo modo, tampoco resultan coincidentes los hechos de esta demanda con los analizados por el Alto Tribunal en la sentencia con Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, procedía la ineficacia dado que el traslado de régimen se produjo cuando la actora había adquirido el estatus de pensionado en el régimen de prima media con prestación definida y se le generó un perjuicio en tanto se le postergó por más de 5 años el reconocimiento pensional bajo los presupuestos del régimen de ahorro individual, castigándolo con la disminución del valor del bono pensional dada la redención anticipada⁷, condiciones estas que, se itera, no se configuran en el caso bajo estudio pues su derecho pensional no se había consolidado al momento del traslado.

Con todo, en el sub judice la acción fue encaminada por una pensionada a quien se le efectuó el reconocimiento y pago de la prestación de vejez desde el año 2015, verificándose el traslado cuando le faltaban más de 10 años para la edad mínima, por lo cual no existía una prohibición legal como acontece en los antecedentes jurisprudenciales antes esbozados, por lo cual, al haber aceptado la pensión por PROTECCION S.A., se tiene que adquirió el estatus de pensionado, beneficiándose de la misma durante aproximadamente cincop años.

Sobre el particular resulta imperioso hacer referencia a la sentencia SL-373 de 2021 donde la Corte Suprema de Justicia, analizó un caso de similares contornos fácticos, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado, para en su lugar determinar la imposibilidad de que, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, un pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado del régimen de prima media con prestación definida, en razón a que la calidad de pensionado *“es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir”* pues no se trata solo de retrotraer la afiliación sino todos los actos surgidos como consecuencia del reconocimiento de la prestación.

Puntualmente sostuvo esa Corporación:

“(…)

⁷ *“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”*

Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

***Para la Corte la respuesta es negativa**, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)⁸, **lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.** Basta con relevar algunas situaciones:*

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requeriría la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el

⁸ SL1688-2019, SL3464-2019

régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

(...)” (Negrilla y subrayas de la Sala).

En este punto recuerda la Sala, uno de los puntos de inconformidad del apelante, consistió en que no se dio aplicación a la sentencia SL-1309 de 2021, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que según su dicho, le fue concedida la ineficacia del traslado a un pensionado en el RAIS, que cumplía con los requisitos del régimen de transición para obtener su prestación pensional.

Pues bien, en aquella oportunidad, la Alta Corporación tuvo la oportunidad de analizar la solicitud de ineficacia del traslado, correspondiente a un pensionado en el Régimen de Ahorro Individual, que no tuvo la oportunidad de escoger una de las modalidades de pensión en dicho régimen, contempladas en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, que son i) renta vitalicia inmediata, ii) retiro programado y iii) retiro programado con renta vitalicia diferida, ni tampoco se acreditó en el plenario, que el afiliado hubiera suscrito el contrato de retiro programado, por lo que concluyó la Corte, ante dicha omisión no podía entenderse que en realidad ostentara la calidad de pensionado. En algunos apartes, sostuvo textualmente:

“En el asunto bajo examen se tiene, que el señor Gaviria solicitó a Protección el reconocimiento de la pensión como se infiere del hecho séptimo del escrito inaugural (f. 3), a lo cual se le dio respuesta por parte de esa administradora de pensiones de manera favorable, mediante escrito del 16 de marzo de 2012 (fs. 28 a 31 y 83 a 85); sin embargo, se advierte que el actor no estuvo de acuerdo con el valor de la mesada, es decir, no aceptó la liquidación efectuada por la AFP y mucho menos se acredita que haya expresamente escogido o seleccionado una modalidad pensional, pues aun cuando ello se afirma por parte de la mencionada entidad de seguridad social en su respuesta (f. 28 y 83), dicho documento no aparece suscrito por el demandante en señal de aceptación, ni tampoco se allegó prueba alguna que así lo acreditara.

No puede perderse de vista que el artículo 2 del Decreto 1889/94, compilado por el canon 2.2.6.1.1. del Decreto Único Reglamentario 1833/16, establece que las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad «podrán revestir cualquiera de las modalidades contempladas en

el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, a opción del afiliado o sus beneficiarios, según el caso», de donde se infiere que para adquirir el status de pensionado al que hace referencia el precepto 64 de la Ley 100/93, debe el afiliado seleccionar la modalidad pensional, aspecto que hace parte de los trámites previos para el otorgamiento de la pensión; es decir, que esta se materializa con la escogencia de determinada modalidad, y por lo mismo no se puede desligar.

En este orden, aun cuando la AFP Protección S.A. mediante comunicado del 16 de marzo de 2012, aludió al otorgamiento de la pensión de vejez, a partir del 1 de febrero de 2012, en un monto inicial de \$1.873.682, al no estar demostrado plenamente en el informativo que el señor Gaviria Echavarría hubiese escogido previamente una modalidad pensional de las previstas en el artículo 79 de la Ley 100/93, no puede considerarse que ostente la calidad de pensionado, pues claramente se advierte de dicha misiva, que para aquella data se estaban adelantando los trámites para conceder dicha prestación y que este alcanzara ese status.

Con todo, aun si se aceptara en gracia de discusión que el asegurado seleccionó el modelo de retiro programado, lo que se insiste, no está plenamente demostrado en el informativo, debe precisarse que esa escogencia tampoco conduce a sostener ni entender que se materializó por cuanto el afiliado no suscribió el contrato de retiro programado, trámite que necesariamente debía efectuarse de manera previa para poder considerar la aceptación del demandante de tal modalidad pensional, en tanto que es en ese documento contractual donde se dan a conocer y se acuerdan las cláusulas que regirán aquella modalidad de pensión, como lo son los beneficios ofrecidos, los riesgos asumidos por el asegurado, las obligaciones de las partes, etc.

En esa medida, la inexistencia u omisión de haberse surtido o llevado a cabo dicho trámite preparatorio para obtener la prestación deprecada, conduce igualmente a sostener que el demandante no había adquirido la calidad de pensionado; es decir, este no tiene una situación jurídica consolidada, plenamente definida ni consumada que tuviese que retrotraerse (CSJ SL373-2021), de tal suerte que su Radicación n.º 68091 SCLAJPT-10 V.00 10 status sin lugar a dudas sigue siendo el de un simple afiliado al sistema pensional.

Ahora, analizando el caso en concreto al tenor de lo señalado por la Corte en la citada sentencia SL-1309 de 2021, se encuentra que, la aquí demandante María Elcy Ramírez Gasca hizo escogencia por escrito de la modalidad de retiro programado, como consta a folios 26 a 34 del archivo digital de contestación de demanda de Protección S.A., de donde se extraen los siguientes apartes:

En consecuencia de lo anterior, elijo en forma preliminar para el pago de mi pensión, la modalidad de:

- ☐ Renta Vitalicia
- ☒ Retiro Programado
- ☐ Retiro Programado sin Negociación de Bono Pensional
- ☐ Retiro Programado con renta Vitalicia Diferida
- ☐ Renta Temporal Cierta con Renta Vitalicia de Diferimiento Cierto
- ☐ Renta Temporal Variable con Renta Vitalicia Inmediata
- ☐ Renta Temporal Variable con Renta Vitalicia Diferida

Cordialmente,

Nombre del afiliado

Firma del afiliado

No. de Cédula

"Declaro que como consumidor financiero recibí la información suficiente y la asesoría requerida por parte de Protección para la toma de esta decisión y que, en consecuencia, entiendo y acepto los efectos legales, así como los potenciales riesgos, beneficios y demás consecuencias derivadas de mi decisión".

A partir de lo anterior, queda en evidencia, contrario a lo manifestado por el recurrente, el caso que ocupa la atención de la Sala no guarda similitud con el analizado por la Corte en la sentencia SL-1309 de 2021, como quiera que la aquí demandante si seleccionó el retiro programado como modalidad pensional y existe constancia escrita de su manifestación de voluntad en este sentido.

Bajo tales postulados argumentativos, habiéndose encaminado la acción por un pensionado del régimen de ahorro individual, no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el **01 de enero de 2000**, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia.

Lo anterior atendiendo el criterio jurisprudencial expuesto y adoptado por esta Sala Decisión, que se acoge como posición auxiliar en casos como el de autos; persuasiva por provenir del máximo ente rector de la jurisdicción ordinaria, postura que ha asumido esta colegiatura en ejercicio de la autonomía judicial, sin que adoptar el criterio expuesto en Casación Laboral sobre el tema, plasmado en la sentencia CSJ SL373-2021 implique tornar este proveído en carente de razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en criterio reiterado apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta temática, siendo ello plausible.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado.

COSTAS a cargo de la parte demandante en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$100.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CIRO ALEJANDRO
PEÑA LÓPEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
– COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y UGPP (RAD. 23 2020 00328 01)**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES (Folios 38 y 39), PORVENIR S.A (Folios 45 a 49), y UGPP (folios 51 y 52), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, 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 el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 4 de abril de 2021 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:50:42, archivo “medio magnético CD folio 33, acta folios 31 y 32*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del traslado del demandante **CIRO ALEJANDRO PEÑA LOPEZ**, 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 FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del señor demandante **CIRO ALEJANDRO PEÑA LOPEZ**, todos los dineros recibidos, con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando. Dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

TERCERO: DECLARAR que el señor CIRO ALEJANDRO PEÑA LOPEZ para efectos pensionales se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIÓN Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, y por ende, desvinculada. Conforme a lo considerado.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: SE CONDENA en costas a la AFP PORVENIR a favor de la parte demandante.

SÉPTIMO: SE ORDENA la Consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas la apelaron.

Así, en primer lugar, COLPENSIONES, señala, de acuerdo con el interrogatorio rendido por el demandante, se constata que no existió un error de hecho sino de derecho, que fue subsanado con la suscripción del formulario de afiliación por parte del demandante y con su permanencia en el régimen privado.

Añade, el deber de información a cargo de las AFP ha ido evolucionando en diferentes etapas, por ello la obligación del fondo de pensiones respecto al demandante debe ser valorado según las normas vigentes para el momento del traslado, situación que, sostiene, fue desconocida en el presente caso, pues por el contrario se le exigieron a las administradores obligaciones y soportes no previstos en el ordenamiento jurídico.

Afirma, para la fecha de su traslado al régimen privado, el actor contaba con 31 años de edad y para 1994 le faltaban 20 años para alcanzar el status pensional; además el actor se ve inmerso en la prohibición legal enmarcada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, modificada por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; en este sentido, solicitó su retorno al Colpensiones cuando contaba con 58 años de edad, es decir, contando con menos de 10 años para acceder al derecho pensional.

Además, resalta, el decidió su traslado sin que mediara ninguna presión; en este sentido, no se puede endilgar una negligencia a la AFP, ni mucho menos endilgar

responsabilidad a Colpensiones, tercero completamente ajeno al negocio jurídico de traslado.

De otro lado, indica que con la decisión adoptada, se ve afectado el principio de sostenibilidad financiera, una vez Colpensiones tenga que reconocer futuras pensiones¹ (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 17:32, archivo “023 2020 000328.mp4, CD folio 33, acta folios 31 y 32*).

A su turno, PORVENIR solicita se revoque la sentencia y en su lugar se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra. En sustento de ello advierte, el precedente jurisprudencial en la materia, debe analizarse frente a cada caso en concreto y en consecuencia no le asiste razón al juez de conocimiento al declarar la ineficacia del traslado con base en la falta de información por parte de esa AFP, cuando estaba en la obligación de presentar otro documento diferente al formulario de afiliación para que se entendiera materializado y válido dicho traslado. Estima, la permanencia del demandante en el régimen de ahorro individual ha sido una decisión libre, voluntaria e informada que se ha ratificado con el paso del tiempo

¹ Gracias su señoría, en este estado de la diligencia me permito interponer recurso de apelación frente a la decisión antes proferida por el Honorable juez, sustentándolo con base en mis alegatos de conclusión y manifestando lo siguiente:

Si bien en el presente fallo se censura que no hubo una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las implicaciones del traslado, desconociendo que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones ha tenido varias etapas, una primera etapa el decreto 663 de 1993, una segunda etapa la ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010 y una tercera etapa la ley 1748 de 2014 y el decreto 20171 de 2015, es así que así las cosas el análisis de la información suministrada AFP y mi representada y el alcance de la asesoría que se vio brindada al momento de la afiliación deben ser valorados bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado, en el presente caso se desconoció que las normas vigentes para la época del traslado de la aquí demandante pues no contemplaban o se imponían que tenía que quedar una documentación pues valga la redundancia escrita o un soporte escrito frente a la información que se le brindó a la aquí demandante, el hecho que dicha información no hubiere quedado documentada no implica que la aquí demandante no se le brindó una información clara, oportuna, eficaz y eficiente en el momento que se hizo el traslado. Que por estas razones no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento en que aquí la demandante realizó el traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y debido proceso no consistente solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además como lo expresa el artículo 99 de la Carta Política el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga, el juzgamiento de la conducta de los fondo con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES que sin haber participado en el trámite del traslado, es quien debe afrontar la carga de la prestación.

De igual manera, otro factor que incide en el presente caso Honorable Tribunal es que aquí la demandante ha ratificado el deseo de permanecer en el régimen de ahorro individual, pues nótese que hizo traslado entre diferentes administradoras y no se evidencia solicitud de traslado ante mi representada COLPENSIONES, con la finalidad de querer retornar al régimen de prima media en tiempo, pero si se evidencia traslados entre administradoras de régimen individual, ratificados aquí por la demandante y los cuales pues se confirman también en el interrogatorio de parte. Por estas razones solicito al Honorable Tribunal revocar la decisión antes proferida en los ítems que son adversos a mi representada y se absuelva de todo lo pretendido. Muchas gracias señor juez.

En esa misma línea indica, no existe ningún vicio de consentimiento, pues PORVENIR le brindó al demandante la asesoría oportuna, donde se le indicaron ampliamente las implicaciones de su decisión y sobre sus condiciones pensionales, como se aprecia en el formulario suscrito por el actor.

Se duele que en la sentencia de primer grado, se ordene a su representada, entregar todos los aportes del demandante, incluidos los rendimientos, intereses, gastos de administración indexados, como si PORVENIR no hubiera cumplido con su deber. Estima que debe declararse la prescripción frente a la devolución de los gastos de administración, primas de seguros, o cualquier suma diferente al capital de la cuenta de ahorro individual del afiliado, porque estas sumas no corresponden al afiliado en ningún régimen.

Finalmente, estima que la condena en costas no debe recaer únicamente sobre esta Administradora, sino además sobre COLPENSIONES que también fue vencida en el juicio² (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la*

² **Apoderada PORVENIR (21:31):** Muchas gracias, su señoría, muy respetuosamente interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal de Bogotá para que se revoque en su totalidad el fallo proferido, el cual me permito sustentar así:

Señores magistrados expongo a su consideración que si bien existe un precedente del órgano de cierre citado por el a quo, bajo los argumentos que manifestado el Honorable Tribunal en diferentes salas no se debe aplicar el precedente de manera objetiva, se deben analizar cada caso en concreto. Y es por eso que no le asiste en razón al fallador de primera instancia declarar la ineficacia del traslado con base en la falta de información, cuando no le era obligatorio a mi representada brindar o presentar algún documento diferente al formulario de afiliación como formulario o requerimiento básico y único para que se entendía no solo materializado sino válido el traslado de régimen pensional, que el afiliado lo expresara su voluntad a través del diligenciamiento del mismo, de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular, tal como ocurrió en el presente asunto. De manera que mi representada cumplió con la totalidad de obligación a su cargo, y la permanencia del actor en el régimen de ahorro individual administrado por mi representada, ha sido una decisión libre, voluntaria e informada que se ha ratificado con el tiempo.

Tampoco es razonable deducir que la ineficacia del traslado sea por falta de consentimiento por vicio del mismo, toda vez que PORVENIR le brindó al demandante una asesoría oportuna, en donde se le informó ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, sobre el financiamiento del RAIS, y sobre sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en el formulario suscrito en el 2008.

También su señoría tengan en cuenta, señores magistrados tengan en cuenta en la sentencia T569 que nos habla precisamente del principio de favorabilidad, en estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y de la seguridad social, ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador o afiliado beneficiado al sistema de seguridad social, el texto legal aquí colegido debe empararse respetando el inescindibilidad, es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible fragmentaciones, tomando lo más favorable de las disposiciones en el conflicto, utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido, y es por eso señores magistrados que no se precisa al momento de indicar la ineficacia del traslado se nos ordena realizar la entrega de absolutamente de todo el dinero, incluido

S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 21:31, archivo “023 2020 000328.mp4, CD folio 33, acta folios 31 y 32).

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 (cd. Folio 33 carpeta expediente, archivo 2. Demanda subsanada) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (cd. Folio 33 carpeta expediente, archivo 2. Demanda subsanada), aspirando se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad hacia la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, al no haberle proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como las desventajas de vincularse a esa sociedad administradora, incumpliendo con su deber de buen consejo, por ende se establezca debe estar afiliada al RPM. En consecuencia, se condene a

rendimientos, intereses, gastos de administración indexados, como si PORVENIR no hubiere hecho su trabajo frente al cual se realizó el suscribir el contrato, del respectivo contrato, lo que se vio señores magistrados que el demandante no hizo su deber de diligencia mínimo, que es siquiera leer el formulario de afiliación e indicar si en caso tal tenía alguna duda, algún tipo de duda o inquietud de la información allí contenida, este formato si bien es cierto es genérico, es valido y nos ha indicado la Superintendencia Financiera que se debía tener en cuenta.

Adicional a eso pues porque no era tan básico, toda vez que nos estaba hablando de un bono pensional, e incluso sobre el régimen de transición. Así las cosas, tampoco es factible ordenar la devolución de los gastos de administración de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 de 1993, el régimen de prima media se destina el 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración, es por esto que esos dineros no hacen parte de la pensión de vejez, o no hacen parte precisamente de la prestación de vejez, no puede predicarse su imprescriptibilidad, característica de la que si goza el derecho pensional, por eso debería declararse la prescripción respecto a la devolución de los gastos de administración, primas de seguros o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta de ahorro individual del afiliado, de los rendimientos financieros, por cuanto no corresponden estos valores pertenecer a los afiliados ningún régimen, pues no tiene dicha característica ya antes mencionada.

Y ya para finalizar traemos por último 657 de 2003, nos indica la condena en costas no resulta temerario o de mala fe o siquiera culpable la parte condena, sino que es resultado de su derrota en el proceso, es por eso, es raro verificar que dentro de este proceso la única entidad perjudicada en el pago de costas sea PORVENIR, cuando aquí también perdió COLPENSIONES, es así que de esta manera que considero que los supuestos sobre los cuales se condena a mi representada, y en consecuencia solicito de manera muy respetuosa al Honorable Tribunal que se revoque en su totalidad a mi representada de este proceso, y en consecuencia absolverla de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Muchas gracias su señoría.

PORVENIR S.A. a trasladar sus aportes a COLPENSIONES y a esta última a aceptar dichos aportes y a registrarla como su afiliada sin solución de continuidad, como si nunca se hubiera trasladado de régimen.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el actor a PORVENIR, disponiendo a esa AFP, como actual administradora a la que se encuentra vinculado, devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante a esa administradora, como el saldo de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus rendimientos, sin que sobre ellos se efectúe descuento alguno por administración u otro concepto, conceptos que deben ser devueltos debidamente indexados y ordenó a COLPENSIONES actualizar su historia laboral. Declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP.

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.

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”.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 2 de noviembre de 1961 (*cd. Folio 1 del expediente, archivo digital anexos, folio 2*), por lo que la edad de 62 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 27 de agosto de 2020 (*cd. Folio 1 del expediente, archivo digital anexos, folio 2*), esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional -tenía 59 años, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994- pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 175 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 3,36 años (*cd. Folio 33 archivo “anexos demanda pdf.*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **2 de julio de 2008** con fecha de efectividad a partir del **03 de julio de 2008**, (*folios 17 a 21, cd folio 1, archivo anexos de la demanda y cd folio 33 archivo de contestación de Porvenir S.A.*), por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y certificado de afiliación expedido por la misma administradora.

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

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

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 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.

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

noviembre de 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de

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

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

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

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

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

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, 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”.

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

“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.

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 a la accionante al momento de realizar el traslado de régimen pensional 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 un asesor lo visitó en su sitio de trabajo, le informó que iban a cerrar Cajanal y el ISS también se iba a acabar y entonces debía trasladarse a un fondo privado, para que pudiera obtener una mejor mesada pensional y podía pensionarse cuando quisiera. Señaló que Porvenir no le efectuó proyecciones de su prestación.

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 S.A. (*folio 17 cd demanda fl.1*), este no constituyen 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 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.

Respecto al comunicado de prensa (*folios 63 a 65 archivo contestación Porvenir c.d. folio 33*), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído,

⁶ Audiencia del 4 de octubre de 2021, récord 6:47, CD folio 33.

pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

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

Aquí también debe resaltar esta Sala, aunque PORVENIR y COLPENSIONES invocan como argumento del recurso el que para la época de traslado no estaba vigente el deber de información, lo cierto es que este sí existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el deber de información subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que puedan tomar decisiones informadas.

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar	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 2008, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (2 de julio de 2008, efectivo el 03 de julio de 2008), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que 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.

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 el demandante.

Asimismo, advierte la Sala, frente a los argumentos de apelación de PORVENIR, relacionados con los gastos de administración, 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), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

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

Igualmente, en la sentencia 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 (...).”

Igualmente, con relación a la orden del juez de primer grado de disponer el pago debidamente indexado de la devolución de dichos gastos de administración, en orden a responder los planteamientos propuestos por la demandada 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, sin que ello represente una condena adicional o la imposición del pago de perjuicios, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la condena cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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 relativo a la excepción de prescripción formulada por Colpensiones, (cd. Folio 33 contestación demanda⁷) –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 las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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

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

Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el

⁷ Por auto del 18 de marzo de 2021 se tuvo por contestada la demanda (fl. 20).

*asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que **las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo**, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

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

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

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

Finalmente, frente al punto de apelación de la demandada PORVENIR S.A. relacionado con la condena en costas, advierte la Sala, que solo está legitimado para interponer recurso en contra de una decisión, la parte a quien la providencia le haya sido desfavorable; en ese orden, es evidente, que la Administradora Porvenir S.A., no es la llamada a solicitar que se imponga condena por concepto de costas procesales a la también demandada Colpensiones, facultad que únicamente podía ejercer la parte demandante, quien al punto guardó silencio, razón por la cual, no hay lugar a adicionar en este punto la sentencia impugnada.

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,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 12 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FABIO QUINTERO
CAMACHO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 23 2021 00057 01)**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

Reconocer personería adjetiva a la abogada MARIA CLAUDIA TOBITO MONTERO como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por DANNIA VANESSA YUSSELFY NAVARRO ROSAS CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la firma NAVRRO ROSAS ABOGADOS ASOCIADOS SAS (fl. 23).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES (folios 21 a 23) y PORVENIR S.A. (fls. 26 a 28), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, 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 el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el pasado 13 de agosto de 2021 (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y*

80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, (medio magnético CD folio 16, acta folios 14 y 15), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado del señor Demandante FABIO QUINTERO CAMACHO, al régimen de ahorro individual con solidaridad administraron este caso por la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del señor Demandante, FABIO QUINTERO CAMACHO, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora de intereses, todos los dineros que sigue sin poder recibir por parte de esta administradora. Sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto, dada las consecuencias de ineficacia que estamos declarando.

TERCERO: DECLARAR que el señor Demandante FABIO QUINTERO CAMACHO, para efectos pensionales se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado (sic) administrado hoy en día por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

CUARTO: DECLARAR no probadas excepciones propuestas por las demandas

QUINTO: CONDENAR en costas a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEXTO: ORDENAR la consulta de la sentencia a favor de COLPENSIONES.”

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas la apelaron.

Así, en primer lugar, PORVENIR señala, el deber de información ha tenido un desarrollo jurisprudencial progresivo y en el presente caso a esa AFP le correspondía el deber de información necesaria, es decir, características del régimen de ahorro individual, que si se suministró al demandante, como lo aceptó en el interrogatorio. No está de acuerdo en que se faltó al deber de informar sobre las consecuencias del traslado y se pregunta qué implicaciones podía tener para el demandante el cambio de régimen cuando apenas de

encontraba construyendo su historia laboral, dado que estaba a más de 20 años de consolidar una mesada pensional.

Considera, al exigir a la AFP que presente pruebas distintas al formulario de afiliación, es obligarla a lo imposible, dado que para la época en que se llevó a cabo la afiliación del demandante no existía la obligación de conservar ninguna documental diferente al formulario.

Manifiesta su inconformidad frente a la condena a la devolución de rendimientos y gastos de administración, precisamente por la declaración de la ineficacia¹.

¹ **Apoderada PORVENIR (52:11):** *Gracias su Señoría, de manera respetuosa me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia dictada por su despacho, esto por no compartir las consideraciones emitidas por este, pues si bien mi representada comparte la existencia de un deber de información desde la creación de las administradoras, se reitera, como se ha hecho en el transcurso del proceso que dicho deber Ha tenido tanto un desarrollo legal como un desarrollo jurisprudencial progresivo que básicamente en términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que bueno que sólo a partir del 2008 realizó una interpretación de la norma aplicable respecto al deber de información de las administradoras de fondos de pensiones, señala, pues que está este deber de información se dividen en distintas etapas.*

Correspondiente, correspondiendo al caso bajo estudio, la primera etapa del deber de información, entendida como una información necesaria, en donde básicamente se le debía manifestar al posible afiliado características propias del régimen al cual se iba vincular esto al régimen de ahorro individual. Situación que efectivamente ocurrió dentro del presente asunto, pues si bien el demandante indica sólo algunas características dentro de su interrogatorio, señalando que no recuerda a ciertos aspectos por el tiempo que ha transcurrido, pero sí señaló que la información otorgada fue clara. Incluso téngase en cuenta que dentro de los hechos de la demanda, se reitera o se señala que al demandante si se le da una información sobre la entidad de la cual se estaba vinculando, mencionando incluso algunas de las informaciones dadas.

Por otro lado, pues no se comparte la apreciación del despacho de que se faltó al deber de información por no informar implicaciones o consecuencias del traslado. La pregunta es ¿qué implicaciones o consecuencias se le puede señalar a una persona que apenas se encuentra construyendo su historia laboral? Se recuerda, pues, que el demandante estaba más de 20 años de consolidar una mesada pensional y que además dicha misiva personal, pues claro que se encontraba supeditada muchas variables, que para el momento, pues no era posible verificar y por lo tanto no era posible señalar unas consecuencias negativas de vincularse con mi representada.

Ahora resulta obligado imposible a mi mandante solicitándole un documental distinto al formulario atendiendo que para la fecha no existía dicha obligación de guardar documental distinto a dicho formulario de la literalidad de la norma vigente a 1994 no se encuentra ninguna

Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 17:32, archivo "023 2021 00057.mp4, CD folio 16, acta folios 14 y 15).

A su turno, COLPENSIONES fundamenta su recurso de apelación respecto a la inversión de la carga de la prueba, por la cual, el a quo declaró, la AFP no demostró haber brindado asesoría completa, clara y transparente al demandante, desconociendo jurisprudencia constitucional frente a la carga de la prueba.

Afirmó, en el interrogatorio de parte vertido por el demandante no se advierte la presencia de un vicio en su consentimiento que lleve a declarar la ineficacia del traslado. Contrariamente, el actor decidió su traslado de régimen en forma libre y voluntaria como se colige del formulario de afiliación que suscribió. Finalmente afirmó, el traslado de régimen por parte del demandante y el reconocimiento pensional por cuenta de Colpensiones, conllevaría una descapitalización del sistema² (*Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T. y la S.S.,*

que establezca dicha obligación, por lo que no puede juzgarse a mi mandante frente a una obligación que no estaba vigente para la fecha.

Por (inaudible) condena a devolución de rendimientos y gastos de administración de manera conjunta. Mi representada se aparta respetuosamente dicha condena, pues como bien se ha señalado, no resulta coherente para esta administradora que se aplique la figura de (inaudible), los sentidos y en otros no, pues compartimos la posición del despacho, que es consecuencia de (inaudible). En este sentido, pues claramente los rendimientos generados por los aportes realizados por el demandante por la vinculación que realizó a PORVENIR, tampoco se generaron, pues dicho negocio jurídico nunca veo haberse efectuado debido, pues precisamente la aplicación de la ineficacia, por lo que resulta totalmente improcedente condenar a devolver conjuntamente los rendimientos generados por la afiliación del demandante a mi representada igual manera los gastos de administración en los cuales incurrieron precisamente para generar dichos rendimientos.

En este sentido, pues solicito muy respetuosamente al Tribunal Superior de Bogotá de manera principal, revocar en su totalidad de la sentencia de instancia y, en su lugar, absolver a mi representada de las condenas impuestas y, de manera subsidiaria, revocar de manera parcial en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración, atendiendo a los argumentos antes expuestos. Muchas gracias.

² **Apoderada COLPENSIONES (56:07):** *Muchas gracias. Su Señoría me permite interponer recurso de apelación contra la decisión acabada de proferir por su despacho, teniendo en cuenta que en primera instancia, pues se tomó la determinación de invertir la carga de la prueba, declarando que la AFP demandada, pues no demostró que la asesoría a fin de brindar frente a las*

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 17:32, archivo “023 2021 00057.mp4, CD folio 16, acta folios 14 y 15).

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 (cd. Folio 16 carpeta archivo “DEMANDA”) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (cd. Folio 16 carpeta archivo “DEMANDA), aspirando se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad hacia la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, se declare en libertad de afiliarse al régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a recibir al demandante como afiliado cotizante,

características del régimen de ahorro individual fue completa, clara y transparente. Sin embargo, se pone de presente a los honorables magistrados que tal decisión tomada al momento de proferir sentencia desconoce la jurisprudencia que se ha preferido frente a la procedencia de la inversión de la carga de la prueba, esto es, en especial la sentencia T 422 de 2011.

Lo anterior, toda vez que, tal como se señaló en los alegatos de conclusión, la Corte Suprema de Justicia dispuso en qué casos ha de tomarse las actitudes de los afiliados como verdadero entendimiento y, tal como se quedó demostrado, el interrogatorio de parte, pues de este no se evidenció, no se logró establecer un vicio en el consentimiento por el cual deba declararse la ineficacia o nulidad dentro del presente asunto.

En este punto, puede ver a revocarse en su integridad la sentencia, en razón a que dentro del trámite probatorio, pues, en efecto, el demandante decidió su traslado de régimen en de manera libre y voluntaria y esto quedó debidamente acreditado con el formulario de afiliación, que fue firmado por la parte demandante.

Le solicito muy respetuosamente a los honorables magistrados sea revocada la sentencia proferida, teniendo en cuenta que al momento de declarar el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima Media, pues también habría por parte del COLPENSIONES una descapitalización del sistema, toda vez que en un posible reconocimiento pensional pues se vería afectado en la variación en el en el reconocimiento pensional al respecto del régimen de ahorro individual pues estaría afectando al sistema financiero respecto de COLPENSIONES, por lo cual le solicito muy respetuosamente a los honorables magistrados que la sentencia proferida o revoque, muchas gracias.

a PORVENIR S.A. a liberarlo de sus bases de datos y a devolver todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas por concepto de aseguradora, con todos sus frutos e intereses, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el actor a PORVENIR, disponiendo a esa AFP, como actual administradora a la que se encuentra vinculado, devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante a esa administradora, como el saldo de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus rendimientos, sin que sobre ellos se efectúe descuento alguno por administración u otro concepto, conceptos que deben ser devueltos debidamente indexados, declaró que para efectos pensionales, el demandante se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. 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.

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”.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 15 de diciembre de 1959 (*cd. folio 16 del expediente, archivo digital prueba folio 2*), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado por primera vez mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 16 de diciembre de 2020 (*cd. Folio 16 del expediente, archivo digital prueba folios 6 y 7*), esto es, cuando le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional -tenía 61 años, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994- pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 293 semanas cotizadas al sistema (*cd. Folio 16 del expediente, archivo digital contestación Porvenir fl. 215*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 31 **de octubre de 1994** con fecha de efectividad a partir del 1° **de noviembre de 1994**, (*cd. Folio 16 del expediente, archivo digital prueba folios 122 y 123*), por afiliación que hiciera a PORVENIR, específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP y certificado de afiliación expedido por la misma administradora.

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 aspecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo

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

relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).
Así, discurrió

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

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

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

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

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

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

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

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la

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

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

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

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

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

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se 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

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 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

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.

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 a la accionante al momento de realizar el traslado de régimen pensional 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 un asesor lo visitó en su sitio de trabajo, le informó que iba a recibir muchos beneficios si se trasladaba al fondo privado, podría obtener una mejor mesada pensional y podía pensionarse cuando quisiera. Señaló que Porvenir no le efectuó proyecciones de su prestación.

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 S.A. (cd. folio 16 del expediente, archivo prueba folio 122), 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 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

⁶ Audiencia del 13 de agosto 2021, récord 13:12, CD folio 16 del expediente.

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.

Respecto al comunicado de prensa (cd. folio 16. Contestación Porvenir S.A. folios 226 a 228), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

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

Aquí también debe resaltar esta Sala, aunque PORVENIR y COLPENSIONES invocan como argumento del recurso el que para la época de traslado no estaba vigente el deber de información, lo cierto es que este sí existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que el deber de información subsiste desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y, por ende, se estableció en cabeza de los fondos privados el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que puedan tomar decisiones informadas.

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

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

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

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

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

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

...

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

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

inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

Como se ve, ya para el año 1994, cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (31 de octubre de 1994, efectivo el 1º de noviembre de 1994), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida,

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

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

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 el demandante.

Asimismo, advierte la Sala, frente a los argumentos de apelación de PORVENIR, relacionados con los gastos de administración, 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), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el

carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

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

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

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

Igualmente, en la sentencia 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 (...).”

Igualmente, con relación a la orden del juez de primer grado de disponer el pago debidamente indexado de la devolución de dichos gastos de administración, en orden a responder los planteamientos propuestos por la demandada 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, sin que ello represente una condena adicional o la imposición del pago de perjuicios, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la condena cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

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 relativo a la excepción de prescripción formulada por Colpensiones, (cd. Folio 16 contestación Colpensines⁷) –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 las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

⁷ Por auto del 21 de julio de 2021 se tuvo por contestada la demanda (ce. Folio 16 archivo “auto que fija fecha de audiencia”).

accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

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

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

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

no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

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

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

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,

R E S U E L V E

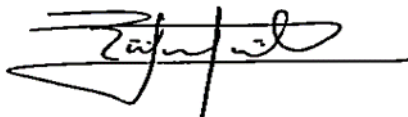
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JULIET URIBE
CUERVO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A
(RAD. 26 2018 00658 01)**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 304).

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia las partes (folios 274 a 275, 276 a 279, 280 a 285, 286 a 290 y 300 a 304), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá DC, el pasado 12 de noviembre de

2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 C.P.T y la S.S., récord 33:49, CD folio 265, acta folio 266), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la demandante JULIET URIBE CUERVO al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de noviembre de 1994, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones COLFONDOS a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con los rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma por conceptos de administración, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a los fondos de pensiones PORVENIR y PROTECCIÓN a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los dineros descontados por conceptos de administración de la cuenta de ahorro individual de la aquí demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a las demandadas PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Fijándose como agencia en derecho la suma de \$900.000 pesos.”

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES la apelaron.

Así, en primer lugar, PORVENIR aduce, la sentencia desconoce los principios de confianza legítima y “del ordenamiento jurídico”, por cuanto para el año 1994, cuando se efectuó el traslado con COLPATRIA, esa administradora no tenía la obligación de conservar documentación distinta al formulario de afiliación ya que en los términos del Decreto 692 de 1994, este último era un requisito *sine qua non* para probar la existencia y validez del contrato de afiliación. Así, dice, se le está obligando a aportar pruebas imposibles de conseguir.

Por otro lado, sostiene, con la condena de trasladar los gastos de administración, se incumple el principio de inescindibilidad de la norma debido a que se parcializa el artículo 1746 que señala, “la nulidad pronunciada en sentencia tiene fuerza de cosa juzgada” y da derecho a las partes, y no solo a la vencedora en juicio, a ser restituidas al mismo estado en que se hallaría si no hubiera existido el acto o contrato nulo.

En esa misma línea, se cuestiona cuál es el fundamento para obligar a COLFONDOS a trasladar los ejercicios financieros si se supone que nunca estuvo afiliada al régimen de ahorro individual, y en el régimen de prima media no se generan los mismos. Con todo, considera, debe conservar los frutos financieros como son las comisiones por administración, dada la falta de acreditación de la mala fe, aunado al hecho de que esos recursos no están destinados a financiar pensiones y por ende tampoco revisten de la protección de imprescriptibilidad¹

¹ “Muchas gracias señora juez sea esta la oportunidad procesal pertinente para presentar recurso de apelación en contra la sentencia dictada por el despacho. No sin antes su Señoría, manifestar el respeto que se tiene por el despacho, el respeto que se tiene por las decisiones judiciales. En ese orden de ideas, señores magistrados, me permite argumentar mi recurso de apelación en los siguientes reparos en concreto.

No se comparte la decisión del despacho de declarar la ineficacia en sentido estricto de la afiliación que hizo con mi representado COLPATRIA en su momento, ni se comparte la condena que se le importa a mi representada PORVENIR en el sentido de trasladar los gastos de administración.

Lo primero señores magistrados es que incumple el principio de confianza legítima y se incumple el principio del ordenamiento jurídico, en el sentido señores magistrados que para el año en el cual se hizo el traslado desde 94, con COLPATRIA mi representada no tenía obligación de dejar conservada ninguna documentación diferente al formulario de afiliación, que en los términos del Decreto 6 (sic) del decreto 692 de 1994 en su artículo 11, pues era un requisito sine qua non, es decir, para probar la existencia y validez del contrato de afiliación y obligará a mi representada a traer otro tipo de pruebas diferente a ese formulario de afiliación, donde está la manifestación de haber suscrito el formulario de manera libre y voluntaria como una condición para la existencia y validez del contrato de afiliación, pues es configurar una prueba in diabólico, pues se le está obligando a mi representada a traer al proceso pruebas que son imposibles de conseguir, pues se insiste para esa fecha no existía la obligación de trasladar estos dineros propiamente hablando.

En ese orden de ideas, también es importante señores magistrados que con la condena que se nos da de trasladar los gastos de administración, se incumple el principio de inescindibilidad de las normas, pues está utilizando el artículo 1746 de manera parcializada, recordemos que el artículo 1746 dice la nulidad pronunciada en sentencia que tienen fuerza de cosa juzgada, da las partes, no a la parte vencedora en juicio, el derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallaría si no hubiera existido el acto o contrato nulo. En ese sentido, señores magistrados, si se le obliga a mi representada a trasladar los gastos de administración porque estos dineros nunca debieron estar en el régimen de ahorro individual.

Entonces, cuál es el fundamento para obligar, por ejemplo, COLFONDOS a trasladar los ejercicios financieros si se supone que nunca estuvo en el régimen de ahorro individual. El régimen de prima media no genera rendimientos financieros y esos dineros tampoco son de los afiliados entonces, en ese sentido, no puede ser que un acto se declare ineficaz para una de las partes, pero tenga efectos para la otra parte, en este caso pues tiene plenos efectos para el hoy demandante, la hoy demandantes mejor en el sentido de que sus rendimientos financieros se quedan incólumes, pese que el artículo 1746 es expresamente, claro en establecer que las restituciones son mutuas y cada parte es responsable de la pérdida de sus frutos e intereses y en ese sentido se está configurando una prueba, perdón, se está configurando un enriquecimiento sin causa y eso para significar señores magistrados que las obligaciones de tracto sucesivo, como son los gastos de administración, no son susceptibles de restitución, recordando el principio inescindibilidad de las normas de mi representada tiene el derecho a conservar los frutos financieros como son las comisiones por administración, esto en los términos del artículo 964. Pues sí vamos a utilizar el artículo 10 (sic), 1604, si vamos a utilizar el artículo 1646 y otros elementos propios del Código Civil, pues también se debe usar bajo el principio de inescindibilidad de las normas del artículo 964, en el cual se establece que mi representada como no se probó aquí la mala fe, aquí lo que no se logró desvirtuar fueron negaciones indefinidas, pues no está en obligación de restituir estos frutos financieros y en ese sentido se incumple estos dineros también.

Es importante resaltar que en los términos de la jurisprudencia, sólo se debe restituir, a pesar de que se contradiga la corte en la Corte Suprema, solo sean de restituir dineros para financiar pensiones y en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues estos dineros no financian pensiones. En este sentido, tampoco está bien representada obligada a trasladar estos dineros.

Por último, sobre la excepción de prescripción, estos dineros se encuentran prescritos, señores magistrados, pues no revisten la protección de imprescriptibilidad, pues los descuentos que se hacen a las cotizaciones de pensiones no son susceptibles de protección de imprescriptibilidad,

(Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 C.P.T y la S.S., récord 35:02, CD folio 265, acta folio 266).

Por su parte, PROTECCIÓN S.A. solicita se revoque lo atinente a la devolución de los gastos de administración, que conlleva a su vez el descuento del pago de pólizas de seguros previsionales contratados por esa sociedad.

Al respecto, sostiene, dichos recursos fueron deducidos en virtud de lo establecido en la Ley 100 de 1993 por la administración efectuada por el fondo, además, asevera, con la orden se desconoce el principio de igualdad que debe existir entre las partes, pues en la sentencia se concede la devolución de los gastos junto con los rendimientos financieros causados precisamente por la gestión de los dineros de la cuenta *“olvidando por completo la gestión profesional realizada por los fondos”*.

Sobre ello, incluso, comenta, parte de los recursos se destinaron al pago de los seguros previsionales, en las fechas previstas por las aseguradoras y eso también hace inviable la devolución de los gastos de administración² (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 C.P.T y la S.S., récord 39:09, CD folio 265, acta folio 266).

como lo establece el artículo 48 de la Constitución y muchos de estos dineros propiamente hablando se encuentran prescritos ya. En ese sentido, señores magistrados solicitó de manera muy respetuosa se permiten revocar en lo que tiene que ver con la condena impartida a mi representada sobre los gastos de administración y en su lugar se absuelva a mi representada estas pretensiones. Muchas gracias señora juez.”

² “Gracias su señoría, dentro del término legal me permito presentar recurso de apelación, solicitando amablemente a los honorables magistrados se sirvan revocar la sentencia de manera parcial en lo que respecta a la condena a devolver los dineros cobrados por concepto de gastos de administración, el cual conlleva al descuento también la devolución del pago de las pólizas de seguros previsionales contratados por mi prohijada.

Toda vez que el dicho, dicho traslado resultaría improcedente pues mi representada los realizó conforme a una orden proferida en la cual es la ley 100 de 1993, que en su redacción original en el artículo 20 dispuso el pago de los gastos en los que incurre el fondo de pensiones para administrar los recursos consignados en la cuenta de ahorro individual. Desconoce la falla de primera instancia en este sentido el principio de igualdad que debe existir entre las partes, toda vez que en la sentencia concede a la demandante la devolución de los dineros pagados por concepto de gastos de administración y los rendimientos que se han generado por la buena administración de los valores de la cuenta, olvidando por completo la gestión profesional realizada por los fondos que para la cual dicha gestión hizo que estos recursos crecieran exponencialmente, situación que perjudica abiertamente a las administradoras privadas.

Téngase en cuenta honorables magistrados que no se puede desconocer como tal el trabajo del fondo porque sin él no hubiese, en general, no se hubiesen generado frutos o rendimientos que reclamaron. También por el fallador de primera instancia, que pues ordenó remitirlos a COLPENSIONES. Adicional a ello se debe tener en cuenta que si la demandante hubiese generado una circunstancia que aconteciera una invalidez o una pensión de sobreviviente, los seguros previsionales hubiese sido activados de manera oportuna, ya que los mismos se pagaron en las fechas previstas por las aseguradoras, de las cuales dichos dineros provienen de los gastos de administración, por lo cual en este momento no sería viable devolver estos dineros, ya que los mismos fueron utilizados para su deber ser como tal, que era la protección en caso de que a los afiliados les ocurriera una de estas circunstancias. Por lo anterior solicito amablemente a los honorables magistrados sirvan absolver a mi representada en cuanto a la devolución de los gastos de administración, muchas gracias”.

Finalmente, COLPENSIONES pide se revoque en su integridad la sentencia de primer grado y, en su lugar, se le absuelva de cada una de las pretensiones, advirtiéndole, en el asunto no puede operar la ineficacia del traslado como quiera que la actora recibió orientación por parte de HORIZONTE en el año 1994 y se le dio información sobre la Ley 100 de 1993, aunque refiera que los 3 fondos le únicamente le indicaron que el ISS se iba a acabar y que todo era igual, advirtiéndole, existe contradicción entre lo ilustrado en la demanda y lo sostenido en el interrogatorio de parte absuelto por la actora.

Así, indica, a la demandante se le habló del capital mínimo para poder pensionarse, se le efectuó una comparación sobre la forma en que operaban los regímenes pensionales, según se evidencia del hecho 6 de la demanda, se le ilustró sobre la *heredabilidad*, la sustitución pensional, la pensión de sobrevivientes, entre otros.

De otro lado, sostiene, la convocante nunca presentó inconformidad sobre la gestión realizada por los fondos privados y por el contrario se trasladó de manera horizontal, frente a lo cual debe tenerse en cuenta los actos de relacionamiento³

³ “Si su Señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por la juzgadora de instancia, para que, en consecuencia, el honorable Tribunal de la sala laboral revoca en su integridad la sentencia que hoy nos ocupa, para que, en consecuencia, absuelva a mi representada de cada una de las condenas, específicamente la condena de hacer. Teniendo en cuenta honorables magistrados, que inicialmente la demandante no se le puede operar la ineficacia del traslado, ya que la misma, como lo indicó dentro de su interrogatorio de parte, tuvo una reunión grupal, esto específicamente cuando inició con HORIZONTE para el año 1994, cuando trabajaba en una organización empresarial en el mismo sentido, también indicó que tuvo diferentes reuniones lúdicas por parte de los promotores o asesores comerciales.

En el mismo sentido, y tal y como se argumentó dentro de los, dentro de los alegatos de conclusión a la demandante, si se le dio una información específicamente sobre la expedición de la Ley 100 de 1993, en el cual se le informó sobre ahorro individual, esto específicamente confirmado dentro del libelo introductorio, específicamente en el artículo tercero. En el mismo sentido, señores magistrados, pues también se nota que la demandante lo único que manifiesta y que y que indicó entre ese interrogatorio de parte fue que le dijeron que el ISS pues se iba a acabar y que tenía que elegir lo que lo que le administrará, que todo era igual, en el sentido que el Instituto de los seguros sociales era igual al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que pues ella lo único que argumenta, es que siempre los, los promotores o los asesores de estos 3 fondos les indicaban lo mismo.

En el mismo sentido, pues honorables magistrados, pues se nota que no es cierto, teniendo en cuenta que si bien como lo dijo la juzgadora de instancia dentro de los alegatos de conclusión se refirieron específicamente sobre la pensión anticipada. Pues la demandante indica que no se le habló sobre ello y pues, en consecuencia, dentro de su interrogatorio de partes, no iba a ser alusión sobre los requisitos que se podrían obtener dentro de la pensión anticipada, un requisito o más bien una de las características propias del régimen de ahorro individual, sin embargo, si se si se puede notar dentro del libelo introductorio, que si se le habló sobre una pensión anticipada, lo cual pues se puede notar una confusión o una contradicción en cuanto a los hechos de la demanda y en contra del interrogatorio de parte, lo cual pues no se puede dar con certeza quién está diciendo la verdad.

En el mismo sentido, pues también se puede denotar honorables magistrados que a la demandante si se le hablo sobre un capital mínimo para poderse pensionar para la fecha de 1994, tal y como también se ha argumentado, pues no era el deber de las administradoras en realizar o efectuar proyecciones pensionales también como lo indica la parte demandante, sin embargo, el fondo

(Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 C.P.T y la S.S., récord 33:49, CD folio 265, acta folio 266).

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 y su reforma⁴ (folios 5 y 168 a 169), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 3 a 5), aspirando principalmente se declare la nulidad o ineficacia del traslado que hiciera del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR, el 20 de septiembre de 1994. En consecuencia, se ordene su retorno al RPM, se condene a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, AFP a la que se encuentra afiliada actualmente, trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, contenidos en su cuenta

privado si especificó sobre el 110% del capital que se necesitaba para pensionarse, con un salario mínimo. En el mismo sentido, también se le hizo una comparación en cuanto a cómo operaba el Instituto de los seguros sociales, hoy COLPENSIONES con el régimen de ahorro individual, en el sentido que tal y como lo indica también dentro los hechos de la demanda, específicamente en el 6ª, se indicó que COLPENSIONES no respondía si uno moría y habían herederos mayores de edad, porque después de los 25 años los hijos no tenían derecho a que se le transfiriera la pensión.

Así mismo, pues la demandante también argumentó que ella tenía conocimiento en cuanto a ese hecho, específicamente sobre la heredabilidad o una pensión de sobrevivientes o una sustitución pensional, más bien por lo que indicó su abuelo, también indicó y manifestó que ella también tenía conocimiento que los hijos discapacitados también podrían heredar. En ese entendido pues honorables magistrados se denota que si bien en algunos casos se puede notar que el demandante no tiene ningún conocimiento o no se le brindó una información por parte de los asesores o promotores de los fondos privados. En este sentido, se entiende que si se le brindó una asesoría, pues, de que la demandante fue renuente en contestar las preguntas y lo único que indicaba eran no recuerdo o que únicamente el Instituto de los seguros sociales se iba a acabar, a pesar de que tuvo varias reuniones.

En ese mismo sentido y también como se indicó dentro de los alegatos de conclusión, pues se denota pues que la demandante nunca presentó una inconformidad sobre la administración a la gestión realizada por los fondos privados y pues, en consecuencia, lo que hizo fue trasladarse de manera horizontal, lo cual pues se puede notar en cuanto a ese aspecto que la demandante acepto como tal, la naturaleza y las características de esas administradoras, más aún cuando se le informaron varias características que denominan el régimen de ahorro individual con solidaridad.

En ese entendido, pues también y como se indicó en los alegatos de conclusión, pues se tiene que traer específicamente la sentencia SL 413 del 2018, la SL 3752 del 2020 y la SL 1061 pues del esta anualidad, es decir, que también se indicó sobre los actos de relacionamiento, los cuales se pueden denotar dentro del caso bajo estudio. En ese sentido, pues solicitó nuevamente y de una manera cordial y respetuosa a los honorables magistrados, revoquen la sentencia de manera íntegra y, en consecuencia, absuelva a mi representada de cada una de las condenas impuestas. Muchas gracias.”

⁴ La reforma se admitió por auto 13 de enero de 2021 que corrigió el auto del 23 de septiembre ese mismo año –f. 173- (folio 236).

de ahorro individual y a COLPENSIONES recibirla como su afiliado como si nunca se hubiera trasladado y actualizar su historia laboral. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante en noviembre de 1994, se ordenó a COLFONDOS transferir a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante junto con los rendimientos, sin lugar a descontar gastos de administración y, además, ordenó a PORVENIR y PROTECCIÓN, remitir a la administradora del RPM los dineros descontados por conceptos de administración. También le ordenó a COLPENSIONES recibir la transferencia y contabilizar para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la actora. 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 les 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 2002⁵.

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 10 de enero de 1966 (*folio 99*), por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 5 de julio de 2018, según se extrae de la comunicación BZ2018_7874198-2006239 (*folio 37*), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional –tenía 52 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 19 semanas cotizadas al sistema que

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”.

corresponden a 0,36 años (*Historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, folio 228*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **20 de septiembre de 1994** (*folios 130 vto., 226 vto.*), por afiliación que hiciera a COLPATRIA (hoy PORVENIR), específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

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

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

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

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

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o

no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁶, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

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

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

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos 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

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

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 COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A.

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

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

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

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

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

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

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

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 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

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.

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 demandante⁸, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a que en una reunión grupal que duró de 4 a 5 minutos, el asesor de COLPATRIA les indicó que necesitaban seleccionar un fondo que administrara su pensión que funcionaría igual a como lo hacía el ISS, no se sentiría el cambio, es decir su pensión se reconocería de la misma forma que lo haría esa entidad. Además, al indagársele si se le habló sobre las condiciones pensionales en el RAIS, la posibilidad de “heredar”, la existencia de beneficiarios, el bono pensional, aportes voluntarios, entre otros, dijo no haber recibido información al respecto, aun cuando en la demanda sostuvo que se le habló sobre algunas de estas situaciones, contradicciones que no favorecen al fondo de pensiones, pues de allí no puede derivarse prueba de confesión alguna.

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 S.A) (folio 130 vto.), este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea

⁸ Audiencia del 26 de octubre de 2021, CD folio 252, récord. 13:49.

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

Respecto al comunicado de prensa (folios 131 y 132) es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora –PORVENIR- 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 PORVENIR– antes COLPATRIA-, omitió en el momento del traslado de régimen (20 de septiembre de 1994), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*folio 226 vto.*), en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*ibíd.*).

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 SL1004-2021 Rad. 72930 del 1° de marzo del 2021, última en la cual se indicó:

“iii.ii ¿El traslado horizontal dentro del régimen se entiende como una ratificación del deseo de permanecer en él?

En cuanto al cambio de administradora, esta Corte ha establecido que el cambio no tiene como fin ratificar o darle validez al traslado de régimen que el afiliado realizó sin contar con la información veraz y suficiente que debió proporcionar la administradora de pensiones en su debido momento.

Al efecto se recuerda, que la Sala en diferentes pronunciamientos ha señalado que la falta de información no se subsana con los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en ahorro individual, tal como se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 septiembre de 2008, radicación 31989; reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083, cuyo texto señala lo siguiente:

“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.

[...]

“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” (subraya la Sala).

Con base en lo anterior, se equivocó el Tribunal al afirmar que, con el traslado de Protección S.A. a Colfondos S.A., era claro el deseo del señor Beltrán Giraldo de seguir en el Régimen de Ahorro Individual, pues conforme a la jurisprudencia anteriormente citada, en manera alguna puede aceptarse que el cambio de entidad subsane la nulidad del traslado, producto de la falta de información veraz y suficiente por parte de Protección S.A.

Si bien esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que, con base en los actos de relacionamiento no se decreta la nulidad de traslado de régimen cuando se evidencian diversos cambios horizontales de administradora no sobra recordar que también se ha advertido que estas discusiones tienen un componente casuístico tanto de los elementos particulares de la situación en discusión como de los fundamentos de los jueces de instancia (CSJ SL4934-2020 y SL3752-2020).”

Con relación a los actos de relacionamiento como indiciarios de la ratificación de la voluntad a la que se ha hecho referencia, entre otras, en las sentencias SL3752 de 2020 y SL2440-2021 emanadas de las Salas de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, vale la pena señalar que la Sala Penal de la Corte como juez constitucional, al resolver una acción de tutela presentada por esta última decisión, estableció que esa Corporación desconoció el precedente consolidado por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esa Corte frente al deber de información, el cual debe mirarse al momento del acto jurídico de traslado, sin que resulte relevante las actuaciones efectuadas con posterioridad al mismo.

Puntualmente, en sentencia del STP-15228 de 2021, sostuvo:

“7.1. Al confrontar los fundamentos de la decisión cuestionada con los anteriores desarrollos jurisprudenciales, se advierte que la Sala de Descongestión No.4 se distancia de manera abierta de los precedentes que en la materia ha fijado la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte.

*7.1.1. Como se dejó visto, la Sala de Descongestión, al dar por acreditado el cumplimiento del deber información por parte de la administradora, tomó en cuenta actos posteriores -aportes adicionales y traslado entre fondos privados-, desconociendo que “ello no contrarresta el incumplimiento del deber de información exigible a la administradora privada de pensiones, el cual como ya se advirtió, **debe ser oportuno e integral al momento del traslado.**” (CSJ, SL3611, 11 agosto de 2021, Rad. 88467).*

Es decir, que con la aplicación de estos criterios la autoridad judicial accionada dejó de lado, sin justificación razonable alguna, la línea jurisprudencial consolidada por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte, en cuanto que el cumplimiento de la asesoría o información debidas debe analizarse al momento del

acto jurídico del traslado, sin que resulten relevantes las actividades o actuaciones que el afiliado realice con posterioridad.

En este punto, por tanto, se advierte estructurado un defecto por desconocimiento del precedente judicial.

7.2. Adicionalmente a esto, la Sala de Descongestión, en el análisis que le permitió concluir que en este caso el deber de información había sido satisfecho por la AFP demandada, introdujo la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», que fue abordada por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte en la SL413-2018, no para definir un caso de ineficacia del traslado de régimen pensional, sino en un asunto en el que se discutía el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, donde resultó necesario el análisis de la voluntad de permanencia del afiliado en un específico régimen pensional.

7.2.1. Esta interpretación implicó, a no dudarlo, una modificación o variación de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte, en punto a que el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar.

7.2.2. Esta modificación del precedente jurisprudencial estructura un defecto orgánico, en razón a que la Sala de Descongestión accionada no tenía competencia para realizar esa variación doctrinal, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un parágrafo al art. 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

(...)

7.2.4. Es claro, entonces, que las Salas creadas en el marco del programa de descongestión no tienen competencia para modificar la jurisprudencia de la Sala permanente, ni para crear nuevas líneas interpretativas, y que cuando por mayoría consideren que es necesario realizar esta clase de cambios, deben remitir el asunto a la Sala permanente.

7.2.5. Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016. De esta manera, se advierte también estructurado un defecto orgánico, que torna viable la concesión del amparo constitucional.”

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (folio 226 vto.), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos 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.

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

Asimismo, advierte la Sala, frente a los argumentos de apelación de PORVENIR y PROTECCIÓN S.A, relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la cual 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 afiliado el 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 propuesta por PORVENIR – apelante- y COLPENSIONES –entidad a favor de quien se surte la consulta-⁹ (folios 123 y 124, 166) basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la

⁹ Se tuvo por contestada la demanda por parte de PORVENIR y COLPENSIONES mediante autos del 5 de noviembre de 2019 (folio 153) y 13 de enero de 2021, que corrigió el de 23 de septiembre de 2021 (folio 236), respectivamente.

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

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

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

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

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

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

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

SIN COSTAS en esta instancia.

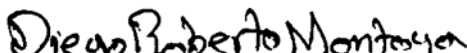
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

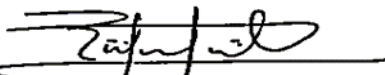
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO VEINTISÉIS (26) LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARÍA RODRÍGUEZ FORERO CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 26 2019 00823 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA, apoderada de dicha entidad, de conformidad con la escritura pública No. 120 del 1° de febrero de 2021.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de COLPENSIONES (fls. 231 a 234), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandante y la demandada Porvenir S.A., contra la sentencia proferida por la Juez Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de septiembre de 2021 (Cd. fl. 210, record 19:58 acta a folio 211), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES PORVERNIR a reconocer y pagar a la señora MARIA RODRIGUEZ FORERO, pensión de sobrevivientes por la muerte del causante GABRIEL RODRIGO GOMEZ, a partir del 14 de junio de 2002, conforme lo expuesto en la parte motivan de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a reconocer y pagar a favor de la demandante la pensión de sobrevivientes equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, a partir del 14 de junio de 2002, con dos mesadas adicionales al año conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción, respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 03 de noviembre de 2014, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a pagar el correspondiente retroactivo pensional respecto de las mesadas causadas desde el 03 de noviembre de 2014 y hasta el momento que se efectuó el correspondiente pago, pudiendo descontar debidamente indexada la suma pagada por devolución de saldos, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probada las demás excepciones propuestas.

SEXTO: RELEVARSE el estudio de las demás de las peticiones subsidiarias respecto a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas en esta instancia al FONDO DE PENSIONES PORVENIR, fijándose como agencias en derecho la suma \$1.000.000 pesos”

El Despacho aclara la sentencia en el sentido que al no analizarse las pretensiones subsidiarias se absolverá a Colpensiones de dichas pretensiones”.

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación, en relación con la declaración de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 3 de noviembre de 2014. En este sentido señaló, en septiembre de 2014 se presentó solicitud de pensión ante PORVENIR S.A.; pero por no haber sido contestada en debida forma se presentó nueva solicitud el 12 de noviembre de 2014, que fue atendida negativamente por esa entidad el 26 de noviembre de 2014, fecha última a partir de la cual se debe contar el término trienal de la prescripción. Como la demanda fue presentada el 3 de noviembre de 2017, dicho término se interrumpió oportunamente y en consecuencia, las mesadas se deben reconocer a partir del 3 de noviembre de 2011.

También apeló la decisión de absolución a Porvenir S.A. del pago de los intereses moratorios, señalando que la jurisprudencia ha indicado que para establecer la viabilidad de los intereses moratorios los jueces no deben analizar el actuar de la administradora de pensiones para determinar si se marcó dentro de los postulados de la buena fe al negar una prestación sino que la condena de intereses moratorios opera de manera automática cuando a partir de la solicitud la prestación no se

otorga ante los plazos establecidos, advirtiéndole, Porvenir es conocedora de la ley de la condición más beneficiosa y que debieron aplicar, por lo que hubo desidia de parte de Porvenir para resolver la solicitud de la demandante (Cd. fl. 210, record 37:32)¹.

¹ **“Apoderada demandante (37:32):** Gracias señora juez, dentro del término y la oportunidad correspondiente proceso a presentar recurso de apelación para que sea tenido en cuenta por la Sala Laboral de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al momento de resolver la apelación y que se concedan las siguientes:

Se presenta el recurso de apelación contra la sentencia emitida el día de hoy 07 de septiembre del año 2021, en dos puntos específicamente: El primero respecto a la declaración de la prescripción respecto de las mesadas causadas desde el 03 de noviembre de 2014 hacia atrás y por los intereses moratorios, que a los que no se condenó a la parte demandada, lo anterior teniendo en cuenta lo siguiente, con respecto a la prescripción decretada por la juez de primera instancia, es importante señalar que en septiembre del año 2014 se presentó la solicitud de pensión ante la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONOD Y CESANTÍAS PORVENIR, la misma no contesto la petición en los términos en los que SE ENTRECORTO, solicitado por lo que en oficio 0100222057242200, del 12 de noviembre de del 2014, se requiere a POVERNIR para que reconozca SE ENTRECORTO, en virtud, oficiosa y que reconociera la pensión de sobrevivientes que dejó el causante GABRIEL RICO GOMEZ a favor de la señora MARIA RODRIGUEZ FORERO, esta petición del 12 de noviembre de 2014 fue denegada por PORVENIR el 26 de noviembre de ese mismo año y en ese mismo oficio PORVENIR reconoce la devolución de saldos a favor de la señora MARIA RODRIGUEZ FORERO, es a partir de esa respuesta del 26 de noviembre de 2014 se debe contar el termino trienal, para efectos de prescripción, la demanda se radico oportunamente el 03 de noviembre de 2017 como señala la señora juez, entonces el término de prescripción se interrumpió, se presentó la demanda oportunamente por lo que las mesadas se deben reconocer a partir del 03 de noviembre del año, perdón, a partir del 12 de noviembre del año 2011, por lo que el termino de prescripción se interrumpió oportunamente.

Juez (40:29): Doctora Andrea la última parte se le escucho muy entrecortada.

Apoderada demandante (40:36): que pena

Juez (40:40): Estaba contabilizando el término de prescripción, cuando dijo la solicitud del noviembre de 2014, creo que fue.

Apoderada demandante (40:47): Si repito entonces esa parte señora juez, entonces se elevó solicitud a PORVENIR el 12 de noviembre de 2014 y a esta petición del 12 de noviembre que elevó la señora MARIA RODRIGUEZ FORERO, PORVENIR dio respuesta el 26 de noviembre de 2014 negando la prestación de reconocimiento de la señora MARIA RODRIGUEZ FORERO de la pensión de sobrevivientes y reconociendo la devolución de saldos a su favor, entonces es a partir del 26 de noviembre de 2014 que se debe contar la fecha, es la respuesta que da PORVENIR respecto de la solicitud de pensión que se elevó en los términos del decreto 758 de 1990 que aprobó el acuerdo 049 del mismo año, es a partir de esa fecha 26 de noviembre de 2014, el término trienal para efectos de prescripción, fue la respuesta que entregó PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS, a partir de esa respuesta que entrego PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS demanda dentro del proceso que nos ocupa, se debe contar el término trienal, la demanda se presentó dentro de los 3 años siguientes al 26 de noviembre de 2014, se presentó el 03 de noviembre de 2017, dentro del término que correspondía por lo que se interrumpió adecuadamente la prescripción y las mesadas pensionales se deben reconocer a favor de la demandante de la pensión de sobrevivientes a partir del 03 de noviembre del año 2011, como se demostró en el proceso con las pruebas aportadas en el plenario. Entonces con respecto a este aspecto de prescripción de las mesadas causadas antes del 03 de noviembre de 2014, se presenta el recurso de apelación ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, disponga que no es desde el 03 de noviembre de 2014 sino del 03 de noviembre de 2011, a partir del momento en que debe pagar por parte de PORVENIR la pensión de sobrevivientes a favor de la señora MARIA RODRIGUEZ FORERO, beneficiaria del señor GABRIEL RICO GOMEZ, quien dejó causada la prestación en los términos que ordenó la señora juez, esto es en la condición más beneficiosa, aplicando el decreto 758 del 90, que aprobó el acuerdo 049 del mismo año, toda vez que se demostró que el señor, el causante GABRIEL RICO GOMEZ dejó acreditado el derecho a la prestación, al contar con 1300 semanas cotizadas en cualquier tiempo.

Con respecto a los intereses moratorios que se negaron a través de la sentencia, de la presente sentencia, solicitó respetuosamente al Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá acceda a los mismos, toda vez que no es posible que PORVENIR desde el año 2012, incluso como se demuestra a través de las pruebas demostradas en el proceso, se viene solicitando la pensión de

Por su parte PORVENIR S.A. recurre la decisión manifestando que existe una afiliación válida del causante a Porvenir, entidad que efectuó el correspondiente estudio de la reclamación pensional y determinó que no cumplía con los requisitos determinados en el artículo 47 de la ley 100 de 1993 en su redacción original, por lo que correspondía al caso era la devolución de saldos como en efecto se hizo, por lo que es claro, esa entidad cumplió con su deber de manera diligente, sin que exista obligación alguna pendiente.

Estima, se pretende el reconocimiento de una prestación bajo una norma que pertenece a un régimen diferente y al que el causante no se encontraba válidamente afiliado; en este caso no hay cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 y la demandante no acreditó su convivencia con el causante hasta la fecha de su fallecimiento; el hecho que Porvenir hubiera pagado a la demandante la devolución de saldos no la releva de su deber de demostrar la calidad de beneficiaria en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

En relación con la prescripción, estima debe ser con anterioridad al 7 de abril de 2014, porque la fecha de fallecimiento del afiliado fue el 14 de junio de 2002, la fecha de la reclamación pensional en esencia fue el 12 de junio de 2014, la fecha

sobrevivientes a favor de la señora MARIA RODRIGUEZ FORERO, ellos son conocedores de la ley y por la condición más beneficiosa ellos tiene que reconocer la prestación en los términos del decreto 758, máxime cuando el señor GABRIEL RICO falleció en el año 2002 y era plenamente aplicable el decreto 758 de 1990 por condición más beneficiosa, principio que se encuentra establecido en la Constitución y en la ley y que no es desconocido por la entidad prestadora de pensiones demandada, entonces esa aplicación o ese reconocimiento de la pensión en virtud del decreto 758 de 1990, no impide que se reconozca los intereses moratorios en la ley 141 de 1993, toda vez que los intereses se reconocen por el pago tardío de las mesadas pensionales a que tiene derecho el beneficiario de la pensión, en este caso MARIA RODRIGUEZ efectivamente tenía derecho a la pensión y esta la solicitó desde el 17 de agosto de 2017 y están las pruebas obrantes en el expediente que por cuestiones administrativas y desordenes administrativos tanto de COLPENSIONES como de PORVENIR, la prestación no se reconoció oportunamente, en principio PORVENIR había reconocido el señor GABRIEL RICO estaba afiliado a COLPENSIONES, posteriormente señaló que no, luego COLPENSIONES inició trámite de pensión de sobrevivientes con investigación administrativa, la cual no concluyó porque se determinó que era PORVENIR la encargada de reconocer las pensiones a que hubiere lugar, entonces todas esas situaciones demuestran que si hubo en cierta medida decidía por parte de PORVENIR al momento de resolver adecuadamente la prestación a favor de la demandante, y estos intereses moratorios en efecto se causaron porque no se pagó la prestación oportunamente a la señora MARIA RODRIGUEZ FORERO, en la oportunidad a la que tenía derecho, SE ENTRECORTO desde el año 2012, que viene reclamando la prestación.

Por lo anterior solicitó respetuosamente se acceda al reconocimiento y pago de los intereses moratorios en los términos del artículo 141 de la ley 100 de 1993 y se disponga que los mismos se deban cancelar desde el, discúlpenme un momento, que los mismos se deben cancelar desde el 17 de diciembre del año 2012, hasta la fecha en la que efectivamente se paguen los mismo, en los anteriores términos y solicitando el reconocimiento de la prestación del 03 de noviembre del año 2011 y los intereses moratorios causados a favor de la demandante dejo presentado y sustentado el recurso de apelación ante el Honorable Tribunal. Muchas gracias”.

en que debió presentar la demanda la demandante fue el 12 de junio de 2017 y la fecha en la que se admitió la demanda fue el 7 de noviembre de 2017.

Recabó en que el actuar de la entidad se encuentra enmarcado en los postulados legales y jurisprudenciales, por lo que no le asiste responsabilidad frente a las pretensiones de la demanda, razón por la cual, tampoco debió ser condenada en costas (Cd. fl. 210, record: 46:40)².

² “**Apoderado PORVENIR (46:40)**: Muchísimas gracias su señoría, me permito presentar recurso de apelación al fallo de primera instancia, teniendo en cuenta que el despacho desconoce aspectos de gran importancia frente al trámite de la pensión invocada por los demandantes, en los siguientes términos así:

Existe una afiliación válida en el régimen de ahorro individual con la AFP PORVENIR, incluso dicha afiliación es aceptada por la demandante y su apoderada en el escrito de la demanda e incluso en el interrogatorio de parte. Segundo como se expuso ampliamente en la contestación de la demanda mi representada efectuó la correspondiente estudio y verificación de cumplimientos de requisitos de la solicitud de la reclamación pensional por sobrevivencia de la demandante, arrojando como resultado que no cumplía con los requisitos determinados en el artículo 47 de la ley 100 de 1993, en su redacción original, norma que es la aplicable al caso, es decir, el cumplimiento de semanas cotizadas.

Tercero, así las cosas la prestación que correspondía en el caso de la demandante era la devolución de saldos, situación que efectivamente se realizó por valor \$56.493.607 y que fue aceptada por la demandante en el escrito de la demanda, por lo que el saldo en su cuenta de ahorro individual era de \$0 pesos, es claro que mi representada ha cumplido con su deber diligentemente sin que exista obligación alguna pendiente.

Ahora bien, la demandante y su apoderada erradamente pretenden que se reconozca una prestación bajo un régimen que solo fue creado para la prestación de vejez, y no para la prestación de sobrevivientes de invalidez como es régimen de transición, colorario, dicha norma únicamente pertenece a un régimen totalmente diferente al régimen de ahorro individual que es el de prima media y al que no se encontraba válidamente afiliado el causante, por lo anterior, es totalmente contrario a las leyes solicitar tal reconocimiento habida cuenta que el régimen de ahorro individual y el régimen de prima media resultan excluyentes, y más aún que la ley y jurisprudencia para casos similares han determinado que se debe aplicar la ley que rige para la fecha del fallecimiento, que para nuestro caso es la ley 100 de 1993 en su redacción original.

En relación a que si corresponde estudiar dentro de los requisitos del régimen de ahorro individual aparte que no existe cumplimiento del artículo 46 de la ley 100 de 1993, tampoco la demandante no acreditó que hubiera convivido con el afiliado hasta la fecha del fallecimiento, que la única prueba allegada la copia del registro civil del matrimonio, que si bien acredita el vínculo existente con el fallecido no logra probar que la convivencia hubiese existido al momento del deceso, esto es uno requisito sine qua non del reconocimiento de la prestación pretendida, es importante tener en cuenta que el hecho de que PORVENIR hubiere reconocido y pagado a la demandante la devolución de saldos, no la releva de su deber a la demandante, de demostrar ante el despacho que tenía la calidad de beneficiaria, en los términos del artículo 47 de la ley 100 de 1993, esto va de la mano con el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL3045 de 2020, con radicación 6146 de la cual nos permitimos extraer el aparte en relación al registro civil, copia del registro civil de matrimonio del causante, se recuerda que este no es un documento suficiente para acreditar la convivencia real de la pareja en el momento del fallecimiento, requisito esencial que se exige en los artículos 46, 47 de la ley 100 de 1993, pues con dicha documental se acredita que los señores Ramo Baena y Teresa Salina Velázquez contrajeron nupcias, lo cual fue aceptado y no fue discutido en el plenario, sin que haya probado con dicho documento la convivencia.

Ahora bien, en relación a la prescripción la cual se debe declarar probada esta misma debe ser con anterioridad al 7 abril de 2014, por lo siguiente: la fecha de fallecimiento del afiliado fue el 14 de junio de 2002, la fecha de la reclamación pensional en esencia fue el 12 de junio de 2014, la fecha en que debió presentar la demanda la demandante fue el 12 de junio de 2017 y la fecha en la que se admitió la demanda fue el 7 de noviembre de 2017, por lo anterior, en estos términos rogamos a ustedes que se declare la prescripción con anterioridad al 7 de noviembre de 2014.

No tenemos ningún reparo o recurso alguno en cuanto a lo declarado por el despacho en cuanto a la compensación y en cuanto a los intereses, por cuanto fue debidamente indicado la AFP PORVENIR actuó con base en derecho y en la ley, el estudio de la reclamación pensional se hizo en los términos determinados para tal fin, por lo que nuestro actuar se encuentra alineado con todos los postulados

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARÍA RODRIGUEZ FORERO las pretensiones relacionadas en la demanda a folios 2 a 5, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 5 a 9, aspirando de manera principal se declare que el afiliado fallecido Gabriel Rico Gómez dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa y por ende es beneficiaria de la prestación a partir del 14 de junio de 2002, en consecuencia solicita su reconocimiento junto con el retroactivo correspondiente, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso. En forma subsidiaria solicita se declare la ineficacia del traslado del causante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, como consecuencia de estas declaraciones, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante, la pensión de sobrevivientes a partir del 14 de junio de 2002 en aplicación del artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990, en número de 14 mesadas, los intereses moratorios, y las costas del proceso.

Obtuvo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones en donde se condenó a Porvenir S.A. al reconocimiento pensional en aplicación al principio de la condición más beneficiosa, a partir del 14 de junio de 2002, en monto equivalente a un SMLMV, con dos mesadas adicionales y los aumentos de ley; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 3 de noviembre de 2014 y absolviendo a Colpensiones de las pretensiones subsidiarias de la demanda. Todo lo anterior tras considerar que el afiliado fallecido cumplió con las semanas requeridas en el Acuerdo 049 de 1990 y la demandante acreditó en debida forma la

legales y jurisprudenciales, así las cosas AFP PORVENIR no podría ser condenada a pretensión alguna y menos aun cuando no le asiste responsabilidad frente a tales pretensiones, tampoco debería ser condenado en costas por cuanto, como ya lo indicamos el actuar de la AFP PORVENIR fue regulada y acorde con todos los postulados legales y jurisprudenciales, y no puede ser condenado porque precisamente porque el actuar bien no puede generar una condena en costas, y más aun cuando es desproporcional en el valor determinado por el despacho.

Por lo anteriormente expuesto y con base en el material probatorio de los hechos solicitó a los Honorables Magistrados del alto Tribunal, que se revoque en los términos indicados el fallo de primera instancia y en su lugar se absuelva a la AFP PORVENIR de todas y cada unas de las condenas emitidas por el despacho, declarando que PORVENIR ha actuado con profesionalismo acorde con la legalidad y el principio de buena fe. Muchas gracias.

„

calidad de beneficiaria, ordenando pagar las sumas adeudadas de manera indexada y autorizando a Porvenir S.A. a descontar del retroactivo adeudado los valores pagados por devolución de saldos.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum).

Así pues, inicialmente ha de señalarse, respecto a la normatividad que ha de trazar los derroteros para determinar cuál es el titular o titulares de la pensión solicitada, y cual la proporción que se ha de tener en ella, ha expresado la Corte Suprema de Justicia que por regla general la fecha de fallecimiento del afiliado o pensionado determina la norma que regulará la sustitución pensional y el derecho a la pensión de sobrevivientes³, razón por la cual, en principio, la normatividad aplicable sería la vigente al momento del fallecimiento del señor GABRIEL RICO GÓMEZ, ocurrido el **14 de junio de 2002** conforme se indica en el registro civil de defunción visible a folio 27, esto es, en vigencia de la Ley 100 de 1993 sin modificaciones, artículo 46, el cual prevé como requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, en el caso del afiliado que fallezca, como es el que se presenta en autos:

- a) *Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, y*
- b) *Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.*

De tal manera, en relación con el requisito de semanas de cotización, obran en autos a folio 31 *“Reporte de semanas cotizadas en pensiones”*, en donde constan cotizaciones realizadas por el señor Gabriel Rico Gómez (q.e.p.d.) entre el 25 de noviembre de 1968 y el 10 de octubre de 1988, por lo que en total aportó 562,29 semanas en el régimen de prima media, en tanto como consta en la relación histórica de movimientos expedida por Porvenir S.A., visto a folio 125 del expediente, el afiliado no efectuó ninguna cotización al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con lo cual se puede colegir, el afiliado fallecido no cumplió con ninguna de las dos premisas recién mencionadas, exigidas por la norma vigente al momento del óbito como quiera que para dicha calenda (fecha de

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia 24421 del 25 de mayo de 2005.

la muerte 14/06/2002) no se encontraba cotizando al sistema de seguridad social en pensiones, como tampoco reúne el requisito de 26 semanas de cotización realizadas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de su fallecimiento, es decir, del 13 de junio de 2001 al 13 de junio de 2002.

Así las cosas, la Sala procederá a estudiar el reconocimiento de la prestación pensional tal como lo solicita la parte actora, esto es a la luz del Acuerdo 049 de 1990 en aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, el cual en sus artículos 6 y 25 señaló como requisitos de aportes para la pensión de sobrevivientes de origen común reunir 150 semanas de cotización sufragadas en los 6 años anteriores a la muerte o 300 en cualquier tiempo y en su artículo 27, consigna como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“1. En forma vitalicia, el cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, el compañero o la compañera permanente del asegurado.

(...)”.

En esta perspectiva, conviene memorar que constituye hoy por hoy línea jurisprudencial pacífica y uniforme de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la aplicación de tal principio a casos que como en el *sub lite*, habiendo fallecido una persona en vigencia de la Ley 100 de 1993, acumula la densidad de cotizaciones al I.S.S. para los riesgos de I.V.M., suficiente para generar el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de sus causahabientes, bajo los mandatos de la normatividad anterior, esto es, el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Dicha posición jurisprudencial puede apreciarse en diferentes fallos de Casación Laboral como en la SL8614 Radicación N° 52403 del 7 de junio de 2017, en la cual se señaló:

“Ahora bien, en lo atinente al reparo jurídico, tampoco se evidencia yerro del juez de apelaciones. Ello, por cuanto de acuerdo a la fecha en que falleció Bustamante Sarmiento, la disposición aplicable era el artículo 46 de la Ley 100 de 1993; no obstante, tal y como se indicó en precedencia, como el causante al momento de su muerte era cotizante inactivo y no cumplió con el requisito exigido por dicha normativa, de acuerdo con el criterio de esta Corte, procede la aplicación de la condición más beneficiosa, como excepción a la regla general, en el tránsito legislativo entre el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993.

Conforme lo ha señalado la Sala, cuando en el cambio normativo el legislador no haya previsto un régimen de transición y ocurre una modificación sustancial en los requisitos legales para acceder a la prestación, tal y como aconteció respecto de la pensión de sobrevivientes al expedirse la Ley 100 de 1993, si se cumplen las exigencias de la normativa inmediatamente anterior -Acuerdo 049 de 1990- en el número mínimo de cotizaciones, aunque el riesgo se estructure bajo la reglamentación posterior, puede acudir a aquella en aras de proteger una expectativa legítima.

Concretamente, sobre la condición más beneficiosa aplicada a la pensión de sobrevivientes en el tránsito del Acuerdo 049 de 1990 a la Ley 100 de 1993, la Sala en la sentencia CSJ SL 19092, 30 abr. 2003, indicó:

(...) [I]mporta recordar que, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Corte en la que se apoyó el fallador de segunda instancia, fundada en lo establecido por el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 --que garantiza el derecho a optar por una pensión de sobrevivientes en los términos establecidos por los reglamentos del seguro social vigentes antes de esa ley-, en los principios rectores de la seguridad social y en una aplicación sistemática de las normas que gobiernan la pensión de sobrevivientes consultando al respecto su espíritu, bajo los principios constitucionales de equidad y proporcionalidad, no es admisible negar la pensión de sobrevivientes por la ausencia de cotizaciones durante la anualidad anterior a la fecha de fallecimiento del causante si durante todo el tiempo de su vinculación al instituto demandado, y antes de entrar en vigencia el nuevo sistema de seguridad social, el cotizante cumplió con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

El anterior criterio ha sido reiterado por esta Colegiatura a través de sentencias CSJ SL SL405-2013 CSJ SL SL6640-2015, CSJ SL6657-2015, CSJ SL8085-2015, CSJ SL 2150-2017 y SL4080-2017, entre otras.

En ese orden, en tanto que Bustamante Sarmiento tenía al 1 de abril de 1994, 1.252,14 semanas cotizadas, cumplió con las exigencias establecidas en el Acuerdo 049 de 1990, y, por tanto, su beneficiaria tiene derecho a la pensión pretendida en aplicación del aludido principio constitucional, tal y como lo concluyó el juez de apelaciones.”

Así las cosas, evidenciado en autos que el causante había cotizado más de 300 semanas con antelación al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, pues conforme a historia laboral citada (fl. 31) alcanzó un total de 562,29 semanas para esa calenda, tal circunstancia le permitirá a sus beneficiarios – la acá demandante–, de conformidad con lo establecido en los artículos 6º y 25 del Acuerdo 049 de 1990, acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pues lo cierto es que el causante, en vida, cumplió con las exigencias de dicha normativa anterior a la Ley 100 de 1993, que exigía un mínimo de 300 semanas de cotización en cualquier tiempo para adquirir la pensión de invalidez, que por remisión del artículo 25 *ibidem* es la misma densidad exigida para la pensión de sobrevivientes, en consecuencia y por ser la norma más beneficiosa, es la que corresponde aplicar en el presente caso, como así se hizo en la sentencia materia de impugnación, por lo que no pueden salir avantes en este punto los argumentos de la encartada Porvenir S.A. expuestos en la apelación.

Ahora, respecto de la calidad de cónyuge de la señora MARÍA RODRÍGUEZ FORERO, ésta se acredita con el Registro Civil de Matrimonio visible a folio 28, donde se señala que contrajo nupcias con Gabriel Rico Gómez (q.e.p.d.) el 5 de octubre de 1974. Requisito que por demás en su momento Porvenir S.A. tuvo que encontrar acreditado para poder otorgarle la devolución de saldos a la actora, como consta en el documento denominado devolución de saldos de fecha 8 de abril de

2015 (fl. 74), razones por cuales es clara la procedencia en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la accionante.

Al punto, es menester recordar, se accedió a la prestación pensional en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por virtud del principio de la condición más beneficiosa, disposición legal que no reclama la acreditación de convivencia, como si lo hace el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en su texto original. En ese orden, no le asiste razón al apoderado de Porvenir S.A. cuando se duele de no haberse prueba relativa a la convivencia del causante y la demandante, pues se itera, la norma aplicable al caso no impone dicha acreditación.

Precisando en este punto a PORVENIR S.A., el hecho de haberse reconocido e incluso pagado la devolución de saldos, para nada impide que posteriormente pueda cuestionarse judicialmente si lo procedente era esa prestación o la respectiva pensión. Así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al referirse a la posibilidad de reclamar por ejemplo la pensión de vejez luego de haber recibido la indemnización sustitutiva, Radicado No. 35896, sentencia calendada el 07 de julio de 2009⁴, y para un caso de idénticas similitudes la Máxima Corporación consideró (SL4188 del 19 de octubre del 2020):

“(...) conforme se explicó en la sentencia CSJ SL11456-2015, en un asunto de semejantes aristas procesales al presente, existiendo el deber de reconocer la pensión de sobreviviente, el carácter indemnizatorio de la prestación sustitutiva «[...] perdió toda fortaleza, de manera que para las resultas del proceso, apenas habrá de tenerse como un pago parcial de la real obligación pensional que pesaba a cargo del ente demandado».

*Tal conclusión, se refuerza si se tiene en cuenta, que según lo decantó la Corte, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL13645-2014 reiterada en la decisión CSJ SL1624-2018, **aquella es una prestación provisional que no tiene la virtualidad de evitar el disfrute de la pensión, por ser la garantía máxima de seguridad social y un beneficio irrenunciable** en los términos del artículo 48 superior.*

Así las cosas, como «[...] el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, per se, implica que no había lugar al [...] de la indemnización sustitutiva», es imprescindible el descuento de lo pagado por ese crédito, en especial, debido a que, según se indicó en la sentencia CSJ SL3504-2019, tal es la única forma de «[...] conjurar un eventual enriquecimiento sin causa de la accionante [...]».” (Negrillas fuera de texto)

Entonces, habiéndose acreditado suficientemente que Porvenir S.A. reconoció a la acá demandante, una devolución de saldos, a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa, pues dicho concepto es excluyente con el reconocimiento pensional

⁴ “La Sala ha asentado la tesis según la cual la indemnización sustitutiva es una prestación provisional, cuya recepción no impide reclamar judicialmente que se dilucide si lo que procedía era ese reconocimiento o en su lugar la prestación vitalicia de vejez; sin embargo se ha de entender que esta postura hace referencia a cuando se analiza la situación del afiliado respecto a la densidad de cotizaciones para el momento en el que se hizo la solicitud de reconocimiento de los derechos a la administradora de pensiones. (...)”

deprecado en el fallo inicial, resulta procedente facultar a la demandada para que de las mesadas que se encuentren aquí adeudadas descuente dichos valores, como en efecto lo dispuso la juez a quo.

Ahora bien, en relación con la fecha a partir de la cual se debe reconocer el derecho pensional, evidentemente la pensión de sobrevivientes se causó en la fecha de fallecimiento del señor RICO GÓMEZ -14 de junio de 2002- (fl. 27), sin embargo, debe en este punto analizarse la excepción de prescripción propuesta por la demandada Porvenir S.A. a folio 121⁵, recordándose si bien el derecho a la pensión es imprescriptible, no así las mesadas pensionales, las cuales prescriben dentro del término establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S.; de esta suerte, en el presente asunto el derecho a la pensión de sobrevivientes se hizo exigible el 14 de junio de 2002 fecha en que falleció el señor Gabriel Rico Gómez, acudiendo por primera vez a reclamar la prestación pensional el 12 de junio del 2014 (fl. 65 a 67) , resuelta de manera negativa por Porvenir S.A. mediante escrito de fecha 10 de septiembre de 2014 (fl. 68) y acudiendo ante la jurisdicción el 3 de noviembre de 2017 como consta en el acta de reparto (fl. 83) y como el auto admisorio de la demanda se notificó a PORVENIR S.A. dentro del término establecido en el artículo 94 del C.G.P.⁶, por lo que entre la fecha en que la actora tuvo conocimiento de la negativa del derecho pensional y la fecha de interposición de la demanda transcurrió el término trienal consagrado para la operatividad de la prescripción y en esa medida las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 3 de noviembre del 2014, se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo.

Finalmente, en lo que hace a los intereses moratorios apelados por la demandante, puede advertirse, la entidad accionada negó el reconocimiento pensional en acatamiento a las disposiciones legales vigentes al momento del fallecimiento del causante, resaltándose, el reconocimiento que se realiza mediante la sentencia objeto de apelación, lo fue por vía jurisprudencial, y en esa medida, a juicio de la Sala la conducta de la AFP Porvenir S.A. se encontró amparada en el acatamiento estricto de la ley, que aunque modulado por la jurisprudencia y con los resultados que han quedado consignado en el presente proveído, justifican su actuar en la errada negativa al reconocimiento pensional, por lo que se confirma la absolución del pago de intereses moratorios, ello en armonía con el criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL388-2020, Radicación N° 73673 del 10 de febrero de 2020:

⁵ Por auto del 17 de abril del año 2018, se tuvo por contestada la demanda por parte de Porvenir S.A. (fl. 144).

⁶ El auto admisorio se notificó por anotación en el estado del 18 de diciembre del 2017 (fl. 84), notificándose a Porvenir S.A. el 27 de FEBRERO de 2018 (fl. 111).

“En relación con los intereses moratorios, cabe precisar que, contrario a los sostenido en la decisión cuestionada, éstos no son procedentes, en la medida que la negativa del reconocimiento tuvo un fundamento legal, como que no se documentaron los requisitos previstos en la ley, por no haber acreditado el causante, aportes durante el último año anterior a su fallecimiento (...) y como su reconocimiento obedeció a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, de construcción eminentemente jurisprudencial, no había lugar a su imposición, como se dijo, entre otras, en las sentencias de casación CSJ SL4064-2019 y CSJ SL3784-2019.”

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación, conforme a las motivaciones precedentes lo que se sigue es la confirmación del fallo en los términos anteriormente expuestos.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

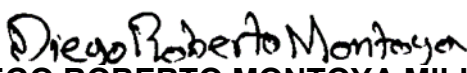
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OLGA YOLANDA SOTO POSADA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A (RAD. 29 2020 00037 01)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA en su calidad de representante legal de la firma ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 123).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por PORVENIR (Folios 114 a 118), COLPENSIONES (Folios 120 a 123), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta

última, contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá DC, el pasado 27 de octubre de 2021 (*Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Art. 80 C.P.T y la S.S., récord 43:52, CD folio 109, archivo “AUD. ORD. 110013105029202000037s20210718228 10_27_202102_18P, UTC”*), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que hiciera la señora OLGA YOLANDA SOTO POSADA identificada con cédula de ciudadanía N° 41.891.898 ante DAVIVIR S.A hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, el 20 de junio de 1996, con fecha de efectividad 1 de agosto de 1996, por los motivos expuestos en esta providencia. 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 SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con la afiliación de la demandante, señora OLGA YOLANDA SOTO POSADA, por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede un término de 20 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la actora por concepto de cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

QUINTO: De no ser apelada la presente sentencia por parte de COLPENSIONES, enviarla en consulta de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”.

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES la apelaron.

Así, en primer lugar, PORVENIR solicita se revoque la sentencia y, en su lugar, se le absuelva de cada una de las pretensiones. En sustento de ello, señala, no se tuvieron en cuenta los actos de relacionamiento los cuales ratifican la decisión de la demandante de “conservarse” en el RAIS, porque aunque esta conocía que podía trasladarse a COLPENSIONES, no lo hizo.

Por otro lado, advierte, el cumplimiento del deber de información se encuentra acreditado con el diligenciamiento del formulario de afiliación, según el artículo 11 del Decreto 694 de 1994, en la que se impone como un es un requisito *sine qua*

non¹ (Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., récord 45:50 CD folio 109, archivo “AUD. ORD. 110013105029202000037s20210718228 10_27_202102_18P, UTC”).

A su turno, COLPENSIONES solicita se adicione lo referente a los gastos de administración a favor de dicha entidad, en atención a las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia relativas a las consecuencias de la ineficacia del traslado en las que se da aplicación al artículo 1746 del Código Civil, cuyo reintegro resulta procedente, dice, dada la inexistencia de la afiliación de la actora al RAIS² (Audiencia virtual Art. 80 C.P.T y la S.S., récord 46:57 archivo CD “AUD. ORD. 110013105029202000037s20210718228 10_27_202102_18P, UTC”, expediente físico).

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 (folios 20 a 23), las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 16 a 20), aspirando se declare la nulidad o ineficacia de la

¹ “Muchas gracias señora juez siendo la oportunidad procesal para presentar recurso apelación de manera parcial en contra la sentencia que acaba de proferir por el despacho, en el sentido señores magistrados, de no estar de acuerdo con los siguientes reparos en concreto sobre la declaración de ineficacia, que se hace el traslado.

Lo anterior, señores magistrados, teniendo cuenta que dentro del proceso no se tuvo en cuenta los actos de relacionamiento, se insiste, que ratifican la decisión de conservarse en el régimen de ahorro individual más allá del conocimiento, sino de su decisión, sabiendo que se podía trasladar a COLPENSIONES, no lo hizo y se conservó en el régimen de ahorro individual.

Asimismo, como el deber de la información establecido en el formulario afiliación, en los términos del artículo 11 del decreto 694 de 1994, el cual estableció como un requisito sine qua non y en ese sentido así se debía establecer la prueba del cumplimiento del deber y diligencia, establecido por mi representada AFP PORVENIR. En ese orden de ideas, señores magistrados solicito se revoque la sentencia proferida por el despacho y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones. Muchas gracias, señora juez”.

² “Gracias su señoría, otorgado el momento procesal oportuno, me permito presentar recurso de apelación parcial en contra de el numeral segundo emitido por su, por su sentencia, su Señoría, solicitándole al honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral que adicione dicho el numeral contemplándolo allí los gastos de administración a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, atendiendo a la aplicación directa pues que han hecho en, en sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en las cuales, pues se consagra las consecuencias prácticas de la ineficacia donde se da aplicación al artículo 1746 del Código Civil.

En este caso, pues se debe tener en cuenta que pues la demandante nunca existió una afiliación con el fondo privado, en este sentido, pues los gastos de administración deberán integrar los valores a devolver a favor de mi representada. Así dejo sustentado del recurso de apelación Su Señoría, muchas gracias.”

vinculación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad con la administradora de fondos de pensiones y cesantías DAVIVIR S.A (Hoy PROTECCIÓN) y, en consecuencia, se ordene a PORVENIR, trasladarla al régimen del prima media con prestación definida y remitir el saldo total ahorrado o aportes pensionales consignados en su cuenta pensional, así como reembolsar de forma integral los cobros y gastos administrativos descontados de sus cotizaciones. Además, pide se ordene a COLPENSIONES recibirla en el RPM junto con los recursos trasladados por la AFP. Finalmente, se condene a las demandadas en costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante con DAVIVIR S.A (hoy PROTECCIÓN S.A), y en consecuencia se ordenó a PORVENIR a devolver con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concedió un plazo de 30 días hábiles. Adicionalmente, se le ordenó a COLPENSIONES recibir todos los mencionados valores y actualizar la historia laboral. 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 2002³.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 10 de octubre de 1960 (*folio 2*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 13 de noviembre de 2019 (*folio 4*) y a PORVENIR el 13 de noviembre de 2019 (*folios 5 a 7*), esto es, cuando ya contaba con la edad para adquirir el derecho pensional –tenía 59 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994 -, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 224,28 semanas cotizadas al sistema que corresponden a 4,3 años (*Archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_1716-20200225101428”, expediente administrativo CD folio 44*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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 **20 de junio de 1996** con fecha de efectividad a partir del **01 de agosto de 1996** (*folios 24 y 26, CD folio 54 - Contestación Protección*), por afiliación que hiciera a DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN), específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP expedido por Asofondos y el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

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

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone

necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

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

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

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

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

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

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

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

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

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

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

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

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

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

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

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

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

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

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 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.

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

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

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

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

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

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información 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 el asesor le indicó que el seguro social no era una buena opción para pensionarse y que en el RAIS obtendría una mayor pensión, empero no recibió información respecto a las características y ventajas.

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 DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN S.A) (folio 24, CD folio 54 - *Contestación protección*), este no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la 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.

Respecto al comunicado de prensa (folios 34 a 36, CD folio 81 - *Expediente Administrativo Porvenir*) es de anotarse, la transcripción de normas legales allí

⁶ Audiencia del 27 de octubre 2021, récord 05:04.

consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

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

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN –antes DAVIVIR–, omitió en el momento del traslado de régimen **(20 de junio de 1996, efectivo el 01 de agosto 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.

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

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (*Folio 3, CD Porvenir Expediente Administrativo*), en tanto ello no conlleva a

que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación (*ibíd.*).

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 SL1004-2021 Rad. 72930 del 1° de marzo del 2021, última en la cual se indicó:

“iii.ii ¿El traslado horizontal dentro del régimen se entiende como una ratificación del deseo de permanecer en él?

En cuanto al cambio de administradora, esta Corte ha establecido que el cambio no tiene como fin ratificar o darle validez al traslado de régimen que el afiliado realizó sin contar con la información veraz y suficiente que debió proporcionar la administradora de pensiones en su debido momento.

Al efecto se recuerda, que la Sala en diferentes pronunciamientos ha señalado que la falta de información no se subsana con los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en ahorro individual, tal como se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 septiembre de 2008, radicación 31989; reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083, cuyo texto señala lo siguiente:

“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.

[...]

“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” (subraya la Sala).

Con base en lo anterior, se equivocó el Tribunal al afirmar que, con el traslado de Protección S.A. a Colfondos S.A., era claro el deseo del señor Beltrán Giraldo de seguir en el Régimen de Ahorro Individual, pues conforme a la jurisprudencia anteriormente citada, en manera alguna puede aceptarse que el cambio de entidad subsane la nulidad del traslado, producto de la falta de información veraz y suficiente por parte de Protección S.A.

*Si bien esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que, con base en los **actos de relacionamiento** no se decreta la nulidad de traslado de régimen cuando se evidencian diversos cambios horizontales de administradora no sobra recordar que también se ha advertido que estas discusiones tienen un componente casuístico tanto de los elementos particulares de la situación en discusión como de los fundamentos de los jueces de instancia (CSJ SL4934-2020 y SL3752-2020).”*

Con relación a los actos de relacionamiento como indiciarios de la ratificación de la voluntad a la que se ha hecho referencia, entre otras, en las sentencias SL3752 de 2020 y SL2440-2021 emanadas de las Salas de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, vale la pena señalar que la Sala Penal de la Corte como juez constitucional, al resolver una acción de tutela presentada por esta última decisión, estableció que esa Corporación desconoció el precedente consolidado por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esa Corte frente al deber de información, el cual debe mirarse al momento del acto jurídico de traslado, sin que resulte relevante las actuaciones efectuadas con posterioridad al mismo.

Puntualmente, en sentencia del STP-15228 de 2021, sostuvo:

“7.1. Al confrontar los fundamentos de la decisión cuestionada con los anteriores desarrollos jurisprudenciales, se advierte que la Sala de Descongestión

No.4 se distancia de manera abierta de los precedentes que en la materia ha fijado la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte.

*7.1.1. Como se dejó visto, la Sala de Descongestión, al dar por acreditado el cumplimiento del deber información por parte de la administradora, tomó en cuenta actos posteriores -aportes adicionales y traslado entre fondos privados-, desconociendo que “ello no contrarresta el incumplimiento del deber de información exigible a la administradora privada de pensiones, el cual como ya se advirtió, **debe ser oportuno e integral al momento del traslado.**” (CSJ, SL3611, 11 agosto de 2021, Rad. 88467).*

Es decir, que con la aplicación de estos criterios la autoridad judicial accionada dejó de lado, sin justificación razonable alguna, la línea jurisprudencial consolidada por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte, en cuanto que el cumplimiento de la asesoría o información debidas debe analizarse al momento del acto jurídico del traslado, sin que resulten relevantes las actividades o actuaciones que el afiliado realice con posterioridad.

En este punto, por tanto, se advierte estructurado un defecto por desconocimiento del precedente judicial.

7.2. Adicionalmente a esto, la Sala de Descongestión, en el análisis que le permitió concluir que en este caso el deber de información había sido satisfecho por la AFP demandada, introdujo la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», que fue abordada por la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte en la SL413-2018, no para definir un caso de ineficacia del traslado de régimen pensional, sino en un asunto en el que se discutía el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, donde resultó necesario el análisis de la voluntad de permanencia del afiliado en un específico régimen pensional.

7.2.1. Esta interpretación implicó, a no dudarlo, una modificación o variación de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral –permanente- de esta Corte, en punto a que el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar.

7.2.2. Esta modificación del precedente jurisprudencial estructura un defecto orgánico, en razón a que la Sala de Descongestión accionada no tenía competencia para realizar esa variación doctrinal, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un parágrafo al art. 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

(...)

7.2.4. Es claro, entonces, que las Salas creadas en el marco del programa de descongestión no tienen competencia para modificar la jurisprudencia de la Sala permanente, ni para crear nuevas líneas interpretativas, y que cuando por mayoría consideren que es necesario realizar esta clase de cambios, deben remitir el asunto a la Sala permanente.

7.2.5. Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016. De esta manera, se advierte también estructurado un defecto orgánico, que torna viable la concesión del amparo constitucional.”

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

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR, como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos 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.

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

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de COLPENSIONES, relacionados con los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así

fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

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

[...]

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

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

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

Igualmente, en la sentencia 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 (...).”

Bajo ese escenario entonces, como bien lo sostiene COLPENSIONES, le corresponde tanto a PROTECCIÓN como a PORVENIR retornar los gastos de administración descontados durante el tiempo que estuvo vigente la afiliación de la actora con esas administradoras, por lo que habrá de adicionarse la sentencia de primer grado, para condenar a estas administradoras a la devolución de dichas sumas de dinero.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES (Folios 48 a 49), 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. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración y demás restituciones, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

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

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

Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código

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

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

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

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado, adicionándola únicamente en lo que toca a la devolución por parte de las AFP de los gastos de administración.

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,

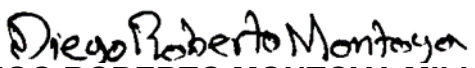
RESUELVE

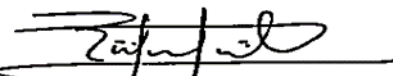
PRIMERO: ADICIONAR un ordinal SEXTO a la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, para **ORDENAR** a PORVENIR y PROTECCIÓN devolver los gastos de administración que fueran descontados de los aportes efectuados por la actora durante el tiempo en que estuvo vigente la afiliación con cada uno de estos fondos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: 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.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EDGAR FERNANDO RUIZ CONTENTO
CONTRA CARNES FRIAS REICAR S.A.S. (RAD. 32 2019 00659 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandada (folios 5 y 6), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de septiembre de 2021 (Audiencia Virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada CARNES FRÍAS REICAR S.A.S. a pagar al demandante EDGAR FERNANDO RUIZ CONTENTO la suma de \$69.593.898 pesos por concepto de lucro cesante.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada CARNES FRÍAS REICAR S.A.S. a pagar al demandante EDGAR FERNANDO RUIZ CONTENTO una suma equivalente a treinta 30 SMLMV por concepto de perjuicios morales con ocasión del accidente de trabajo acaecido el 24 de junio de 2010.

TERCERO: CONDENAR en costas a la demandada y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a siete 7 SMLMV.

El apoderado del demandante solicita aclaración de la sentencia, a lo cual el Despacho procede a revisar el monto de las condenas y se aclara que el monto de la condena por concepto de lucro cesante corresponde a la suma de \$89.733.438.79”.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación solicitando sea revocada y en su lugar se absuelva a su representada de todas las pretensiones de la demanda. Como fundamento de su inconformidad señaló, uno de los eximentes de responsabilidad es la culpa exclusiva de la víctima, respecto a la que consta una carta firmada por el demandante en la que manifiesta que ocho días atrás del accidente, el mismo demandante por voluntad propia dejó la caneca de pintura en el lugar donde ocurrió el accidente; el empleador simplemente se limitó a ordenarle que trajera la pintura de donde la había dejado.

Recabó en que si bien hacían falta unas barandas de seguridad en el lugar del accidente, el trabajador sabía que por sus mareos estaba expuesto a una situación de riesgo y debió comunicarle esta situación al empleador, quien de haber conocido esta situación no le hubiera dado la orden de traer la pintura de ese lugar. Agregó, los requisitos para la procedencia del lucro cesante son que se encuentre probada la culpa y se demuestre que el trabajador sufrió una merma en sus ingresos, último aspecto que la parte demandante no demostró, Contrariamente el trabajador siguió persiguiendo el mismo salario mínimo que se le venía pagando.

Frente a los daños morales estimó, la acreditación de una unión marital de hecho o un matrimonio requiere de prueba solemne para su comprobación, como una declaración judicial o notarial y no simplemente las afirmaciones de un testigo como ocurrió en este caso. Además consideró desmedida la tasación de los daños morales, en atención a que la demandada siempre ha velado por la recuperación del trabajador y en ningún momento actuó con la intención de poner en riesgo al trabajador¹.

¹ **Apoderado demandada (2:19:40):** Muchas gracias su señoría siendo este el término legal pertinente, me permito interponer recurso de apelación frente a la actual decisión solicitándole al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, revocar la sentencia en su totalidad, con base en los siguientes argumentos:

Partiendo de lo que ha sido la determinación de la parte demanda, con base a la investigación interna que realizó la ARL POSITIVA, en su momento, cabe resaltar los eximentes de responsabilidad frente a la culpa, siendo este uno de estos siendo la culpa exclusiva de la víctima, porque se hace uso de esta interpretación Honorables magistrados, porque como ha quedado visto en el proceso, bajo la carta suscrita por el mismo mandante el señor EDGAR RUIZ, en ese momento temporal respecto del accidente de trabajo, este manifiesta que dicha caneca fue dejada por este 8 días de anterioridad en ese lugar, no por orden del empleador,

sino por voluntad propia, y cuando llego ese momento fatídico del accidente, el empleador se remitió a ordenarle que la trajera, del mismo lugar donde el la dejo y no hay prueba donde se pueda demostrar una orden previa que le hayan ordenado dejar ese elemento en ese lugar, donde si bien se manifiesta hizo falta unas barandas de protección, era totalmente ostensible por parte del trabajador que estaba expuesto a una situación de riesgo, y si estaba expuesto a una situación de riesgo teniendo mareos y dejando dicho elemento en ese lugar, debió habérselo comunicado al empleador porque lo que busca la norma es la mitigación de los riesgos y la prevención, porque ante este imprevisto no se logró ser previsible dicha situación, tal y como la situación de mareo del aquí trabajador y que el trabajador en su momento había dejado la caneca en ese lugar, de haber manifestado bajo el principio de buena fe, en esas circunstancias no se le da la orden a él, de traer ese elemento, esa caneca de pintura de ese lugar o tampoco ni siquiera se le hubiera ordenado a el a ir a ese lugar, valga la redundancia.

Ahora bien, si determina el Tribunal confirmar la culpa del empleador, entramos a hacer estudio de la condena de lo que es el lucro cesante, por vía análoga lo que nos dice el Código General del Proceso respecto al lucro cesante es el cumplimiento de los dos requisitos, en el efecto que se pruebe la culpa y en segunda medida que se demuestra que el trabajador afectado sufrió una merma en sus ingresos, carga probatoria que se encuentra en parte de quien lo alega, y que en efecto en el presente asunto no demostró, porque acá esta culpa patronal no obedece simplemente a una indemnización por la culpa, a manera de raja table, este lucro cesante porque no procede en el lucro cesante pasado, porque si yo percibiendo salario y prestaciones salariales nunca se desmedró esa calidad, nunca se disminuyó esas calidades de percibir una remuneración económica, contrario sensu, hubiese sufrido el accidente de trabajo y nunca se hubiese respondido por dicho, es decir, porque se hace igual alusión, porque las condiciones de salario mínimo que devengaba y lo que ha quedado demostrado en el proceso es que no iba a percibir un rubro superior a ese, es decir, no daba lugar a un lucro cesante que a partir del accidente de trabajo hubiese mejorado sus condiciones laborales, en el incremento salarial, no hay prueba que demuestre dicha situación, por ese motivo no considera este apoderado que se diera lugar a ese lucro cesante.

Ahora bien, frente a la condena en la apreciación de daños morales, esto haciendo como bien lo manifiesta con aclaración el a quo uniéndolo con el daño a la vida en relación, respecto, cuestiona este apoderado respecto a la manifestación de que si tuvo un daño moral con la separación de su aparente esposa o compañera permanente, como bien lo dicta el derecho probatorio, hay pruebas solemnes que requieren de un requisito específico para su demostración y mediante una prueba testimonial o un interrogatorio de parte, o una rendición de una manifestación ante una entidad ARL POSITIVA o ante la junta Nacional, no se puede consolidar la existencia de una unión marital de hecho o de un aparente matrimonio, porque lo dictamina la norma es que es una prueba solemne y esto lo hace frente a la declaración de un juez o mediante una manifestación notarial que brilla por su ausencia en el material probatorio, en primera medida tiene que entrar a demostrar la existencia de esa unión y posteriormente demostrar la separación de esa unión, no simplemente bajo la manifestación de un testimonio.

En segunda medida de esta calificación de los daños morales, considera este apoderado que es desmedida dicha calificación, porque siempre se ha velado por la recuperación del trabajador por mi representada, en ningún momento ha demostrado un dolo o intencionalidad de poner en riesgo al trabajador bajo dichas circunstancias, y se le condena como si hubiese actuado de manera arbitraria colocando así al trabajador en dicha situación, de esta manera

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 EDGAR FERNANDO RUIZ CONTENTO en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda, expediente virtual folios 5 y 6 del “archivo 01. Demanda pdf.”, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 6 y 7 del mismo archivo virtual, Aspirando se declare entre las partes existe un contrato de trabajo desde el 13 de abril de 2010, se declare que la sociedad demandada es responsable de los perjuicios que se le ocasionaron con motivo del accidente de trabajo sufrido el 24 de junio de 2010; como consecuencia de estas declaraciones, se condene a la convocada a juicio a pagarle lucro cesante por \$272'261.655,00, perjuicios morales en cuantía de 40 S.M.L.M.V., a título de daño fisiológico 40 S.M.L.M.V. y a título de daño en la vida de relación 40 S.M.L.M.V., las costas del proceso y lo ultra y extra petita.

Obtuvo en primera instancia una decisión favorable, en la que le fue concedida a título de lucro cesante la suma de \$89'733.438,79, por perjuicios morales 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes y las costas del proceso. Para arribar a esa decisión, el juez *a quo* encontró acreditada la responsabilidad del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo que sufrió el demandante; atendiendo al porcentaje de pérdida de capacidad laboral del demandante y su salario que corresponde al mínimo legal mensual vigente, estimó la procedencia del lucro cesante; a partir de las pruebas recaudadas estimó que con el accidente de trabajo se le causaron al trabajador perjuicios morales y daño en su vida de relación.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el

concluyo este recurso y me reitero Honorables Magistrados en revocar la presente sentencia, muchas gracias.

apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum).

Para resolver se precisa tener en cuenta, que todo trabajo por elemental y sencillo que sea o parezca comporta un riesgo, es decir, es claro que el solo hecho de ejecutar una actividad laboral lleva implícito un peligro, pero sobre esta materia la legislación ha creado únicamente dos tipos de reparación, una, denominada **reparación tarifada de riesgos**, relativa al reconocimiento de los beneficios o prestaciones económicas previstas en la ley, según el caso, a cargo de las Administradoras de Riesgos Laborales; y otra, la **reparación plena de perjuicios** atinente a la indemnización total y ordinaria de éstos por culpa patronal en la ocurrencia del siniestro, y que corresponde asumir directamente al empleador en los términos del artículo 216 del C.S. del T., que en su tenor literal prevé:

“Artículo 216: Cuando exista culpa suficiente comprobada del {empleador} en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios (...).”.

En esta última –responsabilidad subjetiva-, que es la que al caso interesa, lo que importa es la conducta del causante del daño y si la misma es determinante a efectos de imputar la responsabilidad, por lo que, en estos eventos, se requiere el análisis de la acción y omisión y el grado de culpa en que incurrió para determinar la responsabilidad y no solamente la verificación de la causación de una consecuencia jurídica, por lo que indispensable resulta la acreditación, no solo de la ocurrencia del siniestro, sino también la demostración con suficiencia de la culpa del empleador.

Esta directriz debe acompasarse con el artículo 1604 del C.C. en el que se señala que *“El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.”*

Sobre el concepto de culpa, la ley distingue tres clases de culpa (artículo 63 Código Civil):

*“**Culpa grave**, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.*

***Culpa leve**, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.*

***Culpa o descuido levísimo** es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.”*

Al respecto, bien vale la pena recordar lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 6497 del 29 de abril de 2015 con radicación No. 44894:

“(…) Como se observa, la norma no hace referencia a cuál es la culpa que debe acreditarse para tener derecho a la indemnización plena y ordinaria de perjuicios. Por ello, y dado que el contrato de trabajo es bilateral en tanto reporta beneficios recíprocos para las partes, necesariamente debe acudirse a lo previsto por el artículo 1604 del Código Civil, (…)

Así las cosas, la correcta intelección de la norma implica que la culpa derivada del contrato de trabajo —conmutativo— es la “leve” (…)

En este orden de ideas, bajo ninguna perspectiva puede aceptarse que la responsabilidad de los empleadores, en lo que respecta a la culpa patronal en materia de accidentes de trabajo, deriva de la “culpa levísima”, pues como lo enseña el citado artículo 1604 del Código Civil opera solo en los contratos en los cuales “el deudor es el único que reporta beneficio”, que no es el caso del contrato de trabajo en el que los beneficios son recíprocos para trabajador y empleador.

El anterior criterio, encuentra soporte jurisprudencial, no solo en la sentencia que atinadamente cita el tribunal; también en la providencia CSJ SL, 30 jun 2005, rad. 22656, reiterada recientemente en la CSJ SL5832-2014, cuando al efecto se dijo:

“Ahora bien, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria ordinaria y total de perjuicios, como atrás se dijo, exige el acreditarse no solo la ocurrencia del siniestro o daño por causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también, la concurrencia en esta clase de infortunio de ‘culpa suficiente comprobada’ del empleador.

Esa ‘culpa suficiente comprobada’ del empleador o, dicho en otros términos, prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, a este compete ‘probar el supuesto de hecho’ de la ‘culpa’, causa de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual conmutativa es llamada por la ley ‘culpa leve’ que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear ‘diligencia o cuidado ordinario o mediano’ en la administración de sus negocios” (negrilla fuera del texto)

Ahora, como se anotó, para que proceda la indemnización solicitada debe comprobarse palmariamente que la enfermedad o el accidente sufrido por el trabajador fue con ocasión y causa imputable a la culpa del patrono, es decir, que haya mediado grado de impericia, negligencia o falta de cuidado en éste y como consecuencia de ello, se haya producido el hecho.

Igualmente, se resalta que conforme el artículo 1757 *ibídem*, quien tiene la carga de la prueba es aquella persona que alega la existencia de una obligación o su extinción, de manera tal, que para el presente caso, debe ser la parte actora quien pruebe la culpa, momento en el cual la carga será trasladada a la empresa demandada.

No se discute en este juicio que el demandante Edgar Fernando Ruiz Contento se vinculó el 13 de abril de 2010 mediante contrato de trabajo a la sociedad CARNES FRIAS RECIAR S.A., en el cargo de operario; que dicho vínculo actualmente se encuentra vigente y desde su inicio el salario del trabajador asciende a la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, como consta en el contrato de trabajo visible a folios 78 y 79 del archivo 01 del expediente virtual y lo aceptó la sociedad demandada desde el escrito de contestación.

Tampoco se controvierte la ocurrencia del accidente de trabajo sufrido por el actor el 24 de junio de 2010, ni sus secuelas permanentes que se manifestaron en una pérdida de capacidad laboral del 26.10%, tal como da cuenta el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 2 de febrero de 2018 obrante a folios 17 a 27 del archivo 01 del expediente digital.

Se relata en la demanda, el 24 de junio de 2010, el demandante cayó de una altura de tres pisos, que le generó fracturas craneanas y de tibia, que merecieron intervenciones quirúrgicas. En este sentido se manifestó el representante legal de la sociedad demandada, Félix Cárdenas Urrego, quien a instancias de interrogatorio de parte relató, le pidió el favor a Edgar Fernando Ruiz, de subir al tercer piso a bajar una caneca de pintura, afirmación que coincide con las manifestaciones del demandante en su declaración. El testigo Yovany Javier Contreras Pinto operario de la demandada, relató en audiencia que el demandante subió al tercer piso a bajar una pintura, cayó al segundo piso pero se rompieron las tejas y posteriormente cayó al primer piso. Dice, el demandante afirmó haber sufrido un mareo y por eso se cayó.

Obra también en el archivo 07 del expediente virtual folios 232 a 251, trabajo de investigación del accidente sufrido por el demandante, que fue elaborado por la ARL POSITIVA a la que se encontraba afiliado, en el que se compilan las versiones del accidentado y los testigos, que aportan mayor claridad respecto a los sucesos ocurridos el día del siniestro.

En esa oportunidad el demandante Edgar Fernando Ruiz Contreras, relató, el 24 de junio de 2010, don Félix (representante legal de la sociedad demandada) le dio la orden de pintar la fachada de la edificación; con tal motivo subió al tercer piso a bajar una caneca de pintura que había dejado detrás del difusor, cuando se fue a enderezar se desmayó y cuando se despertó estaba en el primer piso con mucho dolor y entonces llegaron los paramédicos para su atención. En su versión ante Positiva ARL, los testigos Yobany Contreras Pinto, Alexander Soler y Juana Copete, operarios de la empresa, fueron coincidentes en señalar, el demandante cayó desde el tercer piso cuando estaba bajando un tarro de pintura.

Ahora bien, en el acápite de causas del siniestro, desarrollado por la ARL Positiva en su trabajo de investigación (fls. 242 y ss. Archivo No. 07 expediente digital), se explica, la caneca de pintura que Edgar Fernando Ruíz Contento pretendía recoger, se encontraba en el tercer piso de la edificación al lado de los difusores, contiguo al tejado, el trabajador sufrió un mareo y cayó desde esa altura; el área no contaba con barandas que evitaran la caída del actor, como quiera que la sociedad, un año y medio antes del accidente debió trasladar los difusores del cuarto frío al tercer

piso y debido a su tamaño, no fue posible desplazarlos por las escaleras por lo que se debió derribar la baranda del tercer piso, pero ésta no se volvió a levantar.

De las anteriores probanzas se concluye que si existió negligencia imputable a la sociedad empleadora, por ser responsable de encomendarle al trabajador llevar a cabo una actividad que a todas luces resultaba insegura, como quiera que, habiendo dispuesto derribar la baranda del tercer piso con el fin de trasladar allí los difusores de frio, no tuvo en cuenta volver a levantarla, quedando así el demandante expuesto a caer al vacío como en efecto ocurrió, omisión con la que infringió su deber de cuidado.

A partir de lo anterior, no es de recibo el argumento del recurrente relativo a que el trabajador, a sabiendas que estaba sufriendo algunos mareos debió prever el riesgo de caída al que podía estar expuesto y comunicarlo a su empleador; como quiera que más allá de la situación de salud que pudiera aquejar al aquí demandante, era deber del empleador mantener las medidas mínimas de seguridad para evitar que cualquier persona pudiera caer al vacío desde el tercer piso, lo que se hubiera logrado, con el simple ejercicio de volver a levantar la baranda que en algún momento debió ser derribada o por lo menos instruir a su personal para que no se acercara al citado sitio por revestir peligro, descuido que al tenor de lo dispuesto en el artículo 63 Código Civil comporta culpa leve, como lo refirió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 6497 del 29 de abril de 2015 con radicación No. 44894 ya citada.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Sala acompaña la conclusión del Juez a quo, relativa a la presencia de nexo causal entre la omisión por parte del empleador y la ocurrencia del accidente de trabajo sufrido por el aquí demandante.

El otro punto de inconformidad del recurrente consiste en que el juez a quo impuso condena a su representada por concepto de lucro cesante, pese a que no se demostró en autos que el demandante hubiera sufrido una merma en sus ingresos; contrariamente, el trabajador nunca ha sido desvinculado y desde el inicio del contrato de trabajo, ha devengado un salario equivalente al mínimo legal mensual vigente.

Debe recordarse, el artículo 1614 del Código Civil Colombiano define el lucro cesante como *“la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”* o dicho en otras palabras, consiste en un daño patrimonial derivado de la ganancia que se dejó de obtener por un incumplimiento contractual, un daño o un acto ilegal. En ese orden, para probar su existencia debe demostrarse que se dejó de recibir cierta ganancia debido al daño causado.

En este caso, corresponde el lucro cesante al ingreso que se deja de percibir como consecuencia del daño ocasionado con el accidente de trabajo y que impide o disminuye al trabajador, la expectativa de lograr ingresos para atender sus necesidades propias y de los suyos. Este a su vez se divide en lucro cesante pasado o consolidado y futuro.

Para arribar a su decisión condenatoria, el juez a quo tuvo en cuenta la fecha de nacimiento del demandante, la data de la ocurrencia del siniestro y aquella en que se profirió la sentencia, así como el porcentaje de pérdida de capacidad laboral determinado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; sin embargo, no hizo ningún análisis relativo a la concurrencia de los requisitos para que el actor se hiciera merecedor de este concepto.

Al respecto, se advierte, desde la contestación de la demanda, la sociedad demanda aceptó la existencia de una relación laboral entre las partes y además añadió frente al demandante: *“actualmente sigue siendo trabajador de MI REPRESENTADA, sin interrupción de la relación laboral desde el día de su contratación en el año 2010, percibiendo todos sus salarios y prestaciones sociales correspondientes conforme a la ley”...*

Esta afirmación se encuentra soportada con el resumen de pagos de nómina y sus respectivos comprobantes firmados por el demandante, que dan cuenta del pago de salarios equivalentes al mínimo legal mensual a favor del señor Ruíz Contento desde la primera quincena de abril del año 2010 y de manera ininterrumpida hasta octubre de 2019 cuando se presentó la contestación de la demanda. A más de lo anterior, el demandante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que para la data en que se recaudó ese medio de prueba, era empleado de la demandada

Carnes Frías Reicar S.A.S., aceptó que la citada sociedad siempre ha pagado a su favor los aportes a salud, pensión y riesgos profesionales e incluso manifestó que tuvo que acudir a una acción de tutela para obtener el pago de las incapacidades.

A partir de lo anterior, queda en evidencia, el juez a quo equivocó su decisión al impartir condena en contra de la sociedad demandada por concepto de lucro cesante consolidado y futuro, aun cuando se encuentra plenamente acreditado en el paginario, desde su vinculación laboral, el demandante no ha dejado de percibir una retribución mensual correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente, como se pactó en el contrato de trabajo celebrado por las partes.

En consecuencia, como el demandante no dejó de percibir ningún ingreso como consecuencia del accidente de trabajo que sufrió, ni tampoco se demostró se hubiera disminuido su capacidad económica para atender sus necesidades, no hay lugar a reconocer a su favor por concepto de lucro cesante, por lo que se revocará la decisión del a quo y en su lugar, se absolverá a la sociedad demandada de este concepto. Así se resolverá.

Frente a los daños morales el apoderado de la demandada estimó, la acreditación de una unión marital de hecho o un matrimonio requiere de prueba solemne para su comprobación, como una declaración judicial o notarial y no simplemente las afirmaciones de un testigo como ocurrió en este caso. Además consideró desmedida la tasación de los daños morales, en atención a que la demandada siempre ha velado por la recuperación del trabajador y en ningún momento actuó con la intención de poner en riesgo al trabajador.

Recuérdese que los perjuicios morales se dividen en objetivados y subjetivados, los primeros cubren aquellos daños resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o trastornos psíquicos y los segundos “resarcen” los dolores físicos y la descomposición emocional, esto es, los aspectos sentimentales, afectivos y emocionales que originan angustia, dolores internos y psíquicos, que afectan la estabilidad emocional. Sobre el punto puede consultarse la sentencia del 30 de octubre de 2012 Rad. 39631 de la CSJ – SL.

Uno de los aspectos que tuvo en cuenta el juez a quo para impartir condena a título de perjuicios morales, correspondió a los problemas de pareja que aquejaron al demandante y que tuvieron su génesis en el accidente de trabajo que sufrió. El juez encontró acreditada esta situación tras analizar los testimonios de Oscar Hernán Ruiz Contento y Fredy Daza Herrera, hermano y amigo del demandante, respectivamente, quienes relataron las dificultades que Edgar Fernando Ruiz Contento empezó a tener con su compañera Brenda. Así mismo, acudió a la historia clínica del trabajador, que da cuenta de los problemas de pareja que lo aquejaron.

Frente a la existencia de una unión marital, advierte la Sala, para demostrar la existencia de una unión marital de hecho, no existe tarifa probatoria y en consecuencia puede acudirse a cualquier medio de prueba establecido en el Código General del Proceso. En ese sentido se ha pronunciado reiteradamente la Corte Constitucional, entre otras en la sentencia C-131 de 2018, T- 247 de 2016 y T- 147 de 2020.

Adicionalmente, debe destacarse, el juez de conocimiento, no solo tuvo en cuenta para imponer condena a título de perjuicios morales, el deterioro de la relación de pareja del demandante, sino además, factores como que no pudo volver a jugar fútbol, como lo hacía antes del accidente, la ansiedad que empezó a padecer luego del siniestro y lo llevó a recibir medicación e incluso la idea de cortarse el pie, que lo aquejó en múltiples ocasiones, aspectos que también se encuentran documentados en el componente de psiquiatría de la historia clínica.

En ese orden de ideas, acoge la Sala el reconocimiento de esta pretensión. En lo relativo a su tasación, aspecto frente al que también se duele el recurrente, la Sala tiene en cuenta que la máxima corporación ha indicado que *“Aunque la ley le otorga a los juzgadores la facultad de cuantificar los perjuicios morales, ello no se traduce en que sea caprichosa; puesto que el director del proceso debe observar para su determinación la sana crítica y las reglas de la experiencia, (...)”*².

²Sentencia SL13074 Radicación No. 36306 del 27 de agosto de 2014.

Por lo tanto, se acogerá como precedente para la liquidación del perjuicio moral, lo indicado por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -Subsección C en sentencia radicado No. 32912 del 28 de enero del 2015, la cual señala que si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%, se otorgaran como máximo 40 smmlv, a la víctima directa³, como en el presente caso ocurre, pues el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral determinado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez fue del 26.10%, es claro que la condena a 30 smmlv que impartió el juez a quo, es razonable, en tanto se enmarca dentro de los derroteros fijados por el Consejo de Estado.

Al tenor de lo considerado, se agota de esta manera la competencia de la Sala por el estudio de los argumentos expuestos por el extremo demandado.

Sin COSTAS en ésta instancia.

³ 7.2 Tasación de los perjuicios Morales

A este respecto el precedente de la Sala indica que debe utilizarse como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

GRABCO No. 2					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESION	Victima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMMLV	SMMLV	SMMLV	SMMLV	SMMLV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el numeral **PRIMERO** del fallo proferido en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada **CARNES FRIAS REICAR S.A.S.** de la pretensión relativa al **LUCRO CESANTE**.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: SIN COSTAS en ésta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

RAFAEL MORENO VARGAS

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SOFIA ELEINE HERNANDEZ REYES CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- y como interviniente excluyente RUBY CECILIA PINEDA SALCEDO (RAD. 38 2018 00455 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada UGPP (fl 4), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de septiembre de 2021 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, audio archivo 09 y acta de audiencia archivo 10 del expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que a las señoras *RUBY CECILIA PINEDA SALCEDO* y *SOFIA ELEINE HERNANDEZ REYES*, les asiste el derecho a que la UGPP, le reconozca la pensión de sobrevivientes derivadas del deceso de *ADOLFO PADILLA RODRÍGUEZ*, al haber acreditado los presupuestos establecidos en los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993 modificados por los artículos 12 y 13 de la ley 797 del 2003 para acceder al reconocimiento pensional reclamado.

SEGUNDO: ORDENAR a la *UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIÓN PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP*, reconocerle y pagarle a *RUBY CECILIA PINEDA SALCEDO* y *SOFIA ELEINE HERNANDEZ REYES*, la pensión de sobrevivientes en condición de compañeras permanentes supérstites del pensionado *ADOLFO PADILLA RODRÍGUEZ*, a partir del 17 de octubre del 2017, en porcentajes del 31.79% para la primera y del 18.21%, para la segunda respecto de la mesada pensional que venía percibiendo el de cujus, junto con los correspondientes reajustes de ley debiendo sufragarse las mesadas ordinarias adicionales a que haya lugar, sin perjuicio del acrecimiento de la prestación en las

proporciones reseñadas en la medida en que los demás beneficiarios vayan perdiendo sus derechos y en el orden de prelación respectivo.

*Teniendo en cuenta que procede reconocimiento de mesadas pensionales retroactivas a las demandantes en los porcentajes reseñados los valores respectivos deberán ser indexados tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE, de acuerdo con la fórmula: **Índice final sobre índice inicial por valor histórico que corresponde al valor de cada una de las mesadas, igual al valor índice final.** Como índice inicial se deberá tomar el correspondiente al del mes de causación de la respectiva mesada y como índice final el del mes en que se verifique el pago por parte de la accionada.*

TERCERO: AUTORIZAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIÓN PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP, para que descuenta del retroactivo de mesadas pensionales indexadas a que tienen derecho las demandantes, el porcentaje que en derecho corresponde los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en salud.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás súplicas incoadas en su contra, lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO: EXCEPCIONES dadas las resultas del juicio el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas y frente a la absolución que procede, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.

SEXTO: Sin costas en la instancia.

SÉPTIMO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, consúltese con el superior..”

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada UGPP interpone recurso de apelación manifestando que analizadas en conjunto las pruebas documentales, testimoniales e interrogatorios, encuentra que ninguna de las convocantes cumple con el lleno de los requisitos de ley para merecer la pensión de sobrevivientes. Recuerda que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, reclama la acreditación de convivencia ininterrumpida por parte de la compañera permanente durante los últimos cinco años de vida del causante. Estima, la duda relativa a quien le corresponde el derecho y en que proporción no se encuentra resuelta con certeza¹. (Audiencia virtual realizada a través de la

¹ “Gracias señor juez, me permito presentar recurso de apelación contra el fallo de primera instancia proferido dentro del proceso en la referencia, el cual fue condenatorio y lo sustento señalando en cuanto a las pretensiones de las convocantes frente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en calidad de compañeras permanentes del causante señor ADOLFO PADILLA RODRÍGUEZ, que en paz descanse,, sea lo primero mencionar que difiere esta defensa en la decisión del despacho quien luego de realizar un estudio conjunto de las pruebas documentales relevantes, testimoniales y los interrogatorios de partes efectuados durante la etapa procesal pertinente, arribó la conclusión que tanto la señora RUBY CECILIA como la señora SOFÍA ELEINE les asiste el derecho de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pues se tiene a consideración de esta defensa de los testimonios recepcionados se establecieron indicios generadores de duda sobre la veracidad de las afirmaciones y contenidos, por lo que ninguna de las dos de las reclamantes cumple con el lleno de los requisitos establecidos en la normatividad aplicable para el reconocimiento de la prestación aplicable. En primer lugar, es importante señalar que la pensión de sobreviviente fue creada por la necesidad de proteger a la familia del afiliado o pensionado que fallece, a fin de cubrir las contingencias económicas derivadas de dicho hecho que afectarían a los miembros de su núcleo familiar, dicho esto tenemos que los requisitos para ser beneficiario de una pensión de sobrevivientes se encuentran consignados en el artículo 47 de la ley 100 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, dicha normativa

plataforma Microsoft Teams, récord 46:48, archivo audio 9 audiencia fallo, acta de audiencia archivo 10 expediente digital)

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 Sofía Eleine Hernández Reyes, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (expediente digital, carpeta “01 expediente físico” archivo 2018-455 CUAD 1 pdf. folios 7 y 8), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 3 y 4 ibidem, aspirando principalmente se declare le asiste derecho a la sustitución pensional por haber convivido con el pensionado Adolfo Padilla Rodríguez (q.e.p.d.) durante más de cinco años, hasta la fecha de su fallecimiento; se condene a la UGPP a reconocer y pagar a su favor la prestación pensional junto con el retroactivo pensional desde el 17 de octubre de 2017, fecha de fallecimiento del causante, en proporción del 50% de la mesada pensional. Como fundamento de sus solicitudes, refirió, desde el mes de septiembre de 2002, inició una relación sentimental con el causante, con quien convivió en la ciudad de Cartagena hasta el mes de octubre cuando éste falleció; fruto de esta relación procrearon tres hijos; el señor Padilla Rodríguez, en vida manifestó ante Notario Público la unión marital de hecho que con ella sostenía a fin de incluirla como beneficiaria de los servicios médicos ante el FOPEP; en el mes de febrero de 2018 solicitó el reconocimiento de su derecho pensional; la UGPP resolvió adjudicar el 50% de la pensión a los cuatro hijos del causante, en tanto el restante 50% lo dejó supeditado a que mediante sentencia judicial se decidiera a cual de las dos reclamantes le asiste derecho y en que proporción.

señala que el reconocimiento de la prestación para el cónyuge o compañero permanente o supérstite nace de la acreditación de la convivencia ininterrumpida por parte del cónyuge o compañero o compañera permanente del fallecido titular del derecho pensional ante los últimos 5 años de vida del causante, circunstancia esta que se puede acreditar con pruebas testimoniales rendidos por personas suficientemente cercanas al hogar de la pareja, sin perjuicio de la imparcialidad que se requiere por parte de quienes son llamados a testificar, con base a lo expuesto y teniendo en cuenta la negativa de la entidad de reconocer la pensión de sobrevivientes de las peticionarias, atendiendo la falta de certeza a cual de las dos le asistía el derecho o en qué proporción le correspondía a cada una en caso de acreditarse la convivencia simultánea se estima que dicha duda no se resolvió con claridad y certeza en el presente proceso, por tanto, le solicitamos respetuosamente al Honorable Tribunal para que revoque la sentencia que fue desfavorable en los termino expuestos. En estos términos dejó sustentado mi recurso señor juez”.

”

Por otra parte, mediante auto de 14 de febrero de 2020, se dispuso la acumulación del proceso ordinario laboral que ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta seguía Ruby Cecilia Pineda en contra de la UGPP y de Sofía Eleine Hernández Reyes como litisconsorte necesaria (**expediente digital, carpeta “01expediente físico” archivo 2018-455 CUAD 1 pdf. Folio 210**), cuyas **pretensiones** consistieron en que se condene a la UGPP a reconocer a su favor la sustitución de la pensión del señor Padilla Rodríguez desde la fecha de su fallecimiento y al pago de los intereses moratorios y las costas del proceso. Como fundamento de sus solicitudes señaló, la sociedad Puertos de Colombia reconoció pensión de invalidez al señor Padilla Rodríguez a partir del 9 de febrero de 1993; convivió con el citado pensionado por más de veintinueve años; procreó con él un hijo y dependía económicamente de su compañero.

De esta manera, se tiene que ambas demandantes obtuvieron sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones en tanto lograron acreditar la convivencia con el señor Adolfo Padilla Rodríguez en los últimos 5 años, precisando el *a quo* que la pensión del de cujus debía ser repartida entre las dos compañeras de manera proporcional al tiempo convivido, otorgando un 31.79% a Ruby Cecilia Pineda Salcedo y un 18.21% a Sofía Eleine Hernández Reyes, lo anterior en atención a que se acreditó la simultaneidad de convivencia del de cujus con las dos accionantes, negando los intereses moratorios por cuanto la controversia no podía ser dirimida por la UGPP, ordenando en su lugar la indexación de las sumas debidas a las demandantes.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, se abordará el estudio de la procedencia de las condenas impuestas a cargo de la demandada. Así las cosas, de manera preliminar ha de señalarse, no son objeto del debate en el presente asunto, las conclusiones a las que arribó la Juez *a quo*, según las cuales:

- i) El señor ADOLFO PADILLA RODRÍGUEZ, falleció el 17 de octubre de 2017, conforme al Registro Civil de Defunción (**expediente digital, carpeta “01expediente físico” archivo 2018-455 CUAD 1 pdf. folio 12**),
- ii) Mediante Resolución 144661 de 9 de febrero de 1993 la sociedad Puertos de Colombia reconoció al de cujus una pensión de invalidez a partir del 1° de marzo de

1993, en cuantía inicial de \$972.820,55 (**expediente digital, carpeta “01expediente físico” archivo 2018-455 CUAD 1 pdf. Folios 111 a 118).**

iii) Mediante la resolución RDP 006972 de 22 de febrero de 2018, la UGPP resolvió reconocer y ordenar el pago de la pensión de sobrevivientes a favor de los hijos del causante Adolfo Padilla Pineda, Miller Eliécer Padilla Hernández, Taliana Mileth Padilla Hernández y Jerónimo Padilla Hernández en porcentaje del 12.5% para cada uno y dejó en suspenso el derecho que le pueda corresponder a Sofía Eleine Hernández Reyes y Ruby Cecilia Pineda Salcedo (**expediente digital, carpeta “01expediente físico” archivo 2018-455 CUAD 1 pdf. Folios 111 a 118).**

Así las cosas, habida cuenta de la fecha de fallecimiento del causante (17 de octubre de 2017), la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la cual se encontraba vigente para esa data y que en su parte pertinente señala que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad; señala el literal a) del artículo 47 citado que, en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte².

Al tenor de la disposición normativa en cita aplicable al caso y teniendo en cuenta, que las dos accionante superaban los treinta años de edad³ en la fecha del fallecimiento del señor Adolfo Padilla Rodríguez, entra la Sala a verificar si se cumple con el requisito de la convivencia real y efectiva con el de cuius por lo menos durante 5 años anteriores a la data de su deceso, aspecto fundamental para la procedencia de las pretensiones de las interesadas y frente al que se pronunció recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL- 1730 de 2020, radicación 77327 de 3 de junio de 2020, en los siguientes términos:

² Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.

³ SOFIA ELEINE HERNÁNDEZ REYES tenía 38 años de edad (nació el 3 de marzo de 1979) y RUBY CECILIA PINEDA SALCEDO tenía 55 años de edad (nació el 26 de enero de 1962), información que se extrae de la Resolución RDP 006972 del 22 de febrero del 2018 expediente digital, carpeta “01expediente físico” archivo 2018-455 CUAD 1 pdf.fl. 23.

“Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de afiliados al sistema no pensionados, y la de pensionados, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN)”.

De este modo, con el fin de verificar si en efecto se acreditó la convivencia alegada por las señoras Sofía Eleine Hernández Reyes y Ruby Cecilia Pineda Salcedo con el de cujus, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos, así dentro de las documentales aportadas al proceso y en lo que interesa al objeto de la litis, se adosaron: (expediente digital, carpeta “01 expediente físico” archivo 2018-455 CUAD 1 pdf.)

-Fls. 19 Declaración extraprocesal rendida el 24 de enero de 2007 por SOFIA ELEINE HERNANDEZ REYES, donde manifestó que desde hace más de 3 años vivía en unión libre y hace vida marital con Adolfo Padilla Rodríguez y dependía económicamente de él.

-Fls. 20 Declaración extraprocesal rendida el 14 de noviembre de 2006 por ADOLFO PADILLA RODRIGUEZ (q.e.p.d.), donde manifiesta que desde hace 4 años vivía en unión marital, bajo el mismo techo con la señora Sofía Eleine Hernández Reyes, quien dependía económicamente de él.

-Fls. 21 Declaración extraprocesal rendida el 22 de enero de 2016 por ADOLFO PADILLA RODRIGUEZ (q.e.p.d.), donde manifiesta que desde hace más de 3 años vivía en unión marital, con Sofía Eleine Hernández Reyes, con quien hacía vida marital de forma continua y permanente.

-Fl. 14 Registro Civil de nacimiento de TALIANA PADILLA HERNÁNDEZ, hija de Sofía Eilene y Adolfo Padilla R. (q.e.p.d.).

-Fls. 17 y 18 Certificado de tradición y libertad expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena correspondiente al inmueble con matrícula 060-65752 que refiere adquisición del 50% por el señor Adolfo Padilla. El restante 50% figura a nombre de Miller Eliécer Padilla Hernández.

-Fls 348 a 355 expediente administrativo. Historia clínica del demandante de fecha 17 de agosto de 2016, donde se señala como acompañante a Sofía Hernández en calidad de cónyuge.

Igualmente se aportaron al paginario: (expediente digital, carpeta “01 expediente físico” archivo 2018-455 CUAD 2 pdf.).

-Fl. 12 Registro Civil de nacimiento de ADOLFO ENRIQUE PADILLA PINEDA, hijo de Ruby Cecilia Pineda Salcedo y Adolfo Padilla R. (q.e.p.d.).

-Fl. 60 Declaración extraprocesal rendida el 31 de agosto de 1998 por ADOLFO PADILLA RODRIGUEZ (q.e.p.d.), donde manifiesta que desde el año 1988 convive con Ruby Pineda Salcedo.

-Fl. 62 Declaración extraprocesal rendida el 26 de octubre de 2017 por MANUEL SEGUNDO HERRERA VANEGAS, quien manifiesta que conoce a Ruby Pineda Salcedo desde hace 29 años y le consta que convivía con Adolfo Padilla Rodríguez, de cuya unión nació un hijo.

-Fl. 63 Declaración extraprocesal rendida el 25 de octubre de 2017 por ALICIA ISABEL SOCARRÁS DE SÁNCHEZ, quien manifiesta que conoció a Adolfo Padilla Rodríguez y le consta que éste convivió en unión marital en forma permanente y continúa con Ruby Cecilia Pineda Salcedo, hasta el 17 de octubre de 2017, día de su muerte. la señora Pineda dependía económicamente de su compañero y le consta que tuvieron un hijo.

-Fls. 64, 65, 69 a 71 Facturas de servicios públicos de la ciudad de Santa Marta a nombre de Adolfo Padilla.

-Fl. 66 formulario de solicitud de crédito a nombre del causante, donde relaciona como referencia familiar a Ruby Pineda Salcedo y refiere una dirección de residencia ubicada en Santa Marta.

Por otro lado, absolvieron interrogatorio de parte las dos reclamantes de la sustitución pensional; la señora RUBY PINEDA SALCEDO⁴ afirmó haber convivido con Adolfo Padilla Rodríguez durante 29 años hasta el 17 de octubre de 2017, fecha de su muerte; su relación fue permanente y de público conocimiento, convivió con el causante en el Barrio Juan XXIII de Santa Marta y nunca se separaron, dependía económicamente de él, era beneficiara del causante en salud y procrearon un hijo. Refirió, Adolfo murió de un infarto y los gastos fúnebres los pagó “la otra señora” (sic); que el causante viajaba con frecuencia a Cartagena y allí se quedaba donde familiares.

SOFÍA ELEINE HERNÁNDEZ REYES⁵ en el interrogatorio de parte expresó que conoció al de cujus en el año 2000 en la ciudad de Santa Marta; en el año 2003 se fueron a vivir a Cartagena, vivieron en el barrio Villa Rosita y procrearon a sus tres hijos; cuando conoció al causante era pensionado por invalidez, nunca se separaron y vivió con él hasta octubre de 2017 cuando se fueron de vacaciones a Santa Marta y estando allí, Adolfo sufrió un malestar en el pecho y ella lo llevó a la clínica la milagrosa donde falleció; los hijos mayores de Adolfo Padilla lo iban a visitar a su casa en Cartagena; el causante tenía a ella y a sus hijos afiliados como beneficiarios en los servicios de salud. La última residencia que tuvo con el causante fue la manzana p lote 6 en Cartagena, donde vivieron durante 15 años. Conoció a la señora Ruby Pineda Salcedo, porque era la ex compañera del causante y la madre de Adolfo, hijo de él.

De otra parte, rindió declaración LOLY INÉS PADILLA JIMÉNEZ⁶, hija de crianza del causante, relató que su padre falleció en octubre de 2017 y su última residencia fue en el barrio Juan XXIII en Santa Marta, donde vivió alrededor de 29 o 30 años con Ruby y su hijo Adolfo; los problemas de salud de su padre eran atendidos en la ciudad de Cartagena, la señora Ruby dependía económicamente del causante y nunca se separaron, pero sabe que su padre tenía otras mujeres. Su papá le presentó a Sofía Eleine y la veía cuando llevaba a los niños a Santa Marta, a quienes su padre presentó como sus hermanos. Su padre recibía servicios médicos en Cartagena porque decía que los médicos de Santa Marta no le servían.

El testigo GIOVANNY ALBERTO PADILLA VALENCIA,⁷ Afirma que la señora Ruby es la esposa de su padre, pero también vio en varias oportunidades a Sofía Eleine con su padre. El causante falleció el 17 de octubre de 2017 en Santa Marta, fecha

⁴ Audio archivo 06 audiencia art. 80 exp. Virtual, record05:50

⁵ Audio archivo 06 audiencia art. 80 exp. Virtual, record16:44

⁶ Audio archivo 06 audiencia art. 80 exp. Virtual, record 28:42

⁷ Audio archivo 06 audiencia art. 80 exp. Virtual, record 46:12

para la que vivía en el Barrio Juan XXIII; Ruby estuvo con el causante hasta la fecha de su fallecimiento. A Sofía Eleine la conoció dos años antes de la muerte de su papá y afirmó, su padre era mujeriego. Tiene dos hermanos hijos de Sofía; cuando su padre iba a Cartagena se quedaba en la casa de sus abuelos; no sabe quiénes eran los beneficiarios del causante en salud, los gastos fúnebres de su padre los asumió Sofía Eleine.

IVETTE SOFIA PADILLA RODRÍGUEZ⁸, hermana del causante, afirma que Ruby Pineda y su hermano convivieron durante por lo menos treinta años en el barrio los Olivos de Santa Marta; su hermano murió el 17 de octubre de 2017, estaba en la casa de Ruby cuando se enfermó y fue Ruby quien lo llevó al hospital; desconoce quiénes eran los beneficiarios en salud de Adolfo Padilla; había escuchado de la existencia de Sofía Eleine y que su hermano tenía otros hijos pero no los conocía; el causante tenía una casa en Cartagena donde vivían sus padres. Ruby y su hermano nunca se separaron; desconoce si Sofía Eleine pagó los gastos funerarios de su hermano.

JUDITH MARIA VALENCIA SALAZAR⁹, fue la primera mujer del causante y madre de sus hijos mayores; manifiesta desconocer quien es Sofía Eleine; le consta que Adolfo Padilla Rodríguez y Ruby Pineda convivieron por lo menos durante treinta y tres años hasta el día en que el causante falleció en la clínica La Milagrosa en Santa Marta; desconoce si el causante tenía otros hijos; a la fecha de su deceso, el causante vivía en el barrio Juan XXIII con Ruby.

ALICIA INES SOCARRÁS DE SÁNCHEZ ¹⁰. Vecina de Ruby Pineda Salcedo a quien conoce hace 29 años, dice no conocer a Sofía Eleine. Le consta que Ruby convivió siempre con su esposo Adolfo Padilla hasta el día de su fallecimiento, el citado señor murió de un infarto y se enfermó en su casa. Le consta que el causante viajaba a Cartagena a visitar a la mamá pero no duraba mucho en esa ciudad y desconoce si tuvo relación alguna con la señora Sofía Eleine.

De esta manera, analizada la prueba en conjunto, para la Sala no se encuentran acreditados los presupuestos exigidos por la disposición antes citada, respecto de Sofía Eleine Hernández Reyes, esto es, la convivencia real y efectiva con el de cujus por lo menos durante 5 años anteriores a la data de su deceso.

⁸ Audio archivo 06 audiencia art. 80 exp. Virtual, record 1:10:29

⁹ Audio archivo 06 audiencia art. 80 exp. Virtual, record 1:27:45

¹⁰ Audio archivo 06 audiencia art. 80 exp. Virtual, record 1:41:00

Nótese, aunque fueron aportadas dos declaraciones extrajuicio vertidas en vida por el pensionado Adolfo Padilla, de 14 de noviembre de 2006 y 22 de enero de 2016, donde afirmó vivir en unión marital con Sofía Hernández Reyes bajo el mismo techo y que ésta dependía económicamente de él (fls. 20 y 21), dichas declaraciones no fueron precisas en anotar circunstancias particulares de los compañeros y en ellas solo se hace referencia a convivencia de la pareja hasta el 22 de enero de 2016; es decir, lo allí manifestado resulta insuficiente para generar convicción acerca de las circunstancias sobre las que versa la declaración. Aunado a lo anterior, se recuerda, no se practicó ninguno de los testimonios solicitados por la citada demandante que dieran cuenta de los pormenores de su convivencia con el causante. Tal carencia demostrativa en el caso de marras, impide acceder a lo pretendido en los términos solicitados por la citada demandante.

Contrariamente, en el informe de seguridad de 20 de marzo de 2018 que reposa en el expediente administrativo aportado por la UGPP, junto con la contestación de la demanda (*carpeta 01 expediente físico, subcarpeta expediente administrativo, archivo CC 12539449 folios 840 a 852 del expediente digital*), obra declaración vertida por la señora Sofía Eleine Hernández Reyes a instancias de la investigación administrativa llevada a cabo con motivo de la solicitud de sustitución pensional, que da cuenta de su convivencia con el causante desde el año 2001, pero que hubo una separación entre marzo de 2013 y febrero de 2015, fecha a partir de la cual reanudaron su convivencia hasta octubre de 2017, cuando falleció el pensionado, es decir, el último periodo de su convivencia no alcanza los cinco años anteriores al fallecimiento de Adolfo Padilla Rodríguez.

En ese orden, no comparte la Sala las apreciaciones del a quo, pues como se señaló, la citada señora Sofía Eleine no aportó al plenario ninguna prueba que soportara sus afirmaciones. Aunado a ello, los testigos LOLY INÉS PADILLA JIMÉNEZ, GIOVANNY ALBERTO PADILLA, IVETTE SOFIA PADILLA RODRÍGUEZ, JUDITH MARIA VALENCIA SALAZAR y ALICIA INES SOCARRÁS DE SÁNCHEZ, aunque afirmaron conocer a Eilene y que ésta tuvo una relación sentimental con el causante e incluso procrearon hijos, afirmaron no tener ningún conocimiento de su convivencia, sin que el hecho que viajara a Cartagena para obtener sus servicios médicos y se viera con Sofía Eleine, conllevara una convivencia en los términos enseñados por la Jurisprudencia.

Al punto, estima esta Corporación, el hecho de haber sufragado los gastos exequiales del causante, es un hecho que por sí solo no permite concluir que

durante los cinco años anteriores a su fallecimiento, Adolfo y Sofía Eleine estuvieran llevando una verdadera relación de convivencia.

Contrariamente, frente a la señora RUBY PINEDA SALCEDO, los testigos LOLY INÉS PADILLA JIMÉNEZ, GIOVANNY ALBERTO PADILLA VALENCIA hijos de crianza y biológico del causante (respectivamente), IVETTE SOFIA PADILLA RODRÍGUEZ (hermana del pensionado) JUDITH MARIA VALENCIA SALAZAR (expareja del causante) y ALICIA INES SOCARRÁS DE SÁNCHEZ (vecina), fueron coincidentes en afirmar que el causante convivió de manera permanente con la citada señora durante por lo menos 29 años, en la ciudad de Santa Marta, que nunca se separaron, procrearon un hijo y se ayudaron y apoyaron mutuamente hasta el día del fallecimiento del pensionado.

Las declaraciones de los citados testigos gozan de plena credibilidad en tanto sus declaraciones no fueron contradictorias y por el contrario se mostraron espontáneos y coincidentes, además expusieron circunstancias de tiempo, modo y lugar de las situaciones narradas dado su conocimiento directo y personal de los hechos y la cercana relación que los unió dado su vínculo familiar y de amistad con la pareja y además viven en la ciudad de Santa Marta y dieron cuenta de sus visitas periódicas a los compañeros en su vivienda.

Los declarantes fueron contestes en manifestar que el causante Adolfo Padilla tenía un solo hogar que conformó con Ruby Pineda Salcedo en la ciudad de Santa Marta hasta el día de su muerte, afirmaciones que también encuentran sustento en la prueba documental arrimada al cartular, como lo son las facturas de servicios públicos a nombre de Adolfo Padilla, correspondientes a un inmueble ubicado en la ciudad de Santa Marta, los formularios de crédito a nombre del causante, donde relaciona a Ruby Pineda Salcedo como su compañera permanente.

Por tales razones, la Sala encuentra acreditado, que la compañera permanente Ruby Pineda Salcedo logró demostrar en el presente asunto que hizo vida en común con la causante no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, esto es, entre el 17 de octubre de 2012 y el 17 de octubre de 2017, razón por la cual se encuentran cumplidos los requisitos exigidos por la normatividad aplicable al caso de autos para acceder al reconocimiento pensional deprecado.

Ahora bien, como quiera que la entidad demandada dejó en suspenso el reconocimiento y pago del 50% de la pensión de sobrevivientes por el conflicto suscitado entre las aquí demandantes y en atención a que la Sala únicamente

encontró acreditado el cumplimiento de los requisitos de ley a la señora Ruby Pineda Salcedo, se revocará la decisión de primer grado y en su lugar se otorgará el 50% de la mesada pensional a la citada señora a partir del 17 de octubre de 2017, junto con los reajustes de ley y las mesadas ordinarias y adicionales a que haya lugar, con derecho de acrecimiento, de acuerdo a la ley.

En lo que hace a la condena al pago de indexación de las mesadas pensionales, a juicio de la Sala, ésta es completamente procedente como quiera que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

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

Así las cosas, dado que las mesadas pensionales cuyo pago aquí se impuso, se causaron a partir del 17 de octubre de 2017, las cuales no han sido pagadas, entre la fecha de su causación y la de su pago, habrá transcurrido un lapso considerable dentro del cual se presenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procediendo entonces la condena por este concepto a cargo de la demandada, por lo que en este punto se confirmará la sentencia de primer grado.

Finalmente, advierte la Sala, que la excepción de prescripción no fue propuesta por la entidad demandada, como se colige de su escrito de *contestación (expediente digital carpeta “expediente físico” archivo contestación de demanda pdf.)*¹¹

De ésta manera se agota la competencia de la Sala por el examen de los aspectos que fueron desfavorables a la UGPP, procediendo a confirmar la sentencia proferida en primera instancia.

¹¹ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto de 20 de marzo de 2019 (expediente digital – archive cuaderno 01 folio 91)

SIN COSTAS en esta instancia.

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

R E S U E L V E

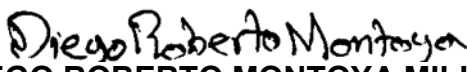
PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia proferida por el JUZGADO 38 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., en el sentido de **DECLARAR** que **únicamente** le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes a la señora **RUBY CECILIA PINEDA SALCEDO** de acuerdo a las consideraciones expuestas.

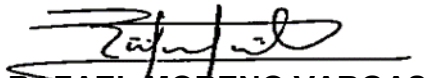
SEGUNDO: ORDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA P ROTECCIÓN SOCIAL –UGPP, reconocer y pagar a RUBY CECILIA PINEDA SALCEDO, la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del causante Adolfo Padilla Rodríguez a partir del 17 de octubre de 2017, en porcentaje del 50% de la mesada pensional, con los reajustes de ley y mesadas ordinarias y adicionales a que haya lugar y con derecho a acrecimiento.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

LA ANTERIOR SENTENCIA QUEDA LEGALMENTE NOTIFICADA A LAS PARTES.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO